

ADRIANA DE BRITTO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E EXECUÇÃO PENAL:
REINTEGRAÇÃO SOCIAL E SINDICÂNCIAS DISCIPLINARES**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Associado Alvino Augusto de Sá.

Versão corrigida em 30 de julho de 2013. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na Comissão de Pós-Graduação da Unidade

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2013**

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Britto, Adriana de.

B878j Justiça restaurativa e execução penal: reintegração social e sindicâncias disciplinares/ Adriana de Britto. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.

110 f.

Orientador: Prof. Dr. Alvino Augusto de Sá.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Justiça. 2. Execução (Processo Penal). 3. Mediação e Conciliação. 4. Integração Social. I. Sá, Alvino Augusto de. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 343.152(043)

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: _____

Professor Associado Alvino Augusto de Sá

Professor Arguidor: _____

Professor Arguidor: _____

*Bem-aventurados aqueles que são brandos, porque eles possuirão a Terra
(São Mateus, cap. V v. 5).*

*Bem-aventurados os pacíficos, porque eles serão chamados filhos de Deus
(idem, v. 9).*

À minha mãe querida, Adair.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Alvino Augusto de Sá, pelo aprendizado constante e retorno às Arcadas.

Ao meu pai querido, Alberto.

RESUMO

Considerando a execução criminal como o momento em que a sanção fixada em abstrato se concretiza, analisa-se o cumprimento da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro, sobretudo no paulista, durante a apuração de faltas disciplinares de pessoas sentenciadas; estuda-se o contexto dos procedimentos administrativos disciplinares, eminentemente verticais, punitivos, neutralizadores e de viés ressocializador.

Considerando ainda que o cumprimento da decisão judicial condenatória tem, segundo nossa legislação específica (Lei de Execução Penal), caráter social integrativo, verifica-se como tal escopo inserido no sistema fechado de justiça penal pode cumprir sua meta de integração.

Para tanto, propõe-se a utilização de elementos e princípios da Justiça Restaurativa que propiciem a abertura do paradigma repressivo a práticas não punitivas.

Como objetivo geral da pesquisa, verifica-se a possibilidade de compatibilizar a Justiça Restaurativa com a apuração das faltas disciplinares no âmbito da execução penal.

Como objetivos específicos, procura-se aclarar o sentido do termo “integração social”, bem como ampliar as bases do paradigma restaurador.

Desse modo, realiza-se a pesquisa utilizando os métodos dedutivo e dialético, com a feitura de revisão bibliográfica e análise da tese (execução penal), da antítese (justiça restaurativa) e o elemento que possibilita a síntese destas (reintegração social em seu viés criminológico e filosófico).

Como resultados, nota-se a pertinência da concepção reintegrativa social na ampliação das bases restauradoras e na interpretação do escopo da execução da pena, a fim de aplicar a Justiça Restaurativa às faltas disciplinares. Ademais, a utilização da reintegração social apresenta contribuições teórica e prática ao presente estudo: em abstrato, auxilia na estruturação do paradigma restaurativo e, em termos pragmáticos, possibilita a criação de mais um programa restaurativo, qual seja, a mediação restauradora.

Conclui-se, assim, que o presente estudo contribui para reflexões no âmbito da justiça criminal que favoreçam uma mentalidade não punitiva, na medida em que procura sair do círculo vicioso causado pelo paradigma retributivo (sistema tradicional de justiça penal reprodutor de violências), com a proposta de utilização do paradigma restaurador que propicie uma efetiva cultura de paz, ao permitir que as partes interessadas busquem a resolução efetiva do conflito.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Sindicâncias disciplinares. Mediação. Execução Penal. Ressocialização. Reintegração social. Procedimento administrativo disciplinar

ABSTRACT

Considering that the execution of a criminal conviction is the time when an abstract punishment is concretely applied, this paper examines the enforcement of imprisonment sentences in the Brazilian prison system, especially that of the State of São Paulo, with regard to the discovery of disciplinary infringements committed by sentenced convicts. The study analyses the context of administrative disciplinary proceedings, which are eminently vertical, punitive, neutralizing and resocializing in nature.

Further considering that, according to the specific relevant legislation (Law of Criminal Enforcement), one of the purposes of the enforcement of a criminal conviction is to promote social integration, this paper examines how this purpose can be achieved within a closed system of criminal justice.

For this purpose, this research proposes the adoption of elements and principles of Restorative Justice that provide for the incorporation of non-punitive practices into the current repressive paradigm.

The general purpose of this research paper is to inquire into the possibility of applying Restorative Justice to the discovery of disciplinary infringements within the scope of sentence enforcement.

Concurrently, the specific purpose of this study is to clarify the meaning of the term “social integration”, as well as broaden the foundations of the restorative paradigm.

Thus, the deductive and dialectic methods are adopted throughout this research, which includes bibliographical review and analysis of the thesis (criminal enforcement), the antithesis (restorative justice) and the element that makes it possible to synthesize both (social reintegration both from a criminological and philosophical perspective).

The results highlight the importance of a socially reintegrating conception that broadens restorative foundations and aids in interpreting the scope of sentence enforcement, in order to apply Restorative Justice to disciplinary infringements. Furthermore, promoting social reintegration provides theoretical and practical contributions to the present study: from an abstract perspective, it helps to restructure the restorative paradigm, while from a pragmatic point of view it allows for the creation of one other restorative program, namely, restorative mediation.

In conclusion, the present study contributes towards an approach within the scope of the criminal justice system that favors a non-punitive stance, as it intends to escape the vicious circle caused by the retributive paradigm (the traditional criminal justice system that reproduces violence) by proposing the adoption of a restorative paradigm that fosters a functional culture of peace, by allowing interested parties to seek effective resolution of the conflict.

Keywords: Restorative justice. Disciplinary inquiry. Mediation. Criminal sentence enforcement. Resocialization. Social reintegration. Disciplinary administrative procedure

RÉSUMÉ

En considérant l'exécution criminelle comme le moment dans lequel la sanction fixée abstraitement se concrétise, on analyse l'accomplissement de la peine privative de liberté dans le système d'emprisonnement brésilien, surtout dans celui de São Paulo, pendant l'apurement de fautes disciplinaires de personnes qui ont été jugées par sentence. On étudie le contexte des procédures administratives disciplinaires, éminemment verticales, punitives, neutralisantes et de caractère resocialisant.

En considérant aussi que l'accomplissement de la décision judiciaire condamnatrice a, selon notre législation spécifique (Loi d'Exécution Pénale), caractère social intégrateur, on vérifie la façon dont ce but inséré dans le système fermé de justice pénale peut accomplir son propos d'intégration.

En vue de cette vérification, on propose l'emploi d'éléments et principes de la Justice Restauratrice qui procurent l'ouverture du modèle répressif aux pratiques qui ne sont pas punitives.

Cette recherche a pour but général la vérification de la possibilité de conciliation de la Justice Restauratrice avec l'apurement des fautes disciplinaires dans le domaine de l'exécution pénale.

Comme objectifs spécifiques, on essaie d'éclaircir le sens de la locution "intégration sociale", et aussi d'amplifier les bases du modèle restaurateur.

De cette façon, on entame cette recherche en utilisant les méthodes déductive et dialectique, avec la réalisation de la révision bibliographique et l'analyse de la thèse (l'exécution pénale), de l'antithèse (la justice restauratrice) et de l'élément qui fournit la possibilité de synthèse des deux autres (la réintégration sociale dans son caractère criminologique et philosophique).

On constate, comme résultats, la pertinence de la conception réintégratrice sociale dans l'amplification des bases restauratrices et dans l'interprétation du but de l'exécution de la peine, pour appliquer la Justice Restauratrice aux fautes disciplinaires. En outre, l'utilisation de la réintégration sociale présente des contributions théoriques et pratiques pour cette étude: abstraitement, elle est un élément auxiliaire dans la structuration du modèle restaurateur et, du point de vue pragmatique, elle assure la possibilité de création d'un autre programme restaurateur, à savoir, la médiation restauratrice.

On peut conclure que cette étude prête une contribution pour des réflexions dans le domaine de la justice criminelle qui favorisent une mentalité non punitive, étant donné qu'elle cherche de sortir du cercle vicieux causé par le modèle rétributeur (système traditionnel de justice pénale reproducteur de violences), avec la proposition d'emploi du modèle restaurateur qui procure une culture effective de paix, en permettant que les parties intéressées cherchent la résolution effective du conflit.

Mots-clé: Justice restauratrice. Apurements disciplinaires. Médiation. Exécution pénale. Resocialisation. Réintégration sociale. Procédure administrative disciplinaire.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EXECUÇÃO PENAL	15
1.1. Da formação do paradigma punitivo.....	19
1.1.1. Surgimento do direito de punir estatal.....	19
1.1.2. Sistema fechado de justiça criminal.....	27
1.2. Direito criminal no e do Brasil.....	32
1.3. Do procedimento administrativo disciplinar.....	35
2. JUSTIÇA RESTAURATIVA	49
2.1. Origens e práticas restaurativas.....	51
2.2. Princípios, valores e elementos da Justiça Restauradora.....	58
2.3. O problema da punição.....	60
2.3.1. Escola Clássica.....	60
2.3.2. Positivismo Criminológico.....	61
2.3.3. Ideologia da defesa social.....	63
2.3.4. Criminologia da reação social.....	66
2.3.5. Criminologia crítica.....	71
2.4. O problema da prisão.....	78
3. REINTEGRAÇÃO SOCIAL	81
3.1. Aspecto criminológico da reintegração social.....	82
3.2. Aspecto filosófico da reintegração social.....	86
3.3. Compatibilização do paradigma não punitivo com as sindicâncias disciplinares.....	94
3.3.1. Execução Penal.....	94
3.3.2. Justiça Restaurativa.....	95
3.3.3. Mediação restauradora.....	96
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O presente estudo verifica em que medida o paradigma não punitivo (restaurador) pode ser aplicado no âmbito das faltas disciplinares durante a execução da pena privativa de liberdade em meio fechado (regime fechado e semiaberto).

Ademais, analisa em que medida a concepção criminológica e filosófica de reintegração social pode auxiliar na interpretação do escopo da execução penal brasileira, bem como na ampliação dos elementos e princípios da Justiça Restaurativa.

As práticas restaurativas de solução dos conflitos não são recentes, ao contrário. Antes mesmo da formação do Estado, povos indígenas e sociedades pré-estatais privilegiavam o encontro, a reparação do dano e as relações humanas horizontais na construção de uma justiça comunitária de paz e coesão social. Vítima, ofensor e demais pessoas que pudessem contribuir para a solução do conflito mantinham uma relação comunicacional na qual as necessidades das partes eram consideradas, a fim de se chegar ao apaziguamento das relações interpessoais.

Todavia, com o advento da Idade Moderna houve o confisco do conflito pelo Estado, significando o direito penal um instrumento de dominação e repressão. O crime era concebido como lesão à lei, ao Estado (ao rei, ao clero e, posteriormente, ao contrato social), afastando-se a vítima do processo e tentando-se fazer crer na necessidade de punição, na imposição de sofrimento ao infrator. Ao mal do crime, o mal da pena (viés retributivo da reprimenda). A pena com caráter preventivo (dissuasão, para que outras pessoas não cometam crimes) e como ressocialização (adequar o condenado, tratá-lo para que ele se adeque aos valores sociais vigentes e possa voltar ao convívio social sem representar um perigo). Tais concepções da pena (retributiva, dissuasória e ressocializadora) mostraram-se inócuas para evitar o colapso vivido no sistema prisional, sobretudo, o brasileiro, sendo de vital importância a busca por outro paradigma, que não o punitivo que se mostra pouco eficaz para evitar a violência e o cometimento de crimes.

Diante da crise do sistema tradicional de justiça penal e de seu modelo punitivo, volta-se a pensar na concepção restaurativa de justiça, em especial, na criação do paradigma restaurador.

Assim, no final do século XX e início do século XXI, acompanhamos o movimento de retomada do papel da vítima no cenário do sistema de justiça, o diálogo entre esta e o ofensor, a importância da regulação social (e não somente legal) dos conflitos, o respeito às diferenças retomando-se os valores do pluralismo, da dignidade humana, da alteridade.

Na década de 1970, ocorreu a fase experimental da justiça restaurativa, com práticas restauradoras sendo utilizadas; nas décadas seguintes, dispositivos legais foram criados e a ideia de restauração da justiça alcançou diversos países.

Por objetivar uma comunicação não violenta, uma cultura de paz e tendo por base a ética da alteridade, a justiça restaurativa se assemelha à concepção criminológica e filosófica da reintegração social. Esta, por sua vez, consegue ampliar os elementos da justiça restaurativa, a fim de expandir o paradigma restaurador a situações que vão além da relação vítima-ofensor e que buscam “reparar as relações, historicamente deterioradas.”¹

Desse modo, a justiça restaurativa que possui os elementos tradicionais do cometimento de um crime, o encontro entre vítima e infrator, a reparação da lesão sofrida e a responsabilidade do agente passa a ter, no presente estudo, seus elementos ampliados com a concepção da reintegração social: o paradigma restaurador se estende às relações entre pessoa presa e instituição prisional e o contexto a ser analisado é o de cometimento de crime ou infração disciplinar de natureza grave (apurado por meio de sindicâncias disciplinares na fase de execução da pena).

Na execução da pena privativa de liberdade, elege-se o estabelecimento prisional como *locus* para a pesquisa teórica que ora se realiza, uma vez que a prisão traduz o fechamento do sistema de justiça penal tradicional para o diálogo, para a democracia participativa, refletindo relações verticalizadas e opressoras, que desestimulam iniciativas reintegradoras e restaurativas.

E justamente nesse cenário hostil do cárcere desenvolve-se o presente trabalho, ampliando os elementos da justiça restaurativa pelo enfoque criminológico e

¹SÁ, Alvino Augusto de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister: direito penal e processual penal*, Porto Alegre, ano 3, n. 16, p. 28-37, fev./mar. 2007.

filosófico da reintegração social, em uma tentativa de maior flexibilização e humanização das relações interpessoais que favoreçam a solução dos conflitos prisionais.

O momento da apuração de faltas disciplinares (nos procedimentos administrativos disciplinares, também conhecidos como sindicâncias) é eleito no presente estudo, a fim de se verificar formas de compatibilização de elementos restaurativos e reintegradores com esta realidade carcerária brasileira.

As sindicâncias disciplinares são utilizadas dentro do cárcere, sendo instauradas por agentes de segurança penitenciária e apuram eventuais condutas faltosas das pessoas presas. Os fatos que podem ser caracterizados como faltas disciplinares estão previstos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 do ano de 1984).

Ao final do procedimento, o diretor-geral da Unidade Prisional estabelece se o fato apurado configura falta disciplinar de natureza grave, fixando ao sentenciado a respectiva sanção.

O presente trabalho não se utilizará da pesquisa de campo, mas sim do contexto teórico das sindicâncias disciplinares na fase de execução penal, tendo na Lei nº 7.210/84 importante instrumental de análise, assim como dispositivo administrativo (da Secretaria da Administração Penitenciária Paulista) e a doutrina pertinente ao tema.

O objetivo da investigação será buscar formas de compatibilização dos elementos da justiça restaurativa com a execução da pena privativa de liberdade, no âmbito da apuração de faltas disciplinares.

Tal estudo se justifica por tentar democratizar o espaço do cárcere, dando voz aos encarcerados, notadamente, nas situações de apuração de fatos que supostamente configuram faltas disciplinares, buscando formas de diálogo, de escuta e comunicação respeitadas entre as pessoas presas e os agentes de segurança penitenciária para se estabelecer uma cultura de paz.

Sua importância deverá ser demonstrada pela tentativa de trazer novas reflexões para o momento da execução da pena, utilizando-se elementos restauradores e reintegrativos e, a partir de tais reflexões, contribuir para a estruturação teórica do paradigma não punitivo e a criação de mais uma prática ou programa restaurador (sobretudo, a mediação em sede de sindicâncias).

Ao invés de relações de poder, verificar-se-á se o instrumental da sindicância pode significar mais um momento de diálogo, auxiliando no entendimento dos atores do cárcere.

Os métodos adotados serão o dedutivo e o dialético. Pelo primeiro, será analisada a hipótese do estudo, fazendo-se uma revisão bibliográfica; pelo segundo, tem-se a execução penal (tese), a justiça restaurativa (antítese) e a reintegração social visando o diálogo entre as duas primeiras (síntese).

O problema a ser enfrentado verificará se é possível encontrar formas de compatibilização entre os elementos da justiça restauradora e as sindicâncias disciplinares em sede de execução penal.

No primeiro capítulo, pontua-se que a execução da pena tem por escopo a integração social e não a ideia de ressocialização. Ademais, verifica-se a formação do paradigma punitivo, a partir do surgimento do direito penal estatal (séculos XIII-XV - Absolutismo) e do sistema fechado de justiça criminal (século XVIII - Iluminismo), seus reflexos na história do direito criminal brasileiro e nos contemporâneos procedimentos administrativos disciplinares (as sindicâncias que apuram faltas disciplinares de natureza grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade – séculos XX e XXI).

No segundo capítulo, estuda-se aspectos referentes à justiça restaurativa (suas origens, práticas, princípios, valores e elementos), discorrendo-se igualmente sobre a influência da criminologia na formação dos paradigmas e na problemática da punição e da prisão. A bibliografia a respeito do paradigma restaurador é escassa o que dificulta a pesquisa, mas propicia reflexões e o uso da concepção criminológica e filosófica da reintegração social para auxiliar na formação do conteúdo do paradigma não punitivo.

No terceiro capítulo, verifica-se a importância da concepção criminológica e filosófica de reintegração social para que a justiça restaurativa encontre espaço no momento de execução da pena. O instrumental da mediação igualmente será analisado neste capítulo.

Na conclusão, após análise dos resultados da pesquisa no capítulo terceiro, sugerir-se-á a aplicação da “mediação restauradora” em face das sindicâncias disciplinares, mostrando a pertinência de se trabalhar com o paradigma restaurativo, a fim

de se contribuir com uma mentalidade não punitiva e que propicie a efetiva solução dos conflitos que são, em verdade, a origem dos crimes e das faltas disciplinares.

CAPÍTULO 1. EXECUÇÃO PENAL

O cumprimento da pena privativa de liberdade insere-se no sistema de justiça tradicional. Tal sistema é punitivo e contém algumas fases como a criação das leis (Poder Legislativo), sua aplicação (Poder Judiciário) e execução das penas (Poder Judiciário e Poder Executivo). A aplicação ou fixação das sanções se dá no processo de conhecimento, enquanto o cumprimento da pena ocorre no processo executivo.

Nosso sistema tradicional de justiça penal é retributivo-punitivo, possuindo alguns pressupostos básicos: o poder de punir é considerado um direito público estatal, o cometimento de um delito tem como consequência a imposição de uma pena e a punição tem como função a defesa social.

Curiosamente, e não obstante estar contida em uma estrutura punitiva, a execução da pena possibilita maior flexibilidade da justiça, tendo como escopo a integração social.

Os obstáculos epistemológicos do paradigma punitivo - seus pressupostos - precisam ser superados, pois, embora nossa legislação preveja a execução da reprimenda com o objetivo integrativo, tal entendimento não é pacífico diante da concepção retributiva e preventiva da pena, ainda arraigada em nossa mentalidade social repressora.

Entende-se, pelo viés retributivo, que a pena teria a função de gerar no indivíduo condenado um sofrimento proporcional ao por ele causado com o crime. No viés preventivo, entende-se que a pena na sua fase executiva teria a função de ressocializar a pessoa sentenciada.

O artigo 1º da Lei nº 7.210/84 preceitua que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O termo “integração social” pode gerar a seguinte dúvida: a lei federal com tal expressão quer se referir à ressocialização (reforma, reeducação) do sentenciado?

Ou se refere à integração como união, comunhão social, respeitando-se a autonomia do indivíduo?

Um dos membros da Comissão que elaborou o anteprojeto da Lei de Execução Penal brasileira, assim se manifesta quanto à necessidade de se humanizar o cumprimento da sanção:

Para garantir o sucesso dessa tentativa, deve-se, todavia, abandonar a idéia-mito da ressocialização, como se o único responsável pelo delito fosse o condenado, considerado um dissidente em uma sociedade perfeita e harmônica, quando o delito é obra de um conjunto de circunstâncias, de uma sociedade de competição-hostilidade e de fruição com caráter criminoso, criadora de desejos artificiais e de baixa solidariedade, na qual o que mais importa é o sucesso e a fama, alcançáveis com a riqueza e não com virtudes de cunho moral.²

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal no tópico “Do objeto e da aplicação da lei de execução penal” menciona:

13. Contém o art. 1º duas ordens de finalidade: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

Une-se e integra-se aquele que faz parte do todo, mantendo sua singularidade.

Diferentemente, tem-se a ideia de ressocialização pela qual o indivíduo condenado é aceito na sociedade de forma condicional: poderá ser considerado membro da sociedade desde que se reforme e se adeque aos padrões desta (que, no caso do Brasil, seriam os valores liberais burgueses).

A Lei de Execução Penal foi promulgada em 1984 e fala em integração; todavia, ainda que falasse em ressocialização, o que não faz, desde 1988 com a Constituição Federal, tem-se a dignidade humana como fundamento de nosso país (artigo 1º, inciso III). Tal dignidade tem por base a autonomia do indivíduo que se contrapõe

²REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 335.

frontalmente com medidas de subjugação e correcionais. Autonomia pressupõe o direito de fazer escolhas.

Desse modo, desde 1984 a lei de execução se refere à integração social como a união do todo (sociedade) com a parte (sentenciado), respeitando-se a singularidade deste e, a partir de 1988 (com a Magna Carta) não mais tem guarida a ideologia da ressocialização, pois os indivíduos têm na dignidade um direito pré-estatal de preservação de sua diversidade e autonomia.

Por meio da execução da pena, que a princípio parece ser mero desdobramento da decisão judicial condenatória, vai-se abrindo o sistema fechado a um novo olhar; não obstante existir uma reprimenda a ser cumprida, torna-se possível, por vezes, reagir diferentemente a fatos tidos como desviantes no curso da execução: responsabilizando a pessoa e auxiliando-a na tomada de consciência, promovendo-se uma transformação nas relações interpessoais sem a utilização do paradigma punitivo.

Para além da preocupação com o controle, a ordem e a disciplina carcerárias, o Estado de Direito precisa compatibilizar justiça e inclusão social, para não ser mero Estado de polícia que promove a “decisão de conflitos”³ sem resolvê-los materialmente.

Um sistema aberto não significa ausência de punições, mas representa uma ampliação no rol de reações possíveis a uma situação problema, deixando de ser a lógica punitiva a única possível, procurando restaurar relações e resolver contendas.

Com esse propósito, ressurge a Justiça Restaurativa, prática existente antes mesmo do surgimento do direito penal estatal e de sua lógica punitiva, propondo novas bases para um sistema de justiça que pretenda gerir e resolver efetivamente as contendas na sociedade.

A justiça restauradora não é um instrumento para reformar o paradigma punitivo, tornando-o menos sancionador, ela traz um novo paradigma, outro embasamento e uma nova mentalidade para tratar a situação conflituosa, favorecendo um saber problemático mais que um saber sistemático, aproximando o Direito da realidade para que esse cumpra seu papel de ciência social e humana.

³ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1. p. 101.

Entende-se que existem dois modelos de justiça restaurativa: o intrassistemático (ocorrendo “dentro do próprio sistema penal”⁴) e o extrassistemático (ocorrendo “fora do sistema penal”⁵, com a participação de outros profissionais que não os operadores do Direito).

No presente estudo, a aplicação da justiça restauradora se dá no momento da execução da pena (intrassistemático) e com a atuação de profissionais outros que não os operadores do Direito (extrassistemático), em geral psicólogos e assistentes sociais que não devem ser do quadro das instituições ligadas à Justiça como servidores do Poder Judiciário, das Defensorias Públicas, do Ministério Público e do Poder Executivo (Secretarias da Segurança Pública e da Administração Penitenciária).

Assim, temos uma situação em que surge um modelo híbrido de justiça restaurativa: ocorre em um momento do sistema punitivo sendo mediado por profissionais que não são ligados à Justiça, quebrando a lógica do castigo e trazendo outras reações que resolvam ou minimizem as tensões do ambiente prisional.

Aliás, podem-se utilizar os princípios e as práticas restauradoras em diversos ramos do Direito, deixando os processos adversariais, acolhendo processos e procedimentos dialógicos, em que haja a restauração da própria Justiça.

Para tanto, ao se referir à crise do paradigma punitivo, ou seja, sua incapacidade para resolver efetivamente os conflitos, deve-se ir além da crítica, trazendo um discurso proposicional, no qual se descubra sugestões para a melhoria de nosso sistema de justiça e, conseqüentemente, para a mudança de mentalidades. Não é possível fomentar uma cultura de paz com atitudes e procedimentos hostis em relação ao outro, tratando-o como inimigo e excluindo-o, fomentando ainda mais a discriminação, a marginalização e a violência em uma sociedade que insiste em não alterar sua mentalidade repressora-punitiva.

Importante para a superação do paradigma punitivo que se verifique alguns de seus obstáculos como o surgimento do direito de punir estatal e a lógica punitiva.

⁴GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA; Antonio García. *Direito penal: fundamentos e limites do direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.

⁵Id., loc. cit.

Assim, será feita breve digressão histórica neste capítulo, a fim de analisar o surgimento do paradigma punitivo e suas características principais (direito de punir estatal e sistema fechado de justiça criminal), salientando que o mesmo não representou um progresso civilizacional, ao contrário, tendo o direito de punir estatal surgido com os Estados Absolutos e a imposição dos suplícios. O sistema hermético de pensamento foi criado com o Iluminismo (Estado de Direito), dificultando a busca por mudanças efetivas (alternativas à pena), que não sejam a mera pena alternativa. O eurocentrismo afetou a produção de nosso direito pátrio que, não obstante as importantes estruturas jurídicas trazidas para nosso ordenamento (provenientes do direito alemão, italiano e francês), deve ser pensado em termos de realidade nacional, a fim de ter maior eficácia na solução dos conflitos.

1.1. Da formação do paradigma punitivo

O paradigma punitivo foi construído sobre a base de duas rupturas políticas: a passagem do sistema feudal para o sistema absolutista (séculos XIII-XV – Era Moderna) e a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito (século XVIII – Era Contemporânea).

Enquanto no absolutismo o direito penal se tornou público e estatal, a partir do movimento Iluminista concebe-se uma lógica punitiva que unida ao primeiro formam o sistema fechado de justiça penal.

1.1.1. Surgimento do direito de punir estatal

O sistema feudal foi o modelo político-social predominante na Europa no período histórico conhecido como Idade Média. Nesse sistema existiam vários feudos cada qual com poder político circunscrito; o feudo tinha seu espaço territorial onde se exerciam atividades de subsistência. A sociedade era formada pelo senhor feudal, o clero, os vassallos e os servos. A justiça era descentralizada e aplicada em cada feudo.

Todavia, com o crescimento demográfico, os feudos não mais comportavam todas as pessoas e, sem terras para cultivar o próprio sustento, alguns camponeses migraram para as cidades que começavam a se formar (conhecidas como “burgos”). Nestas cidades predominavam o artesanato, o comércio e as pequenas fábricas; desconhecendo o ofício do artesanato, não sendo operários nem comerciantes, alguns camponeses começaram a fazer parte da população urbana de miseráveis o que os levava, por vezes, a mendigarem e cometerem pequenos furtos.

Ao mesmo tempo, nas cidades não mais havia a influência do senhor feudal, carecendo tais burgos de uma autoridade política que fizesse frente aos problemas sociais que surgiam, sobretudo, a massa de desempregados que cometia atos atentatórios ao patrimônio alheio.

Começava a se conceber a figura de um Estado Absoluto, no qual a autoridade de um soberano deteria o poder político centralizado, administraria um exército que protegeria a cidade dos ataques externos e estipularia delitos para a proteção interna dos burgos.

Era necessário ao soberano, conhecido por rei, que seu poder fosse legitimado: em termos religiosos, a Igreja afirmava que seu poder era divino, não podendo assim ser questionado; em termos sociais, seu poder representava uma proteção à sociedade que se formava (contra os riscos externos e internos); em termos jurídicos, houve o confisco do conflito das partes, ou seja, se antes o conflito era resolvido entre vítima, ofensor e comunidade, permitindo-se a composição e a reparação dos danos, sendo o delito uma lesão ao ofendido, agora, criava-se o direito de punir estatal pelo qual o soberano estipulava o que é considerado crime (uma lesão à sua autoridade e não mais uma ofensa aos direitos da vítima), decidindo igualmente o tipo de punição a ser aplicado a cada caso.

O rei contou com o trabalho de juristas que “no interior das universidades e no contexto da revolução urbana tiveram um papel fundamental nesse processo de concentração que tenderia a destruir as culturas jurídicas locais.”⁶

⁶ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 40-41.

O saber jurídico se baseava na dedução de textos sagrados que legitimavam o poder absoluto do rei.

Nessas universidades, exibiram-se os práticos do renascido direito que glorificavam o direito autoritário passado do Império Romano, mas ocultavam o da época republicana. Certamente, o confisco de conflitos seguia a par e passo o confisco de saberes.⁷

A tradição jurídica do Império Romano, de viés autoritário, tinha sobrevivido na Igreja enquanto organização burocratizada e verticalizada. Dela o novo direito penal estatal tomaria tanto a forma de averiguação da verdade e a importância da confissão quanto a noção de ‘estado em pecado’, algo que o fato em si só revela, mas que é a base da penitência ou do castigo, entendido com utilidade de reconversão do ‘culpado’.⁸

A prisão nessa época não tinha o caráter de pena e sim de custódia antecedente à sanção e o termo “penitenciária”, advindo do direito eclesiástico, significa o lugar em que se cumpre a penitência, o castigo.

A permissão de punir no período absolutista já se revelava como um direito e não uma obrigação, entretanto a punição quando viesse a ocorrer poderia ser ilimitada (mutilações, pena de morte, torturas e castigos a serem infligidos ao corpo do condenado em espetáculos públicos); havia igualmente a possibilidade de se pagar fianças, evitando-se a aplicação de penas corporais que, em geral, eram infligidas aos menos favorecidos economicamente.

O infrator não era considerado sujeito de direitos; “o ofensor era anulado e passava a ser um objeto – ‘réu’ vem do latim ‘res’, coisa – da indagação”.⁹

Surge, assim, o discurso justificador da necessidade de uma única autoridade centralizada, o monarca, que representaria o Estado Absoluto e, por sua vez, ofereceria proteção aos indivíduos. Os Estados totais teriam a função de zelar pela paz, pela ordem e pela segurança da população, tendo igualmente o poder de punir aqueles considerados infratores, violadores do contrato social. A ideia de contrato social será retomada, posteriormente, no Iluminismo, com o surgimento do Estado de Direito, para justificar a intervenção penal e a formação de um sistema hermético de justiça criminal.

⁷ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 47.

⁸Id. Ibid., p. 46.

⁹Id. Ibid., p. 45.

A ideia de segurança e proteção a ser promovida pelo monarca surge da necessidade de superação de três medos: da fome, das guerras e do delito. O medo da fome decorreu do aumento demográfico urbano, devido à migração dos servos para as cidades, onde grande parte da população era inábil aos novos ofícios: comércio e artesanato; o medo das guerras favoreceu o surgimento e fortalecimento de um Estado munido de exército para combater os perigos externos; o medo do delito, dos miseráveis que cometiam pequenos furtos, foi seguido da tipificação de crimes patrimoniais para proteção do capitalismo nascente e de uma punição embasada na ideia de reverter o pecador/delinquente ao caminho do bem - ainda que nada se fizesse para melhorar sua condição social, relegando-o muitas vezes à miserabilidade e à fome após o cumprimento da sanção.

Cria-se, na Idade Moderna, a suposição de que a sociedade é consensual, ou seja, que todos se submetem ao contrato social - cedem parte de sua liberdade ao Estado que, em contrapartida, irá oferecer segurança e ordem - e aqueles que violarem tal contrato cometerão um delito e deverão ser punidos.

O papel participativo da vítima, do infrator e da comunidade no processo de resolução do conflito é afastado pelo papel punitivo do Estado. Substitui-se o conceito de “dano” (sofrido pela vítima) pelo conceito de “infração”¹⁰ (lesão causada ao Estado, “ofensa ao senhor”¹¹ soberano). Sendo o monarca a autoridade legitimada para criar as leis, a violação a estas significaria um desrespeito à autoridade real. Aqueles que agissem de maneira dissidente eram considerados hereges, inimigos, perigosos ou inferiores e, em geral, reprimidos severamente pelo *ius puniendi*. A punição, por conseguinte, refletia mais um exercício de poder que propriamente a proteção da sociedade.

Durante o processo de apuração dos fatos, a confissão era tida como sinal de arrependimento, ainda que obtida por meio da tortura, descobrindo o suposto estado de pecado e justificando o castigo (para reverter o indivíduo ao estado do bem).

O poder clerical igualmente se favorecia do absolutismo, uma vez que o legitimava como direito divino e também tipificava fatos (heresias) para os dissidentes não questionarem os poderes constituídos.

¹⁰ANITUA, Gabriel Ignacio, op. cit., p. 43.

¹¹ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., v. 1, p. 393.

Anitua informa que:

É interessante observar que o poder punitivo hoje existente surgiu a partir da necessidade da Igreja e de certos corpos políticos nascentes de coibir (ou “reagir”) a ação de certas interpretações religiosas – que vinham a ser culturais, políticas e sociais (...).¹²

Naquilo que se poderia conceber como o processo penal do período absolutista, prendia-se o acusado de heresia ou de crime e se confiscava seus bens, em um procedimento rentável ao monarca.

O rei, ainda, beneficiava-se da associação com os nobres e burgueses. Em relação aos nobres feudais, estes entregaram “o exercício do poder militar e político ao soberano”¹³ conservando seu *status* social e seus privilégios. Quanto aos burgueses, com suas atividades mercantis, pagavam impostos que abasteciam os cofres estatais e exigiam leis que lhes fossem mais benéficas (direito comercial). Nessa época, nasce o capitalismo com o chamado mercantilismo – atendendo-se ao mesmo tempo interesses políticos e econômicos. Os mercadores queriam aumentar seu lucro e expandir o mercado consumidor e o monarca lucrava com o recolhimento de impostos (com o comércio de especiarias e de metais preciosos das colônias); é desse momento histórico o advento das grandes navegações (século XV).

Os burgueses (comerciantes e banqueiros) ansiavam pela expansão e consolidação dos territórios (mercados consumidores) e o soberano ansiava por expandir seu poder e os cofres públicos. Nesse sentido, andaram em consonância a centralização política e o fortalecimento do capitalismo na política econômica conhecida como mercantilismo (grandes navegações, colonizações). O modo de produção capitalista, que aumentou os intercâmbios e acelerou as finanças, exigia um direito eficiente para permitir a expansão do capital. Desse modo, foram sendo criadas leis que regulamentavam as transações comerciais (direito comercial), a arrecadação dos impostos (direito tributário) e a contenção dos dissidentes (direito penal).

Para efetivar a exclusão do outro, daquele que não estava capacitado para ser mão de obra no meio urbano, foi utilizado amplamente o direito penal que criminalizava condutas como a mendicância, a vadiagem, os pequenos furtos. A criação do

¹²ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 52.

¹³Id. Ibid., p. 64.

temor em relação ao “outro” (herege, bruxa, ciganos, leprosos) facilitava sobremaneira a obediência para com o poder estatal.

O medo foi, sem dúvida, a ferramenta principal para garantir a imposição das burocracias modernas, para impor o Estado e o mercado, e para impor o sistema punitivo que continua existindo até hoje.¹⁴

O poder punitivo era veiculado como a melhor forma de solucionar problemas, especialmente em sociedades de risco como vinha se mostrando a sociedade, principalmente, na época da chamada “Peste Negra” (século XIV) que teria dizimado cerca de metade da população da Europa.

Por meio do medo, o Estado impunha-se e justificava os problemas sociais apontando “culpados”; as pessoas mais vulneráveis, naquele momento histórico, eram os dissidentes (hereges, bruxas, mendigos) que representavam uma ameaça aos interesses políticos, religiosos e econômicos. Tais indesejáveis foram escolhidos como “culpados” pela epidemia que matou milhares de pessoas e, desse modo, tratá-los como inimigos, perigosos e excluí-los parecia algo natural. Pouco se falava nas precárias condições habitacionais e sanitárias que propagavam doenças, nem se questionava a exploração da mão de obra a reduzir-lhe a imunidade. Ao Estado, opulento em seu luxo e em suas demonstrações de poder (sobretudo, nos espetáculos dos enforcamentos e mutilações em praça pública), não se atribuía qualquer responsabilidade pela mortandade generalizada; aos burgueses, igualmente, não se atribuía tal responsabilidade pela condução do capitalismo nascente.

A culpa da sociedade ter se tornado de risco era imputada única e exclusivamente aos já marginalizados socialmente. Parecia natural, então, que se pregasse a eliminação destes. A repressão soava como conveniente e necessária para a preservação da sociedade. Começava assim a nascer e a se consolidar uma nova concepção de sociedade: a repressora.

Tal sociedade repressora, formatada na Idade Moderna, considerava a diferença sinônimo de inferioridade. Por conseguinte, criava uma identidade do “nós” (identidade linguística, cultural) e dos “outros” (índios, negros, hereges, bruxas, leprosos,

¹⁴ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 83.

mendigos). Essas pessoas tidas como diferentes, inferiores, os “outros”, eram acusadas de causar males à sociedade que, a seu turno, entendia natural a repressão punitiva contra elas.

Se os diferentes, os “outros”, não tivessem um traço físico que possibilitasse sua identificação, a punição penal os marcaria fisicamente (mediante torturas, mutilações) para serem mais facilmente percebidos e marginalizados do convívio social. Essas marcas eram estigmas (que em grego significam “tatuagem”¹⁵), que se procurou assinalar de maneira perceptível.

No século XVI, com o capitalismo e o Estado Absoluto já consolidados, surgiram punições ainda mais severas para reprimirem os pobres e os camponeses que estavam aprendendo o ofício fabril, a fim de que estes aceitassem melhor as precárias condições de trabalho que eram, por vezes, menos piores que as condições dos cárceres. Justificativas médicas e jurídicas foram utilizadas para embasar uma suposta inferioridade entre os indivíduos e legitimar o poder político do rei.

Ademais, por ter se equiparado o delito ao pecado, eventuais arbitrariedades eram apresentadas como atitudes a bem do “outro” (que precisava se reconverter) e a bem da própria sociedade; só não se pregava abertamente que as violações aos direitos humanos, praticadas em cumprimento a mandos de poder, protegiam em primeiro lugar o *status* político do rei, o econômico da burguesia e o religioso e social da Igreja e da nobreza.

O direito penal absoluto acaba por destruir culturas que se diferenciavam daquela imposta pelo Estado. A violência estatal, por estar associada a uma suposta necessidade (de correção, punição e proteção social) vai se naturalizando e formatando uma sociedade que acredita na repressão como solução dos litígios e na violência para disciplinar e controlar a mão de obra proletária das fábricas têxteis.

A mão de obra dos camponeses precisava ser capacitada para atuar nas fábricas e a burguesia não desejava aumentar os salários destes e diminuir seus lucros. Foram então criadas as *workhouses* (casas de trabalho) ou *houses of correction* (casas de correção), na Inglaterra e na Holanda (na primeira, chamavam-se tais locais de *bridewells* e na segunda, de *rasphuis*), onde se ensinava o indivíduo a ser operário e se lucrava com isso, pois nas casas de trabalho ou de correção, como eram conhecidas, os indivíduos

¹⁵ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 104.

cumpriam suas penas e davam grandes lucros à burguesia nascente (que vendia o produto feito por tal mão de obra não remunerada).

O trabalho forçado nas *houses of correction* ou *workhouses* era direcionado, portanto, para dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia.¹⁶

Com o comércio e o pagamento de impostos, os reis mantinham seu luxo e seus exércitos, incentivando ainda mais o mercantilismo, os burgueses em suas atividades econômicas e, sobretudo, as prisões (“casas de trabalho” ou de “correção”).

Desse modo, já nos séculos XVI e XVII, as mutilações, os estigmas e as penas de morte se mostravam desinteressantes à economia, pois o capitalismo nascente tinha interesse que a mão de obra produzisse muito, sob baixo custo, aumentando sobremaneira seu lucro. Somando-se a tal circunstância, a população começa a se indignar com punições desiguais e desproporcionais e começa a contestar o poder absoluto.

Georg Rusche, pensador da Escola de Frankfurt, informa que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”.¹⁷

Além da punição, como resposta do direito penal estatal ao delito, tem-se o sutil processo de ideologização que associa o criminoso ao pecador, inimigo, indesejável, o “outro”.

O direito de punir surgiu sob o argumento da necessidade de um poder estatal centralizado e absoluto capaz de proteger a sociedade e diminuir a violência, embora se saiba que tal objetivo não foi alcançado.

Para se evitar a violência do crime, punia-se de maneira exemplar, violenta e irracional. A subjetividade real poderia perdoar súditos e fixar fianças, ao mesmo tempo em que poderia condenar à morte uma pessoa acusada de cometer um crime de menor potencial ofensivo. O que prevalecia era a decisão do rei. As arbitrariedades e

¹⁶MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2010. p. 38. (Pensamento Criminológico; v. 11).

¹⁷RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004. p. 20.

desproporções na fixação da reprimenda, paulatinamente, faziam algumas vítimas de suplícios serem vistas como mártires, heróis, e a burguesia começou a insuflar a população contra o monarca, a fim de avançar ainda mais em seus propósitos expansionistas (econômicos e políticos).

A violência utilizada pelo monarca para manter-se no poder (mais do que para diminuir a criminalidade) fez com que o período absolutista terminasse nas Grandes Revoluções (Francesa, Industrial), uma vez que o modo de punição absolutista contrariava os interesses econômicos burgueses (a mão de obra deveria estar apta ao trabalho e não mutilada como ocorria nos rituais e espetáculos públicos).

Com a “Época das Luzes”, o Iluminismo, vai-se procurando uma explicação racional para o direito de punir.

A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela.¹⁸

Com o Estado de Direito, não obstante o viés humanista que determinou a abolição das penas cruéis e de morte, iniciou-se a fase da racionalidade instrumental na qual se estabelece uma lógica punitiva por meio de um discurso jurídico que torna a pena a consequência natural do cometimento de um delito, como se a privação da liberdade fosse a única resposta a concretizar o valor justiça.

1.1.2. Sistema fechado de justiça criminal

No século XVIII, houve o advento das revoluções burguesas, passando-se do Estado Absoluto ao Estado de Direito, no qual a autoridade do rei foi substituída pela autoridade da lei.

¹⁸FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 13.

O que outrora serviu como estigma (marcas e mutilações no corpo do indivíduo) auxiliando as autoridades na identificação de pessoas condenadas, passou a significar diminuição de mão de obra apta ao trabalho fabril, o que desagradou a burguesia emergente que, embora detivesse grande parte do poder econômico, não detinha o poder político para ditar regras que melhor atendessem aos seus anseios expansionistas.

Na época das revoluções que mudaram a forma política do Estado, buscava-se superar o período anterior, onde a subjetividade do monarca gerava arbítrio e instabilidade social. Procurava-se substituir a discricionariedade do soberano pela racionalidade instrumental do direito codificado e pela submissão da autoridade política à lei.

Em 1764, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria sustentou que a “infallibilidade”¹⁹ da aplicação das penas teria maior eficiência que a crueldade destas; nesse sentido, alega que a obrigatoriedade da pena seria útil para prevenir delitos, pois haveria de dissuadir os indivíduos a não mais infringir as normas penais. Sua obra “Dos Delitos e das Penas” foi importante para a criação do sistema fechado de justiça criminal, estabelecendo uma mentalidade repressora difícil de ser superada por associar punição à realização do valor justiça.

Não obstante o aspecto humanista do Iluminismo, que entendia desnecessária a permanência de penas cruéis, em especial, a pena de morte e os suplícios, a ética iluminista auxiliou no reforço de uma mentalidade repressora que, deixando de lado a explicação mítica de punição e do direito de punir (poder divino do rei), concebia jurídica e filosoficamente os conceitos de crime, sanção e responsabilidade penal. Saía-se da discricionariedade do rei (arbítrio) para o uso da razão e da ciência.

A ética iluminista auxiliou a sistematização do direito penal liberal com a criação de leis, códigos e, mormente, ao sustentar a separação das esferas em pública e privada, dos ramos do Direito em penal e civil, fazendo crer que a certeza na aplicação da pena geraria o efeito dissuasório no indivíduo (prevenindo o cometimento de novos crimes e protegendo a sociedade), reforçando a estrutura e as práticas repressoras do direito penal mediante um discurso humanitário sobre a desnecessidade de penas cruéis e de morte aplicadas no Antigo Regime. Desse modo, a obrigação de punir - e não mais o direito de

¹⁹BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

punir - era apregoada como um progresso racional e humanista. “No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir”.²⁰

Com a separação das esferas em pública e privada e do Direito em penal e civil, mantinha-se a vítima distante do conflito, não permitindo o perdão nem a reparação do dano, devendo a lide ser finalizada por uma decisão estatal. Tem-se, assim, conforme nos esclarece Álvaro Pires, “um direito civil voltado para o mundo privado e doméstico ou para os interesses privados das partes em litígio e um direito criminal voltado para o mundo público e os interesses da coletividade, com exclusão dos interesses das partes”.²¹

Na verdade, desde Beccaria (1764), o discurso sobre as decisões jurídicas em matéria penal – e particularmente sobre as sanções – alicerça-se sobre uma nítida diferenciação entre a ‘justiça criminal’ e a ‘justiça civil’. Esta oposição, por mais artificial que seja, constitui ainda o pano de fundo de nossa cultura jurídica: aprendemos não só a representar estes dois sistemas como ‘naturalmente’ diferentes, mas mais fundamentalmente ainda, a lutar para conservá-los os mais distintos possível um do outro.²²

Um dos princípios basilares do Direito Criminal, dando-lhe feição de ciência e de sistema de pensamento dogmático-normativo, é o princípio da legalidade.

Conjugando-se o princípio da legalidade com a suposta necessidade de imposição de pena, a cada crime descrito (preceito primário, norma de conduta) deveria incidir uma punição (preceito secundário, sanção penal). Do direito de punir estatal (*ius puniendi*), passa-se à obrigação de punir, afinal, se a punição vem prescrita em lei é porque o Estado deve aplicá-la. Do arbítrio do rei passa-se ao arbítrio da lei. Como informa Álvaro Pires “supõe-se que as normas de comportamento e sanção são igualmente obrigatórias, quando na verdade é possível conceber a norma de comportamento (‘não matar’) como a única realmente imprescindível”.²³

²⁰PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 44, 2004.

²¹Id. Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal. *Sociologias*, Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, n. 1, p. 66, 1999.

²²Id. *Ibid.*, p. 67.

²³Id. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, cit., p. 42.

Do ritual do suplício passa-se ao enunciado da norma geral e abstrata. “Chegou um dia em que a verdade se deslocou do ato ritualizado, eficaz e justo, de enunciação, para o próprio enunciado”.²⁴

A pena cruel é superada pelo discurso iluminista, que abstrai a violência estrutural da pena não a deixando exposta como fazia o absolutismo. A ética iluminista defendia o uso da razão em lugar da subjetividade (discricionariedade) do rei. Em princípio parece ser um avanço, mas a razão não é una: pode-se falar em “razão instrumental”²⁵, técnica, teórica, assim como se pode falar em razão prática (constatável, empírica, científica), dialógica, comunicativa.

O Iluminismo optou pela razão teórica (não constatável, mero “dever ser”), instrumental e técnica com as seguintes características: “o cognitivismo, o individualismo e o universalismo.”²⁶

Por cognitivismo pode-se entender o racionalismo positivista que, apenas admitindo a razão teórica, fragmenta e polariza o saber (em certo ou errado) e implica em decisionismo, ou seja, os fatos tipificados são escolhas feitas por grupos que detêm o poder (em especial, político e econômico), que definem o que será considerado delito e qual reação será exercida em face deste. As normas postas, tidas como legítimas por serem formalmente genéricas e abstratas, definem os crimes e as penas.

E, tanto o fundamento como o limite do direito de punir são encontrados na concepção de contrato social: não um contrato de submissão (como era no absolutismo), mas um contrato que preserva direitos pré-estatais (iluminismo), entendendo que o limite do direito de punir tem como parâmetro o individualismo (defender os próprios interesses) e o fundamento do direito de punir surge do universalismo (defender a sociedade).

A lei previa a sanção penal como decorrência do delito, associando-se a punição à realização de justiça. A impunidade seria, então, equivalente à injustiça, devendo o castigo ocorrer sempre.

²⁴FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 15.

²⁵BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98.

²⁶ROUANET, Sérgio Paulo. Ética iluminista e ética discursiva. *Tempo Brasileiro*, Jürgen Habermas: 60 anos, São Paulo, n. 98, p. 28, jul./set. 1989.

Os valores burgueses liberais estabeleciam um novo padrão de felicidade, no qual se incentivava o consumo de produtos industrializados sem se disponibilizar a todos os indivíduos os meios legítimos para atingirem tal fim. Em verdade, para existir o lucro do capitalista aumentava-se a exploração da classe operária e, sem justiça social para fornecer as condições materiais de vida e aumentar o acesso aos meios para o atingimento dos objetivos, o Estado de Direito nasce incrementando a justiça penal, controlando e excluindo da sociedade, preferencialmente, os não consumidores.

O discurso liberal burguês individualista se opunha à solidariedade e concebia o interesse coletivo (vontade geral) para justificar a punição, sendo um conceito a serviço da justiça penal e não da justiça social (proporcionar melhores condições materiais de vida).

O discurso iluminista pregava que os princípios morais seriam comuns a todos os indivíduos (universalismo) e, assim, negava o relativismo cultural ao mesmo tempo que impunha sua visão eurocêntrica de mundo, procurando legitimar apenas a cultura e legislação europeia em detrimento das demais, tidas como “primitivas” (diferentes, mas não inferiores) como a dos indígenas brasileiros.

A obrigação de punir o desvio adviria da necessidade de proteger a sociedade, formando a lógica punitiva um sistema de pensamento fechado em si mesmo e dificultando outras soluções que não as repressivas.

Como se verá no Segundo Capítulo, a Escola Clássica (século XVIII) e o Positivismo Criminológico (século XIX) embasaram a ideologia da defesa social, fomentando uma mentalidade hostil, ao sustentar a imprescindibilidade do castigo (da pena) para proteção social. Pela primeira escola de pensamento, a aplicação da pena seria necessária por ser consequência do delito (o que seria mero direito de punir é visto como obrigação de castigar, associando-se o conceito de pena ao de justiça) e, pela teoria criminológica positivista a aplicação da pena seria necessária tendo em vista que se acreditava estar na inferioridade do delinquente a causa da criminalidade.

Pela corrente de pensamento da Escola Clássica, a pena seria necessária pois promoveria a justiça e seria dissuasória (uma contramotivação ao crime) e, pela corrente do Positivismo Criminológico, a pena seria obrigatória uma vez que trataria o

indivíduo condenado, procurando corrigir seus erros, ressocializando-o para o retorno ao convívio social.

1.2. Direito criminal no e do Brasil

A História nos conta que desde o descobrimento do Brasil nosso país foi uma terra de degredados, ou seja, condenados e indesejáveis na Europa eram enviados para a colônia tupiniquim.

E, embora não seja este um trabalho antropológico, no qual se estuda a cultura dos povos nativos brasileiros (os índios), sabe-se que existiram povos indígenas de diversas origens e hábitos (cada qual vivendo em tribos) quando da chegada do colonizador. Alguns se apresentavam hostis enquanto outros eram dóceis e servis aos portugueses. Assim, temos povos afetos à antropofagia (canibalismo), à resistência e luta armada contra o colonizador, bem como à troca de pequenos presentes por riquezas naturais.

Segundo Mylène Jaccoud, existiram práticas restauradoras “entre os povos colonizados da África, da Nova Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa.”²⁷

Em 1492, época da invasão do Brasil, que o colonizador chamou de “descobrimento”, estima-se que existiam de “um a oito milhões e meio”²⁸ de ameríndios, de diversas tribos vivendo em terras brasileiras (Apiaká, Apinayé, Arara, Bororo, Botocudo, Caiapó, Camairá, Canela, Caraíbas, Chavante, Goitaká, Guaikuru, Guarani, Iamamadi, Jupuá, Juri, Jurúna, Kaingang, Kainguá, Kamakán, Kiriri, Mawé, Nambikwara, Opayé, Parintintin, Pataxó, Suyá, Tapuya, Terena, Tupi, Txukahamãe, Umuau, Warekena, Xavantes, Yanomami²⁹, apenas citando alguns grupos).

²⁷JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). 2005. *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 164.

²⁸CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 2009. p. 14.

²⁹Id. *Ibid.*, p. 526-527.

Importante ressaltar que tais povos não eram primitivos, no sentido degradante que o eurocentrismo procurava lhes atribuir, como povos vivendo “uma eterna infância”.³⁰

Smith³¹ informa que:

Mesmo uma criança pode muitas vezes identificar a espécie de uma árvore a partir de um mínimo fragmento de madeira e, mais ainda, o sexo dessa árvore, segundo as idéias que os indígenas mantêm a respeito do sexo dos vegetais, e isso observando a aparência da madeira e da casca, o cheiro, a dureza e outras características do mesmo tipo. Dezenas e dezenas de peixes e conchas são conhecidas por termos distintos, assim como suas características próprias, seus costumes e as diferenças sexuais dentro de cada tipo.

Diferentemente do colonizador, o ameríndio sabia e sabe cuidar da natureza, respeitando-a e não a espoliando. Contudo, não obstante a sabedoria dos povos indígenas, estes foram dizimados, pois representavam obstáculos à sanha capitalista. A partir da invasão do Brasil e

desde essa época fundou-se um saber antropológico aplicado à periferia. Esse saber primeiramente adotou uma roupagem teológica, ora classificando os índios de criaturas “puras” e “infantis”, ora concebendo-os como bárbaros, pagãos e adoradores do demônio. Aquela época, que precedia o auge do mercantilismo, já demonstrava sinais de decadência da própria visão teológica de mundo e trazia as sementes do que veio a ser chamado de era moderna. Assim, logo depois, o saber antropológico de inspiração religiosa deu lugar à matriz científica naturalista. E, a partir daí, o índio e depois os negros, mestiços e latino-americanos foram atingidos pelo rótulo de seres “naturalmente inferiores”.³²

Existiam os processos assimilatório e os de eliminação: ou os índios aderiam aos valores europeus e eram convertidos à “civilização” ou simplesmente eram mortos. Submetiam-se aos valores do grupo dominante ou eram neutralizados. Essa mentalidade permanece, na atualidade, na fase de execução da pena: ou o indivíduo se ressocializa ou é meramente neutralizado.

³⁰CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). op. cit., p. 11.

³¹SMITH, A. H. The Culture of Kabira, Southern Rykkyk Islands. *Proceedings of the American Philosophical Society*, Philadelphia, v. 104, n. 2, 1960 *apud* LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. 12. ed. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas, SP: Papirus, 2011. p. 20.

³²SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 344.

Por meio da justificativa racional da modernidade, praticou-se a violência nas colônias “não apenas física, mas cultural, que simplesmente nega a identidade do ‘outro’, seja através de uma postura assimilacionista, seja através da simples exclusão e eliminação.”³³

Enfim, pelo eurocentrismo, foi-nos ensinado historicamente que a sabedoria indígena na verdade não passava de mero primitivismo e que racional e moderno seria o Direito Europeu e sua economia mercantil.

Nesse sentido, tem-se um direito no Brasil (fase colonial) e do Brasil (Império e República); na fase colonial, subsequente à invasão do Brasil, seguiu-se o direito da Metrópole, ou seja, as Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), mas a legislação brasileira genuína somente surgiu no período Imperial, com o Código Criminal do Império de 1830, sendo substituído na fase Republicana pelo Código Penal de 1890 e este pelo Código Penal de 1940 e sua Reforma em 1984 (Parte Geral do Código Penal - Lei nº 7.209), mesmo ano em que foi promulgada a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210).

O Direito do Brasil, que ainda está sendo escrito, pode utilizar a Justiça Restaurativa como paradigma do Direito em sentido amplo e não apenas do direito criminal.

Importante, para tanto, o estudo e reflexão de outras estruturas relacionais e de saber jurídico não restritas às fontes europeias e, sobretudo, conhecer a realidade e necessidades da sociedade brasileira, propondo práticas de inclusão neste cenário nacional historicamente excludente.

Observa-se que a evolução não ocorre, necessariamente, de maneira linear, e que a justiça restaurativa é uma prática anterior à invasão do Brasil, ou seja, tanto no continente sul-americano como em outros teve origem remota que pode datar de mais de quinhentos anos.

³³SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. op. cit., p. 347.

1.3. Do procedimento administrativo disciplinar

Remontam do século XIX os regulamentos penitenciários que dispunham sobre regras a serem seguidas no convívio prisional, carregando a pecha da ressocialização (correcionalismo) ou da mera neutralização.

Em 1850, foi editado o Regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro (Decreto nº 678, de 06 de julho), que “pode ser considerado a matriz de nosso regramento carcerário”³⁴, por meio do qual se exercia a disciplina e a segurança da prisão mediante a subordinação do indivíduo encarcerado em uma relação vertical e de poder.

Em 1882, foi editado o “Novo Regulamento da Casa de Correção da Côrte”³⁵ (Decreto nº 8.386, de 14 de janeiro de 1882).

As regras e punições disciplinares prisionais surgiram com o objetivo de retribuição e ressocialização advindas de uma sociedade escravocrata.

Ao adentrarem na Casa de Correção, os indivíduos eram submetidos a um procedimento de classificação tendo em vista o total da pena a cumprir, o tipo de delito praticado, a idade e a classe social da qual provinham, recebendo uma roupa que, por si só, já os discriminava, pois o uniforme que vestiam tinha “cores diferentes, representativas das diferentes divisões e classes hierárquicas”³⁶. Tal procedimento não visava à individualização da pena e, sim, à manutenção da desigualdade social e o controle dos encarcerados, sendo os mesmos separados em classes de “divisão criminal” (1ª, 2ª e 3ª) conforme artigo 4º, que assim dispunha:

A divisão criminal se comporá de todos os presos que não pertencerem á divisão correccional, e constará de tres classes, formadas pelo modo seguinte:

1ª Os condemnados desta divisão logo que entrarem na Casa de Correção; aquelles a quem forão commutadas as multas pecuniarias em tempo de prisão com trabalho, com tanto que já não estejam na Casa de Correção, porque neste caso continuarão na classe em que se acharem, e finalmente aquelles que voltarem da 2ª e 3ª classes da mesma divisão.

³⁴ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 45.

³⁵Id. Ibid., p. 64.

³⁶Id. Ibid., p. 50.

2ª Os que na primeira classe, durante hum anno consecutivo, se houverem comportado regularmente. Os reincidentes só poderão passar para a 2ª classe no fim de 3 annos consecutivos de bom comportamento.

3ª Os que na 2ª classe se houverem bem comportado durante 2 annos não interrompidos. Os reincidentes só poderão passar para a 3ª no fim do 4 annos seguidos de bom comportamento³⁷.

Fazendo-se um comparativo desse procedimento de classificação do século XIX com a classificação dos sentenciados por conduta carcerária do século XXI, observa-se que no Estado de São Paulo o Regimento Interno Padrão da Secretaria da Administração Penitenciária (Resolução nº 144 de 2010)³⁸ preceitua em seu artigo 85 que o comportamento será categorizado como ótimo, bom, regular ou mau para fins de deferimento de direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, dentre outros, nos seguintes termos:

Art. 85, inciso I: ótimo, quando decorrente da ausência de cometimento de falta disciplinar, desde o ingresso do preso na prisão, ocorrido no mínimo há um ano, até o momento do requerimento do benefício em Juízo;

inciso II: bom, quando decorrente da ausência de cometimento de falta disciplinar ou do registro de faltas disciplinares já reabilitadas, desde o ingresso do preso na prisão até o momento do requerimento do benefício em Juízo;

inciso III: regular, quando registra a prática de faltas disciplinares de natureza média ou leve, sem reabilitação de comportamento;

inciso IV: mau, quando registra a prática de faltas disciplinares de natureza grave sem reabilitação de comportamento.

Ao lado da Casa de Correção havia também a Casa de Detenção onde ficavam os presos que ainda não tinham sido condenados.

Nesse aspecto, igualmente existem prisões para presos provisórios como os Centros de Detenção Provisória de São Paulo, inaugurados a partir da desativação da Casa de Detenção “Professor Flamínio Fávero” (conhecida como Carandiru), na década de 2000. Todavia, tais Centros de Detenção Provisória costumam estar superlotados, abrigando indevidamente pessoas já condenadas.

³⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op. cit., p. 183.

³⁸ Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária – 144, de 29-06-2010. Publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, dia 30-06-2010, Poder Executivo – Seção I – São Paulo, 120 (122) – 18.

Após o primeiro regulamento da Casa de Correção (em 1850), surgiu em 1882 um novo regulamento (Decreto nº 8.386), mantendo tal prisão como local destinado ao cumprimento da pena com trabalho (“artigo 1º. A Casa de Correção é destinada á execução da pena de prisão com trabalho”³⁹). Médicos e capelães auxiliavam na tarefa de classificação e reforma do indivíduo condenado, acreditando-se que a pena seria o remédio para o indivíduo doente (encarcerado) e a prisão o seu hospital.

Os critérios meritocráticos de classificação das condutas estipulados no Decreto 8.386 permaneceram os mesmos do Decreto 678.

Aliás, nos dias atuais, como mencionado na Resolução nº 144/10 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, utiliza-se a pena como função de reforma, reeducação e ressocialização (corrigenda) da pessoa presa. O artigo 3º da mencionada Resolução dispõe que “À Secretaria da Administração Penitenciária, por meio das unidades prisionais e dos demais órgãos que a compõe, cabe promover a custódia, a execução penal, a medida de segurança e a ressocialização dos indivíduos presos provisórios, condenados e internados, bem como acompanhar e fiscalizar o cumprimento das penas e medidas alternativas”.

Nota-se o retrocesso da presente Resolução (ato administrativo) de 2010 ao contrariar o disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal de 1984 (lei federal nº 7.210) que prevê a integração social como objetivo da execução penal.

Isso porque, a intenção reformadora tida como uma das supostas funções da pena (prevenção especial positiva) elimina a autonomia do ser humano, base da sua dignidade. O indivíduo é tratado como algo a ser modificado não se respeitando a natural diversidade dos seres humanos, singularidade que deve ser respeitada com a manutenção do direito de cada qual fazer suas escolhas e responder por seus atos. Tem-se a subordinação em detrimento da integração (escopo da execução penal, conforme artigo 1º da Lei nº 7.210/84).

Em 1850 e 1882 já existiam as sanções disciplinares com as quais se privava o condenado de receber visitas, rebaixando sua classificação (das divisões criminais). O isolamento em cela escura (Regulamento de 1850) foi substituído pela clausura na própria cela (Regulamento de 1882) e pela segregação absoluta do encarcerado

³⁹ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op. cit., p. 218.

(artigo 52 da Lei de Execução Penal, segundo alteração promovida pela Lei nº 10.792/2003) no chamado “regime disciplinar diferenciado”, demonstrando o pouco avanço e, quiçá, o mero retrocesso legislativo da atualidade no sistema de controle disciplinar do cárcere.

O Código Criminal do Império⁴⁰ (1830) previa a execução das sanções inclusive a de morte, que, a partir do Código Penal de 1890 (República⁴¹), foi retirada do rol das espécies de pena.

O Código Penal de 1890 excluiu do rol das penas aquelas de açoite, galés e prisão perpétua, tornando em contrapartida a pena de prisão (pena privativa de liberdade) a regra das sanções; incluiu em nosso ordenamento jurídico o sistema progressivo de cumprimento da reprimenda (artigo 50) e o livramento condicional (artigo 51).

Quase um século após tal Código, a Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade como regra e a prisão como exceção, embora na prática predomine a superlotação nos cárceres e nas prisões provisórias por fatos insignificantes como tentativa de furto de xampus e tênis (algo que poderia ser resolvido com o diálogo entre as partes) ou a manutenção de pessoas na prisão por não terem residência fixa (o que igualmente poderia ser resolvido se as Secretarias do Serviço Social da Prefeitura e do Estado conseguissem uma “moradia social” ao indivíduo).

Ademais, costuma-se entender que a reincidência é um fato que denota a persistência da pessoa na vida criminosa, e tal aspecto pode apenas revelar a sua pouca habilidade em praticar delitos, pois, via de regra, é descoberto e capturado.

O Código Penal de 1940 previa a figura do reincidente em crime doloso como um ser presumivelmente perigoso (artigo 78, inciso IV⁴²), que deveria receber a sanção penal da medida de segurança para ser tratado e somente ser liberto quando da assimilação dos valores sociais (ressocialização, correccionalismo), denotando que tal Código ao adotar o Sistema do Duplo Binário (a uma pessoa condenada poderia ser aplicada medida de segurança e pena privativa de liberdade) foi influenciado fortemente

⁴⁰PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 241.

⁴¹Id. Ibid., p. 278.

⁴²Id. Ibid., p. 452.

pelo positivismo criminológico que acreditava na inferioridade moral, biológica e de caráter de algumas pessoas (paradigma do determinismo biológico).

Tal postura ideológica (defensismo social pela aplicação da sanção penal) fortaleceu a mentalidade repressivo reeducativa.

Na década de 1980, surgem reformas penais que promovem a alteração da Parte Geral do Código Penal de 1940, estabelecendo normativa própria da execução da pena (respectivamente, Leis nº 7.209 e nº 7.210, ambas do ano de 1984).

As faltas disciplinares na atualidade são previstas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84⁴³), em leis de execução penal estadual e regulamentos carcerários. Referem-se ao descumprimento de deveres e a comportamentos indevidos de pessoas presas ou que estejam resgatando sua reprimenda em meio aberto, fatos estes que serão apurados em um procedimento administrativo disciplinar.

No presente estudo, verificar-se-á o contexto das faltas disciplinares dentro do estabelecimento prisional (regime fechado e semiaberto) das pessoas que já foram sentenciadas e cumprem pena, bem como da conduta funcional de agentes penitenciários e diretores. Não se analisará eventuais faltas disciplinares de pessoas custodiadas provisoriamente tampouco daquelas que cumprem pena em liberdade (regime aberto e pena restritiva de direito).

As faltas disciplinares, tratadas em procedimentos administrativos disciplinares ou sindicâncias, não dizem respeito à pena fixada na decisão condenatória, mas à conduta do sentenciado durante o cumprimento desta.

A Lei nº 7.210/84 traz em seu capítulo IV preceitos referentes aos deveres, aos direitos e à disciplina carcerária, ressaltando um direito essencial da pessoa presa, conforme prescreve o artigo 40

Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Na Seção III (Da disciplina), Subseção I (Disposições gerais), preceitua-se no artigo 45 que

⁴³KUEHNE, Maurício. *Lições de execução penal: aspectos objetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73-93.

Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

Nesse aspecto, temos os princípios da reserva legal e da anterioridade. A falta e a sanção disciplinares deverão ser previstas em lei em sentido estrito (expedida pelo Poder Legislativo), uma vez que, caracterizadas no caso concreto, trazem restrição de direitos, sobretudo à liberdade (*ius libertatis*), possibilitando a regressão de regime prisional, a perda de remição, o indeferimento ou a revogação de saída temporária, dentre outros, tornando mais rigoroso o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O artigo 49 informa que as faltas graves são definidas por lei federal (Lei nº 7.210/84) e as médias e leves devem ser estipuladas por legislação local (lei estadual); não é adequado, portanto, que regulamento carcerário defina outras faltas nem sanções. O artigo 3º da mencionada lei federal prevê que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”; o artigo 45 ao mencionar previsão regulamentar, “indica a regulamentação da lei local”⁴⁴ e não ato administrativo (regulamento, resolução) do Poder Executivo.

Na Subseção II (Das faltas disciplinares) preceitua o artigo 49 que

As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Nesse sentido:

Subtraiu-se, assim, da esfera administrativa a previsão de faltas e sanções, evitando-se a criação descomedida ou arbitrária de infrações disciplinares. O legislador federal enumera as faltas disciplinares graves, que acarretam, além das respectivas sanções, outras consequências graves (conversão, regressão, perdas de autorização de saída e do tempo remido), deixando ao legislador estadual a previsão das faltas médias e leves, a fim de impedir que nos regulamentos se imprima uma disciplina que vá exercer constrictões ou sujeições que aviltem, em vez de disciplinar.⁴⁵

⁴⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 135.

⁴⁵Id. *Ibid.*, p. 140.

A previsão das faltas médias e leves, bem como as sanções respectivas, é atribuída ao legislador local, ou seja, deve emanar de uma lei estadual em sentido estrito (Poder Legislativo Estadual). Os artigos 44 e 45 da Resolução nº 144/10 estabelecem equivocadamente as faltas disciplinares de natureza leve e média, uma vez que tal assunto deve ser tratado por lei local (lei de execução penal estadual).

O artigo 50 da Lei de Execução Penal (nº 7.210/84), com aplicação em âmbito nacional, traz o rol taxativo das faltas disciplinares de natureza grave, prevendo que:

Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei (inciso II: obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; V: execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas);

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

A Subseção V (Do procedimento disciplinar) informa em seu artigo 59 que

Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Aqui, no regramento do procedimento disciplinar, pode haver ato administrativo do Poder Executivo (regulamento carcerário).

No Estado de São Paulo, a Resolução nº 144/10 da Secretaria da Administração Penitenciária, conhecida como Novo Regimento Interno Padrão das

Unidades Prisionais que trata do procedimento administrativo das faltas disciplinares (sindicâncias), prevê a instauração, instrução, audiência, relatório, decisão, extinção da punibilidade, classificação do comportamento e a reabilitação da conduta do faltoso.

Tal Resolução informa que “a disciplina visa preservar a ordem, a segurança, o respeito, os bons costumes, os princípios morais, a obediência às normas e às determinações estabelecidas pelas autoridades e seus agentes no desempenho do trabalho, ficando a ela submetidos todos aqueles que estiverem sob a custódia e subordinação da administração penitenciária” (artigo 35).

A Resolução em questão prioriza a ideia de ressocialização (suposta reforma do sentenciado – artigo 3º) em detrimento da integração social preconizada pela Lei de Execução Penal (artigo 1º da Lei nº 7.210/84).

A ressocialização seria a obrigação do sentenciado em se adaptar às regras sociais predominantes (valores liberais burgueses), parecendo-se com a ideologia da reabilitação na qual o condenado seria o único responsável por sua futura inserção social, devendo, durante o cumprimento da pena, aproveitar o tratamento penal ou a terapêutica penal, bem como o seu programa individualizador da pena.

Tal raciocínio ressocializador, além de não estar em consonância com a Lei de Execução Penal, pressupõe que o Estado faz a mera contenção do indivíduo na prisão (função neutralizadora) e que a pena serve para readequar o condenado a viver em sociedade (função de proteção social). Mostra-se não só desatualizada, mas também retrógrada tal ideologia ressocializadora, uma vez que prega a reabilitação (tratamento por meio da pena ou terapêutica penal) como via de mão única, na qual a responsabilidade pelo delito e pelo retorno ao convívio social sadio continua sendo atribuída única e exclusivamente ao sentenciado, esquecendo-se de olhar para a sociedade extremamente desigual em que vivemos.

Em verdade, segundo Alvin August de Sá é possível “compreender a conduta criminoso como expressão de conflitos”, o que terá “implicações na política criminal de aplicação e execução de penas e de estratégias de reintegração social dos condenados”.⁴⁶

⁴⁶SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

A chamada “terapêutica penal” somente possibilitará o objetivo integrador da Lei de Execução Penal se houver um programa sério de individualização da pena, verificando as potencialidades dos sentenciados e seus eventuais déficits, procurando torná-los mais autônomos, assim como permitindo uma melhor interação com outras pessoas, como técnicos (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, psiquiatras, dentre outros), funcionários, pois com estes em geral os condenados convivem por um período maior de tempo. Ademais, a interação precisa ser de qualidade, na qual o sentenciado tenha relações mais horizontais e humanas, em lugar de apenas ser submetido a relações de poder (consubstanciadas em regras verticais, de disciplina e controle).

Assim, o mencionado artigo 35 da Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo tem na disciplina carcerária muito mais um instrumento de controle prisional que um mecanismo facilitador da convivência interna no estabelecimento penal, pregando a ideologia da contenção e suposta defesa social, em detrimento do objetivo da execução penal, qual seja, a integração social (artigo 1º).

Em São Paulo, praticada em tese a falta disciplinar é instaurada uma Comunicação de Evento (Resolução nº 144/2010), seguindo-se os demais atos como eventual isolamento preventivo do suposto faltoso, oitiva deste, da vítima e de testemunhas, solicitando-se perícias quando o caso (encontro de suposta substância entorpecente, aparelho de telefone celular, dano ao patrimônio, lesão corporal, homicídio, dentre outros). O procedimento (sindicância) tem prazo para terminar: 30 (trinta) dias, a partir da data do fato (artigo 62, *caput*), sendo possível apenas uma prorrogação pelo mesmo prazo (artigo 62, parágrafo 2º).

Prevê-se a extinção da punibilidade no prazo de 02 (dois) anos, a contar da data do conhecimento do fato (artigo 77, *caput*), bem como prazos para a reabilitação da conduta carcerária (artigo 89), que podem se dar em 03 (três) meses para faltas de natureza leve, 06 (seis) meses para faltas de natureza média e 12 (doze) meses para faltas de natureza grave.

Nessa reabilitação da conduta há a seguinte incongruência: se apenas lei em sentido estrito pode prever falta disciplinar de natureza grave (lei federal), bem como falta disciplinar de natureza média e leve (lei estadual), mero ato administrativo não pode prever a reabilitação da conduta faltosa.

A Resolução nº 144/10 prevê prazo de 12 (doze) meses para a reabilitação do comportamento carcerário em caso de cometimento de falta grave. Todavia, tal ato administrativo contraria a própria Lei Federal (nº 7.210/84), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e o Código Penal, uma vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal estipula o cumprimento de 1/6 (um sexto) e a Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 2º) prevê o cumprimento de 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos) para o direito à progressão de regime e o artigo 83 do Código Penal prevê lapsos de 1/3 (um terço), 1/2 (metade) e 2/3 (dois terços) para a concessão do livramento condicional. Portanto, o prazo de reabilitação da Resolução nº 144/10 além de inconstitucional e ilegal (pois inexistente previsão legal), é arbitrário, pois estabelece mais um prazo além do previsto em lei.

Praticada uma falta disciplinar a Lei de Execução Penal autoriza que o procedimento disciplinar seja instaurado “conforme regulamento” (artigo 59), mas não autoriza que o mesmo regulamento estipule as sanções disciplinares. A punição do faltoso está prevista no artigo 53 desta lei (tipos de sanções disciplinares).

O procedimento para apuração de faltas disciplinares no Estado de São Paulo precisa passar por uma adequação legislativa e atualmente representa a perpetuação de inconstitucionalidades, sendo um ambiente vertical, opressor e não dialógico de decisão de conflitos.

O reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave pode trazer consequências administrativas e judiciais ao sentenciado, como regressão de regime, perda dos dias remidos, dentre outros.

A instituição prisional no âmbito das sindicâncias disciplinares reforça seu viés de mero local de contenção, de retribuição e de reprodução de desigualdades e injustiças sociais. Nesse ambiente deletério, onde a pessoa que cumpre pena é considerada objeto da execução penal e não sujeito de direitos, difícil se torna criar uma cultura de paz, de apaziguamento, de respeito e de ética da alteridade.

Sequer se pode falar em comunicação não violenta onde não existe o diálogo. Portanto, primeiro, há que se restabelecer a comunicação entre as partes, sobretudo, entre presos e instituição prisional (seus agentes e diretores).

O termo sindicância disciplinar é usado tanto para a apuração de faltas disciplinares de detentos como para a apuração de conduta faltosa do funcionário público.

Prefere-se o uso do termo sindicância disciplinar, no presente estudo, pois a falta (o conflito instaurado) pode ter origem tanto em uma conduta da pessoa presa como de um funcionário, devendo em ambos os casos ser apurada e, igualmente, ser facultado o uso da justiça restaurativa (por meio principalmente da mediação). Até o momento, em sede de execução criminal, prevê-se apenas a apuração de falta disciplinar cometida por sentenciado.

O atual procedimento disciplinar segue o modelo fechado, rígido, no qual a preocupação com a disciplina e a vigilância se sobrepõe ao objetivo integrador da lei de execução penal (artigo 1º). Por conseguinte, ocorrida uma falta grave, costuma-se imputar esta à responsabilidade exclusiva do detento, perdendo-se a oportunidade de investigar melhor o fato, a fim de se entender a origem do conflito e sua motivação. Por vezes, sequer se observa a necessidade de se comprovar a materialidade da falta disciplinar, atribuindo-a à pessoa presa.

O rol do artigo 50 da Lei de Execução Penal é taxativo, não admitindo outras hipóteses de faltas graves senão aquelas legalmente mencionadas.

O artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, porém, fala em “crime doloso” e ainda que não seja tipificado como falta grave (no artigo 50) é equiparado a esta.

O que dizer então do crime culposos? Não há menção a este, devendo o sindicado ser absolvido caso a imputação diga respeito a ilícito culposos.

A partir da instauração do procedimento administrativo disciplinar - feita com a comunicação do evento -, inicia-se a apuração do fato.

Quando a falta disciplinar deixa vestígios, de acordo com normas processuais penais (artigos 158 e 564, III, “b”, do Código de Processo Penal), deve-se comprovar a materialidade mediante exame pericial. Assim, nas hipóteses de lesões corporais, homicídio, dano, encontro de objeto que possa ofender a integridade física de outrem, encontro de aparelho de telefonia celular e de entorpecentes, é de rigor a feitura de perícia técnica para se constatar a materialidade dos fatos.

Outras circunstâncias que envolvem faltas disciplinares podem ser informadas por testemunhas e pela própria vítima, como nas hipóteses de possível desrespeito, na incitação ou participação em movimento para subverter a ordem ou a

disciplina, na fuga, na não execução de trabalho, tarefas e ordens recebidas, na provocação de acidente de trabalho (aqui, dependendo da circunstância, deverá haver perícia).

Ao não analisar o conflito como um todo e apenas punindo o sindicado, está-se perdendo importante oportunidade de se tornar o ambiente prisional menos opressor e, conseqüentemente, menos fomentador de subculturas delinquentes; ao polarizar papéis e não facultar um diálogo verdadeiro, o cárcere favorece a prisionização, ou seja, o indivíduo preso se adapta às regras da prisão (regras formais e informais) e tende a se identificar no papel reducionista que lhe atribuem, de criminoso, alterando sua autoimagem, identificando-se com o estigma que lhe é atribuído.

Por estarmos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, as garantias processuais penais devem ser preservadas e, na hipótese de encontro de substância supostamente entorpecente, necessário se faz a perícia técnica; assim, além do laudo de constatação inicial, deve-se providenciar o exame toxicológico definitivo da substância apreendida a fim de se comprovar a materialidade dos fatos. Atualmente, a apuração da conduta faltosa e sua autoria incidem apenas sobre os sentenciados, se estes possuíam ou não a droga e para qual finalidade (uso próprio ou tráfico), como a autora verifica em sua experiência profissional na área de execução penal. Não se aproveita a oportunidade desse procedimento disciplinar para se investigar como as drogas adentram no estabelecimento penal, qual a percentagem de pessoas presas dependentes químicas e a demanda por tratamento de drogaditos.

Há maneiras de se diminuir a incidência de entorpecentes na unidade prisional: pode ser construído um local em que o preso é revistado antes e depois de passar na visita (familiares, amigos), de conversar com seu advogado ou defensor público (parlatório), de ser encaminhado à sala de aula, à enfermaria, ao fórum, ou seja, a revista deve se dar sempre que o preso sair ou entrar em sua cela; há também a hipótese de banho de sol, que é diário, devendo igualmente haver a revista nos presos. Seria um procedimento mais trabalhoso, porém efetivo no combate ao tráfico de drogas dentro da prisão. Caso fosse respeitada a capacidade máxima de cada presídio, assim como valorizado o profissional que atua no sistema penitenciário, a tarefa seria menos difícil.

No caso de procedimento administrativo disciplinar ter sido instaurado para apurar o encontro de entorpecente e a autoria do fato, importante ressaltar que as

partes em conflito seriam sindicado (pessoa presa) e instituição prisional (representada por seu diretor-geral).

Na hipótese de dano, as partes poderão ser pessoa presa e estabelecimento penal (dano ao patrimônio público) ou pessoa presa e funcionário (dano a algum pertence deste).

Na falta disciplinar de apreensão de aparelho celular há igualmente que se observar a letra da lei, a fim de não se tornar a sindicância nula.

O artigo 50 da Lei de Execução Penal fala na hipótese do sindicado ter a posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico; conforme esta autora tem constatado em sua experiência profissional, é frequente a apreensão de telefones celulares quando da abertura, por funcionários, de correspondências (“Sedex”) encaminhadas aos sentenciados. Nesses casos, o sentenciado não teve a posse, não chegou a utilizar nem forneceu aparelho celular a outrem. Quanto à posse ser direta ou indireta, há que se interpretar a norma a favor do sentenciado, uma vez que se fala em restrição de direitos (*jus libertatis*) na aplicação de sanção disciplinar. Poder-se-ia, igualmente, falar em tentativa inidônea (crime impossível), pois sendo tais correspondências averiguadas por funcionários, não há como tal aparelho chegar ao sindicado, salvo em situação de eventual corrupção funcional.

As apurações de faltas disciplinares se não preservarem os direitos subjetivos dos sentenciados - constatação da materialidade e autoria dos fatos, autodefesa, defesa técnica e devido processo disciplinar - mostram-se indevidas e abusivas, gerando maior desarmonia na convivência prisional.

O princípio norteador da execução penal, em sede administrativa e judicial, é o princípio da legalidade⁴⁷, devendo o procedimento administrativo disciplinar seguir a normativa constitucional, penal, processual penal e administrativa (regulamentos e resoluções).

Existe a falta disciplinar de desrespeito a funcionário, ou a ordens ou tarefas recebidas. Nessa hipótese, as partes seriam duas pessoas físicas: aquele que deu a ordem ou foi desrespeitado e o sentenciado. Não há a necessidade de comprovação pericial da materialidade dos fatos, sendo suficiente a oitiva de testemunhas, da suposta vítima e do suposto sindicado.

⁴⁷Cf. Item 19 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84).

O atual modelo executivo penal de controle disciplinar mostra-se retributivo e mantenedor de relações hierarquizadas, revelando o cárcere como mero local de contenção e de perpetuação de violências.

O elemento segurança e disciplina ainda predomina sobre a individualização da pena e o escopo social integrativo da lei de execução penal brasileira.

Thomas Mathiesen, criminólogo abolicionista, informa que há semelhança entre as normas disciplinares atuais e as de séculos anteriores, pois

tanto antes quanto agora, muitas das normas concretas foram e são formuladas em termos tão gerais que a estrutura carcerária do poder e o pessoal penitenciário detêm um amplo domínio discricionário sobre os internados.⁴⁸

A realidade brasileira igualmente possui regras abertas, vagas, como “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” (artigo 50, inciso I da Lei de Execução Penal), desobedecer funcionário e desrespeitar qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (artigo 39, inciso II da Lei de Execução Penal), possibilitando interpretações e a discricionariedade do corpo funcional sobre os sentenciados.

A concepção de um sistema de faltas disciplinares no qual apenas o sentenciado é punido não podendo verdadeiramente se manifestar, sem que a Unidade prisional investigue a origem dos conflitos e sem que eventual funcionário seja igualmente responsabilizado por condutas faltosas, apenas torna a prisão um ambiente mais opressor.

Por conseguinte, disciplina e segurança prisionais devem servir ao escopo da integração social, uma vez que hierarquia, assimetria e relações desiguais favorecem relações de poder (subordinação), enquanto as relações humanas são privilegiadas na busca efetiva da solução dos conflitos.

⁴⁸MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2003. p. 79-80 (tradução livre do espanhol feita pela autora: “Tanto entonces como ahora, muchas de las normas concretas fueron y son formuladas en términos tan generales que a la estructura carcelaria de poder y al personal se le otorga un amplio dominio discrecional sobre los internos”).

CAPÍTULO 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A restauração da Justiça, ou a Justiça Restaurativa, não é uma prática recente, ao contrário, o que se vê na atualidade é a sua retomada com programas restauradores.

Para se estabelecer um novo paradigma, contudo, precisa enfrentar os obstáculos trazidos pelo paradigma atual (punitivo); os entraves epistemológicos podem ser verificados na criação e manutenção de uma mentalidade repressora que acredita na punição como única resposta eficaz ao crime e à promoção da defesa social.

Em realidade, “não há direito de punir. Há apenas poder de punir”.⁴⁹ Todavia, a formação do atual sistema tradicional de justiça penal faz-nos crer que o que existe é o direito (*jus puniendi*).

O que é certo, na questão da punição, é que determinadas instituições, em dada época, sentindo-se ameaçadas em sua solidez com a perpetração de determinados atos, taxa-os como puníveis; muitas vezes nesses atos não há nem a sombra de um delito natural; essas instituições querem apenas se defender.⁵⁰

Tal pensamento punitivo se estabeleceu com os suplícios na Idade Moderna (Estado Absoluto), onde os espetáculos públicos das penas de morte favoreciam as projeções psicológicas da sombra (defeitos que os indivíduos possuíam) e a visão dicotômica da sociedade (pessoas boas ou más); na Idade Contemporânea (Estado de Direito) surge uma racionalidade instrumental que relaciona a imposição do castigo à realização da Justiça e, posteriormente, com a finalidade ressocializadora da pena que pregava a corrigenda do delinquente como fonte da proteção social.

O paradigma restaurador põe em dúvida a obrigação de punir, entendendo que do diálogo entre as partes pode surgir a solução do conflito.

⁴⁹LISPECTOR, Clarice. *Clarice na cabeceira*: jornalismo. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 66.

⁵⁰Id., loc. cit.

A mentalidade repressiva tem como base atitudes hostis em relação ao outro que dificultam sobremaneira pensar diferentemente da lógica punitiva (do castigo, da exclusão, da reeducação).

Etienne De Greeff⁵¹ fala nos instintos de defesa e de simpatia.

Alvino Augusto de Sá informa que tais instintos “determinam diferentes padrões de reações perante os outros”⁵², determinando “tipos opostos de ‘conhecimento’ do outro”.⁵³

Esclarece-nos De Greeff⁵⁴ que “num domínio regido por um instinto, a razão jamais intervém, a não ser em segundo plano, o que não significa que ela não terá influência. Mas esta influência não poderá se exercer, a não ser indiretamente”. No ser humano, o instinto de defesa “corresponde a um modo especial de conhecimento: a tendência a projetar uma intenção hostil em tudo o que pode excitar este instinto”.⁵⁵

A ideia de responsabilidade é o equivalente não sublimado, nas relações sociais interpessoais, de projeção intencionalista primitiva. É a visão que se tem do próximo a partir do instinto de defesa (...). O delinquente é o exemplo típico de pessoa cuja personalidade é drasticamente reduzida pela ideia coletiva de responsabilidade.⁵⁶

Ao ficar na situação de réu, o sujeito a ser julgado recebe dos demais, sobretudo da vítima, acusador, julgador, agentes penitenciários e opinião pública, uma censura que perpassa pelo instinto de defesa.

Diante do tribunal, ele nada mais é que um feixe de más intenções e, em cada um de seus atos, mesmo num ato socialmente bom, descobre-se sem dificuldade a intenção antissocial, o ser ignóbil que é necessário punir.

⁵¹DE GREEFF, Etienne. *Les instincts de défense et de sympathie*. Paris: PUF, 1947 *apud* SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

⁵²SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, cit., p. 259.

⁵³Id., loc. cit.

⁵⁴DE GREEFF, Etienne, p. 9 *apud* SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, cit., p. 259.

⁵⁵DE GREEFF, Etienne, p. 78 *apud* Id. *Ibid.*, p. 260.

⁵⁶SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, cit., p. 260-261.

Nada é mais lamentável que esta reconstituição do homem sob o signo da responsabilidade pura.⁵⁷

Assim, enquanto o instinto de defesa provoca reações de hostilidade, o instinto de amor e simpatia provoca respostas de inclusão, acolhimento e não dominação.

O paradigma restaurativo, que ainda está em fase de estruturação, possibilita reações não punitivas e punitivas nos casos que assim se mostrarem imprescindíveis.

O que existe, na atualidade, são práticas e programas restauradores que propiciam reações baseadas no instinto de simpatia, em contraposição às respostas hostis e excludentes do instinto de defesa que predominam no sistema tradicional de justiça penal.

2.1. Origens e práticas restaurativas

As práticas restaurativas buscam a retomada do diálogo, pautando-se nos valores do encontro, da reparação dos danos e da transformação, procurando a solução do conflito.

Tais práticas têm origens remotas e próximas. Pelas primeiras, menciona-se a justiça comunitária (de comunidades pré-estatais) e a tradição de povos indígenas, estes dois últimos privilegiavam soluções voltadas à “manutenção da coesão do grupo”.⁵⁸

Há notícias, ainda na Antiguidade, de práticas restaurativas desde 1.700 a.C., no “código de Hammurabi”.⁵⁹

Howard Zehr, escritor e professor de sociologia nos Estados Unidos da América, informa que nem sempre preponderou o paradigma retributivo e que esse “paradigma tampouco representa necessariamente uma melhoria. Interpretar a história

⁵⁷DE GREEFF, Etienne. op. cit., p. 94-95 apud. Apud SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração. p. 261.

⁵⁸JACCOUD, Mylène. op. cit., p. 163.

⁵⁹Id. Ibid., p. 164.

como progresso é uma falácia comum”.⁶⁰ A predominância da justiça pública estatal em detrimento da justiça privada comunitária não significou um avanço civilizacional, nem a troca de medidas irracionais por alternativas racionais.

“A justiça privada é caracterizada como vingança pessoal, muitas vezes descontrolada e brutal”⁶¹. Na verdade, “eram comuns acordos de restituição ou indenização, mesmo nos casos de delitos contra a pessoa”⁶²; o recurso à vingança (retribuição) poderia surgir de tentativas frustradas de reconciliação ou reparação do dano material ou imaterial.

“A administração da justiça era primariamente um processo de mediação e negociação mais do que um processo de aplicação de regras e imposição de decisões”.⁶³ Howard Zehr informa que no modelo privado de enfrentamento de situações problemáticas, a resolução dos conflitos se dava com a participação dos interessados no diálogo.

A justiça privada, mais do que mera vindita, representava uma tentativa de reparar o dano ocasionado pelo fato (desavença, crime, situação problemática).

De outro modo, a justiça pública preocupa-se com o estabelecimento da culpa para legitimar a aplicação da punição.

Assim, enquanto no período comunitário pré-estatal a preocupação se dava em relação à reparação dos danos causados à vítima, no período estatal o foco recai no estabelecimento da culpa do ofensor e na fixação da sanção que o mesmo deverá cumprir.

Na justiça comunitária a opção punitiva era subsidiária.

A ameaça de retribuição certamente existia, mas talvez ela tenha sido um meio, além de um fim em si mesma. O significado e as funções da retribuição por vezes refletiam uma visão compensatória. O sistema repousava primordialmente na necessidade de compensar a perda das vítimas e reparar relacionamentos.⁶⁴

⁶⁰ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 93.

⁶¹Id. Ibid., p. 93-94.

⁶²Id. Ibid., p. 95.

⁶³Id. Ibid., p. 96.

⁶⁴Id. Ibid., p. 99.

Da Idade Média até a Revolução Francesa consta que teriam existido asilos onde os ofensores podiam pedir abrigo; “muitos desses locais não eram asilos de longo prazo, mas locais seguros onde se podia esperar a raiva passar enquanto as negociações progrediam”⁶⁵.

Herman Bianchi, criminólogo holandês, informa que tais asilos eram como santuários em que os infratores ficavam intocáveis.

O termo *sanctuary* em inglês revela a vetustez do conceito. O santuário era um lugar sagrado no qual se considerava que o fugitivo ficava sob a proteção de outra autoridade, normalmente de natureza divina. Acreditava-se que essa divindade protegia o local. A natureza sagrada do local conferia certa inviolabilidade ao fugitivo, o qual, em função disso e de associações religiosas, tornava-se inatingível diante dos poderes terrenos.⁶⁶

Mesmo que nunca houvesse uma reconciliação, os santuários ainda assim ofereciam uma oportunidade imediata de viver uma vida melhor (...). Não é por meio do castigo que aprendemos a nos abster do pecado, mas da consciência de não mais estarmos pecando.⁶⁷

Na justiça comunitária pré-estatal, reitera-se, predominava a reconciliação entre as partes, prevendo-se a punição para situações em que a reparação do dano não se efetivava.

Em relação aos indígenas, Zehr informa que a tradição desses povos, em especial “os povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e os maori da Nova Zelândia”⁶⁸ possuíam valores restauradores e a moderna justiça restaurativa utiliza igualmente dos princípios não punitivos.

Além das comunidades pré-estatais e dos povos indígenas, o movimento denominado vitimologia contribuiu para o estabelecimento na atualidade do modelo restaurativo do sistema de justiça.

⁶⁵ZEHR, Howard. op. cit., p. 97.

⁶⁶BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*. Wipf and Stock Publishers, 2010. p. 138 (tradução livre do inglês feita pela autora: “The English term sanctuary reveals the ancientness of the concept. A sanctuary used to be a holy place where a fugitive was regarded as a protégé of another authority, usually of divine nature. The deity was believed to protect the locality. The sacred nature of the locality conferred a certain inviolability on a fugitive, who was made holy by religious associations and therefore untouchable by worldly powers”).

⁶⁷Id. Ibid., p. 140 (tradução livre do inglês feita pela autora: “Even if no reconciliation ever resulted, sanctuaries nevertheless offered an immediate chance for a better life (...). It is not through punishment that we learn to abstain from sin, but from the awareness that we are sinning no more”).

⁶⁸ZEHR, Howard. op. cit., p. 256.

Como mencionado, com o Estado centralizado, absoluto, as formas de justiça negociada, comunitária - nas quais a vítima tinha participação ativa - foram sendo substituídas pela centralização do poder punitivo do Estado.

Desse modo, entendendo-se o delito como mera transgressão à norma jurídico-penal e ao poder do monarca, substituía-se a parte ofendida, neutralizando sua participação no processo, decidindo-se o conflito (ao invés de solucioná-lo, dando voz ao acusado e à vítima para um possível diálogo). O direito penal teria surgido, exatamente, com a neutralização da vítima e com o controle estatal absoluto do *jus puniendi*.

Após a 2ª Guerra Mundial e, sobretudo, depois das atrocidades cometidas pelo nacional-socialismo e pelo uso de armamentos nucleares, a vítima retornou ao cenário das preocupações dos direitos humanos e das ciências criminais, em especial, da criminologia.

Em 1945, é criada a Organização das Nações Unidas e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ainda no ano de 1948, é publicado o livro de Von Hentig sobre vitimologia (*The criminal and his victim*).

A contribuição dos estudos criminológicos em relação ao paradigma restaurador deu-se com os movimentos da reação social (*labelling approach*) e crítico, por meio de suas reflexões que superaram o paradigma etiológico-determinista (do positivismo criminológico).

Com a teoria da reação social, as preocupações com o fenômeno criminal “deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências”⁶⁹.

Crime significaria uma escolha política, no contexto de uma sociedade conflituosa, não sendo reflexo de uma suposta inferioridade (moral, biológica ou intelectual) da pessoa. Tal movimento, apesar de ter contribuído com a mudança de foco nos estudos criminológicos, não propôs alterações estruturais no sistema de justiça penal.

A criminologia radical, também conhecida como criminologia crítica, igualmente contribuiu com a formação do paradigma restaurador, em especial, a partir do pensamento minimalista e abolicionista.

⁶⁹SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 236.

O pensamento criminológico radical possui três vertentes: neorealismo de esquerda, minimalismo (direito penal mínimo) e abolicionismo.

A vertente neorrealista de esquerda propõe uma expansão do direito penal para proteger minorias (negros, mulheres, operários); o viés minimalista prega a mínima intervenção do direito penal e a vertente abolicionista sustenta a necessidade de se abolir o cárcere e o sistema tradicional de justiça penal, pois ambos não oferecem respostas satisfatórias para a resolução dos conflitos e ainda mantêm desigualdades sociais.

O professor Herman Bianchi, diretor do Instituto de Criminologia da Universidade Livre de Amsterdã (no início da década de 1970), “afirmava que não bastava abolir as prisões, mas que deveria ser abolida a própria ideia de ‘castigo’”⁷⁰, devendo ser criado outro sistema de justiça diferente do paradigma punitivo. Bianchi, ademais, defendia um sistema de justiça que privilegiasse o princípio “da reconciliação”.⁷¹

Louk Hulsman, professor holandês, entendia essencial uma redefinição do delito, mera realidade semântica e escolha política criminal, mascarando realidades sociais. Para ele, “um dos problemas do sistema penal é a descontextualização das situações problemáticas e sua reconstrução num contexto alheio às vítimas, aos vitimadores e aos outros indivíduos”.⁷²

Para Hulsman, o “modelo político horizontal, e solidário seria assumido (...) como um modelo de ação para a prática cotidiana”⁷³ e não só como alternativa comunitária para a resolução dos delitos. A abolição do sistema tradicional de justiça penal, assim, possibilitaria uma reaproximação dos indivíduos e destes com a realidade social em que estão inseridos.

A vertente marxista da criminologia crítica, a seu turno, tem no sociólogo e filósofo norueguês Thomas Mathiesen importante representante, que prega o fim dos cárceres com a retomada do diálogo, incluindo os marginalizados em uma sociedade com formato participativo. Mathiesen ressalta que

⁷⁰ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 696.

⁷¹Id. Ibid., p. 697.

⁷²Id. Ibid., p. 698.

⁷³Id. Ibid., p. 700.

hoje em dia, uma mudança cultural no sistema penal e uma mudança na direção de um senso de responsabilidade pessoal por parte daqueles que lá trabalham é muito necessária. Mas não seria uma condição suficientemente plena porque o sistema penal atual, elaborado por políticos, é muito mais dependente no contexto geral daquilo que chamamos de ‘opinião pública’ e meios de comunicação de massa.⁷⁴

Nils Christie, pensador abolicionista que mais teorizou sobre o modelo participativo, voltou a pensar na comunidade como controle social eficiente e entende a intervenção penal estatal (direito penal retributivo preventivo) como elemento mantenedor da conflituosidade social.

O desconhecimento entre as pessoas, o anonimato da vida moderna, permitem que a perigosa categoria de ‘delito’ se estenda a todo tipo de comportamento e, portanto, aumente a imposição de castigos como um esquecimento ou uma recusa dos ‘outros’.⁷⁵

Desse modo, “Christie propunha buscar, com imaginação, alternativas ao castigo, mais do que castigos alternativos ou justificativas alternativas para o castigo”.⁷⁶

As ideias abolicionistas influenciaram as práticas restaurativas, à medida que pregavam a reparação do dano, a participação da vítima, da comunidade e do ofensor na abordagem da situação problemática.

A “origem da Justiça Restaurativa remonta a uma experiência ocorrida, em 1974, na província de Ontário, no Canadá”⁷⁷, na qual se buscou outra reação que não o encarceramento de adolescentes acusados de danificarem propriedades privadas. No encontro realizado entre vítimas e adolescentes, surgiu a ideia de que estes deveriam reparar os danos provocados aos ofendidos, o que gerou a satisfação de ambas as partes, sendo assim resolvido o conflito.

⁷⁴MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?* In: CONVERSACIONES abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997. p. 270.

⁷⁵ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 709.

⁷⁶Id. Ibid., p. 708.

⁷⁷BENEDETTI, Juliana Cardoso. Justiça restaurativa: contribuições para seu aprimoramento teórico e prático. In: SHECAIRA, Sergio Salomao; SÁ, Alvino Augusto de (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 277.

Nos anos de 1974 a 1984, no Canadá e nos Estados Unidos da América, são desenvolvidos projetos de *Victim-Offender Reconciliation Programs* (VORP⁷⁸) que, promovendo o encontro entre vítima e ofensor, buscavam a resolução da contenda.

Em 1989, na Nova Zelândia, “considerada o país pioneiro na implementação de práticas restaurativas”⁷⁹, edita-se o *Children, Young Persons and Their Families Act*. Perante tal medida, procurou-se viabilizar a manutenção das tradições do povo maori com o sistema tradicional de justiça da juventude, facultando à família do adolescente aborígene (maori) a possibilidade de encontrar soluções aos atos infracionais por este praticados. Haveria de existir uma reação ao ato cometido sem, contudo, ser uma resposta nos moldes da justiça infracional.

A partir da constatação de que nas prisões da Nova Zelândia havia mais adolescentes indígenas que de origem branca europeia, a própria comunidade maori solicitou respostas da justiça que não comprometessem os laços sociais e familiares de seus jovens. Por meio de medidas reparadoras, as vítimas teriam seus danos ressarcidos inexistindo motivo para a manutenção dos adolescentes aborígenes nos cárceres.

No ano de 1995, sanciona-se no Brasil a Lei nº 9.099, tendo como um de seus objetivos a fixação de acordo quanto à reparação do dano causado à vítima. Contudo, possuindo feição meramente reformista do paradigma punitivo, eventuais acordos surgem à margem de uma efetiva comunicação entre as partes, que não deliberam quanto ao tipo de resultado pretendido, mas apenas aceitam um dos resultados previamente estabelecidos na lei.

Em 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Resolução nº 2002/12 por meio de seu Conselho Econômico e Social, recomendando aos Estados-membros a implementação da justiça restaurativa e enunciando os princípios básicos para programas restauradores na esfera penal. Tal Resolução, em seu preâmbulo, assim anuncia:

considerando o crescimento mundial das iniciativas de justiça restaurativa; reconhecendo que estas iniciativas desenham-se sobre formas tradicionais e indígenas de justiça, nas quais o crime é visto, fundamentalmente, como um dano às pessoas; enfatizando que a justiça restaurativa oferece uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a equidade e promove harmonia social por meio da cura das vítimas, ofensores e comunidades e que se trata de uma abordagem que capacita

⁷⁸SANZBERRO, 1999, p. 16 *apud* SICA, Leonardo. *Mediação penal e justiça restaurativa*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 31.

⁷⁹TICKELL; AKESTER, 2004, p. 40 *apud* Id. *Ibid.*, p. 93.

às comunidades sublinhar as causas do crime; convoca-se os Estados-membros a adotar práticas de justiça restaurativa (...).⁸⁰

Em 2007, foi fundado o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa (IBJR), para explorar as bases teóricas e práticas do paradigma restaurador.

Em 2010, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) lançou projeto de práticas restaurativas a ser implantado no sistema carcerário brasileiro e, em 2011 iniciou o projeto de “Mediação em conflitos no sistema penitenciário”, com a realização de “círculos restaurativos”, no Presídio Central de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.⁸¹

Em São Paulo/Capital, no estabelecimento prisional denominado Centro de Detenção Provisória de Pinheiros II foi iniciado em agosto de 2011 um projeto piloto composto por pessoas presas, que participam de “encontros” (reuniões semanais) e “círculos de roda de justiça restaurativa.”⁸²

2.2. Princípios, valores e elementos da Justiça Restauradora

Marcelo Gonçalves Saliba informa quatro princípios, a saber: “1) princípio do processo comunicacional; 2) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; 3) princípio do consenso; 4) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana”.⁸³

⁸⁰SICA, Leonardo. op. cit., p. 119.

⁸¹GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.estado.rs.gov.br>>. Publicado em 15-06-2011.

⁸²Conforme conversa que esta autora teve com o Diretor-geral substituto, a Diretora de Saúde e o Diretor de Disciplina do Centro de Detenção Provisória Pinheiros II, em 12/12/2012. Esta autora foi informada, no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros II, que três turmas de pessoas presas já se formaram. A primeira em dezembro de 2011, a segunda em maio de 2012 e a terceira em setembro de 2012. Nas reuniões semanais, as práticas restauradoras objetivam o autoconhecimento, o encontro, a reparação e a transformação das relações interpessoais dentro do cárcere. As turmas para os agentes de segurança penitenciária ainda não foram concluídas.

⁸³SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 153-154.

Ao invés de princípios, Raffaella da Porciuncula Pallamolla informa que o paradigma não punitivo tem “valores restaurativos”⁸⁴. Nesse sentido, aponta três valores (propostos por John Braithwaite): os obrigatórios, os que podem ser dispensados e os que não podem ser exigidos.

No primeiro grupo (valores obrigatórios), tem-se a não dominação, o empoderamento, a obediência aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanções, a escuta respeitosa, a preocupação igualitária com todos os participantes, o direito de optar por um processo restaurativo, além do respeito aos direitos humanos constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Declaração de Princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder. De acordo com o segundo grupo, há valores que podem ser dispensados pelas partes, como as formas de restauração do dano (que podem não ser aceitas por um dos protagonistas do encontro restaurador). Pelo terceiro grupo, há valores que não podem ser exigidos dos participantes da justiça restaurativa, tais como a exigência da feitura de um pedido de desculpas ou a exigência da concessão do perdão.⁸⁵

Diversamente do sistema tradicional de justiça penal, predominantemente coercitivo e hostil, a justiça restaurativa visa trazer os participantes ao encontro, possibilitando o diálogo, buscando a solução da lide sem resultados retributivos.

A Resolução nº 2002/12 da Organização das Nações Unidas (Conselho Econômico e Social) discorre sobre o substrato principiológico para um programa de justiça restaurativa, informando sua adaptabilidade a quaisquer dos sistemas jurídicos dos Estados-membros. Como princípios da justiça restaurativa, a Organização das Nações Unidas prevê a voluntariedade, a confidencialidade, a participação ativa das partes, proibição do *bis in idem*, proporcionalidade, equidade dos acordos.

Embora não exista consenso sobre os princípios, valores e elementos da justiça restaurativa, tem-se como aceitável a estipulação dos seguintes elementos: o crime, as partes em conflito (pessoas físicas) e o dano.

⁸⁴PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 60.

⁸⁵Id. Ibid., p. 62-64.

2.3. O problema da punição

A punição é tema que interessa às ciências criminais.

Tais ciências são compostas pelo direito penal, política criminal e criminologia.

A criminologia tem como objeto de estudo o crime, o criminoso, a vítima e o controle social. No dizer de Sérgio Salomão Shecaira “é o substrato teórico e investigativo que aponta um conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da intervenção punitiva”⁸⁶. O direito penal, a seu turno, contém as normas jurídico-penais e a política criminal as opções para o controle do crime.

Ademais, a criminologia oferece o conteúdo que pode ser usado tanto na criação das regras legais (normas), como na definição de posturas políticas perante delitos e eventuais intervenções.

2.3.1. Escola Clássica

A criminologia como ciência, embora não haja consenso a respeito, surgiu com as Escolas Sociológicas do Crime (final do século XIX), ora estudando a sociedade sob a perspectiva do consenso, ora estudando-a sob a perspectiva do conflito. Para o presente trabalho, interessa-nos as Escolas Sociológicas do Crime no enfoque do conflito, como o *labelling approach* e a criminologia crítica (séculos XX e XXI).

No século XV (1484), com a edição do livro *Malleus Maleficarum*, manual da Inquisição para a “caça às bruxas”, com métodos para reconhecimento e punição das feiticeiras que supostamente se uniam a Satã (que em hebraico significa “inimigo”⁸⁷), começava a surgir uma criminologia pré-científica.

⁸⁶SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 313.

⁸⁷Id. Ibid., p. 70.

Alguns séculos após, com a formação do Estado de Direito (século XVIII), o sistema punitivo passa a ser subordinado não ao rei, mas à lei, o que lhe dá uma aparência de racionalidade e humanismo. Nesse contexto, temos a Escola Clássica.

O enfoque desta Escola era no crime, entendendo o indivíduo como um ser dotado de livre-arbítrio e, portanto, apto a escolher entre o fato lícito ou ilícito. Desse modo, ressaltava-se que a responsabilidade por escolhas ilícitas era única e exclusivamente do indivíduo (delinquente), eximindo o Estado burguês de qualquer responsabilidade social - não obstante o capitalismo, desde seu nascedouro, não oferecer a todas as pessoas os meios para atingir condições materiais mínimas de uma vida digna, relegando muitos à mera sobrevivência.

O delito era concebido juridicamente como um fato violador do pacto social, sendo o infrator visto como um indivíduo normal; a pena útil deveria ter o condão de proteger a sociedade mediante seu efeito dissuasório, sobretudo, pela certeza de sua aplicação (ideia de obrigação de punir).

2.3.2. Positivismo Criminológico

No século XIX, com o surgimento do Positivismo Criminológico, volta-se o interesse para o estudo do criminoso. Em 1876, Cesare Lombroso lança seu livro *O Homem Delinquente*, no qual tendo feito estudos em pessoas encarceradas e internadas em manicômios, acredita ter encontrado uma causa biológica para a existência de criminosos.

Passa-se ao chamado paradigma determinista-etiológico, ou determinista-biológico, com medições de crânios e estudo de caracteres fisiológicos de encarcerados e pacientes internados em manicômios.

Desses estudos, Lombroso, que era médico, começa a fazer relações entre biologia e direito penal, entendendo que “o criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênicas”.⁸⁸

⁸⁸ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. p. 6.

Ainda no século XIX, Charles Darwin lança seu livro *The origin of species* (1859⁸⁹), no qual desenvolve a teoria da evolução das espécies e da seleção natural, acreditando em uma evolução linear, em um progresso civilizacional, bem ao gosto das potências europeias da época, que dividiam as pessoas em duas categorias: superiores e inferiores, civilizados e selvagens, fazendo uma leitura eurocêntrica e etnocêntrica em seu avanço imperialista.

Com Lombroso, na *Antropologia Criminal*, tinha-se o positivismo biológico e com Darwin, o positivismo evolucionista.

Ainda dentro do positivismo criminológico, surgiram as figuras que ampliaram o olhar dessa escola para além da antropologia: Enrico Ferri (sociologia criminal) e Rafeale Garofalo (psicologia criminal).

Com Ferri (1856-1929), o crime era analisado pelo enfoque das ciências sociais e os delinquentes eram divididos em cinco categorias: “o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional”.⁹⁰

Rafeale Garofalo (1851-1934) tratou do tema que denominou “temibilidade”, que corresponderia a uma suposta “perversidade constante e ativa do delinquente”.⁹¹ Tal característica faria do indivíduo uma pessoa a ser temida, pois sua natureza degenerada (perversa) criava um perigo constante de cometimento de crimes.

O conceito de “temibilidade” sustentava a necessidade da pena como tratamento que curaria o indivíduo ou apenas faria sua contenção, diante de sua perigosidade social. Acreditava-se, com o pensamento positivista criminológico, em uma suposta função ressocializadora da pena e da medida de segurança.

Combatia-se não o crime, mas a pessoa do delinquente. Assim, existiam indivíduos “doentes que para o positivismo criminológico mais ‘humanista’ teriam que ser curados e, para o mais reacionário, eliminados”.⁹² Estudava-se o indivíduo criminoso sob o enfoque médico-psiquiátrico e psicológico, tentando-se descobrir “uma ‘personalidade criminoso’”.⁹³

⁸⁹SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 78.

⁹⁰Id. Ibid., p. 92.

⁹¹Id. Ibid., p. 93.

⁹²ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 379.

⁹³Id. Ibid., p. 381.

Anitua ainda ressalta que

Com o positivismo produziu-se uma nova união entre medicina e prisão. Uma vez que o crime era diagnosticado como doença, o passo seguinte consistia na intenção de curar os delinquentes mediante o uso dos métodos e da retórica da ciência médica⁹⁴.

Não se questionava as condições sócio-econômicas, se isto favorecia desigualdades e o cometimento de delitos, nem as decisões jurídico-políticas, mas, mediante estudos antropológicos (Lombroso), sociológicos (Ferri) e psicológicos (Garofalo) fazia-se crer que o crime estava no próprio criminoso sendo ele que deveria ser tratado, corrigido, ressocializado, a fim de viver em sociedade de acordo com os valores desta, assegurando assim a proteção social (a Defesa Social).

2.3.3. Ideologia da defesa social

A ideologia da defesa social

nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal.⁹⁵

Essa ideologia encontra-se presente tanto na Escola Clássica como no pensamento Positivista Criminológico; na primeira, a defesa social surgiria com a punição obrigatória (efeito dissuasório da pena); no segundo, a proteção da sociedade se daria com a corrigenda do indivíduo, que se adequaria ao convívio social.

O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante

⁹⁴ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 388.

⁹⁵BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 41.

com relação àqueles⁹⁶. (...) o seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo⁹⁷.

O defensismo social pode ser concebido em sentido amplo e estrito. No primeiro caso, tem-se a ideia defensista surgindo com o Iluminismo e fortalecendo-se com o Positivismo. No sentido estrito, surge a Escola da Defesa Social como movimento político criminal “cuja primeira formulação programática deve-se a A. Prins”⁹⁸; após, tal movimento se consolidou com “F. Gramatica e M. Ancel”⁹⁹.

Para Marc Ancel a defesa da sociedade dá-se pelo “tratamento ressocializador”¹⁰⁰.

Tal ideologia tem como conteúdo, segundo Alessandro Baratta¹⁰¹, os princípios da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, da igualdade, do interesse social e do delito natural.

Assim, o princípio da legitimidade se refere ao estabelecimento do poder punitivo estatal para reprimir delitos, o princípio do bem e do mal informa ser o crime um dano à sociedade (sendo o criminoso um mal e a sociedade o bem), a culpabilidade como comportamento reprovável e contrário aos valores e normas sociais, a finalidade ou prevenção como o efeito dissuasório da pena (prevenção geral negativa) e, durante sua execução teria uma função ressocializante do delinquente (prevenção especial positiva), o princípio da igualdade como a existência abstrata e genérica da lei penal, sustentando ser a aplicação da lei igual para todos, o princípio do interesse social e do delito natural pelo qual os bens jurídicos eleitos pela legislação penal são de interesse comum e fundamental a todos os cidadãos.¹⁰²

Com o advento das teorias sociológicas do conflito a respeito do delito, após o positivismo criminológico, surgem críticas a cada um dos princípios da ideologia da defesa social, negando-a e apontando sua inconsistência.

⁹⁶BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 43.

⁹⁷Id. Ibid., p. 44.

⁹⁸GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA; Antonio García. op. cit., p. 117.

⁹⁹Id., loc. cit.

¹⁰⁰Id. Ibid., p. 118.

¹⁰¹BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 42.

¹⁰²Id., loc. cit.

A negação do princípio de legitimidade dá-se com as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva veiculando, basicamente, que todas as pessoas têm dificuldade em lidar com seu lado sombrio (sua sombra), tendendo a projetá-la em outrem, em especial, naquele que esteja em uma situação de maior vulnerabilidade. O princípio da legitimidade, pelo qual o poder punitivo estatal deve agir para coibir uma suposta minoria de desviantes é negado pelo fato da reação punitiva pressupor “a presença, nos membros do grupo, de impulsos idênticos aos proibidos”.¹⁰³

A negação do princípio do bem e do mal decorre da teoria da anomia ao considerar que “o desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social”¹⁰⁴, estrutura esta formada por pessoas possuidoras de virtudes e defeitos e não por indivíduos classificáveis de maneira dicotômica, simplista e reducionista: bons ou maus.

O princípio da culpabilidade é negado pela teoria das subculturas criminais, uma vez que nem todos os indivíduos enxergam sua própria conduta como algo reprovável (interna e socialmente), entendendo como relativo o conceito de desvio e, por vezes, como ilegítimas certas normas estabelecidas por outro grupo social. Compreendem que o padrão oficial de valores não é unânime, sendo mera seleção de regras de acordo com a força do grupo social em criar e aplicar a lei.

Baratta informa que

a teoria das subculturas criminais mostra que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinquência, e em particular, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal¹⁰⁵.

A reprovabilidade da conduta surge, assim, do caráter definitório de crime.

A negação do princípio do fim ou da prevenção se dá pelo aparecimento de um novo paradigma, qual seja, o do controle, pelo qual se verifica que a função precípua da pena não é a proteção de toda a sociedade, mas, sim, a proteção em especial de

¹⁰³BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 51.

¹⁰⁴Id. Ibid., p. 59.

¹⁰⁵Id. Ibid., p. 76.

parte desta sociedade, que detém o poder político de efetivar o processo de criminalização (criação do tipo penal e de sua respectiva sanção).

O consenso social quanto aos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito criminal não existe e o rótulo de desviante é dado pelas instâncias oficiais de controle, seja na criminalização primária (definição do que seja crime pelo Poder Legislativo) seja na criminalização secundária (atuação da Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Instituições Prisionais) na aplicação e execução da pena.

O princípio da igualdade é negado uma vez que as instâncias oficiais de controle selecionam o fato a ser considerado crime (Poder Legislativo) e selecionam os indivíduos que receberão o *status* social de criminosos (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, Instituições Prisionais), não sendo tal incidência (seleção) igual para todos.

O princípio do interesse social é negado uma vez que a definição do que seja crime (fato típico) não representa um consenso na sociedade nem representa seus direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro há previsão de delitos contra o patrimônio com punição mais severa que crimes contra a vida e a integridade física. Isso denota a importância conferida aos bens (patrimônio) coerente com a mentalidade capitalista e, igualmente, demonstrando que a tipificação de fatos decorre de escolhas e imposições políticas, não refletindo necessariamente a proteção dos interesses sociais fundamentais.

A defesa social efetiva poderia ser realizada mediante políticas públicas e justiça social, diminuindo as desigualdades sociais e aumentando o acesso às condições materiais de vida.

2.3.4. Criminologia da reação social

A partir das Escolas Sociológicas inicia-se a fase científica da criminologia, ora se analisando a sociedade sob o enfoque consensual, ora sob o enfoque do conflito. A criminologia da reação social e a crítica entendem a sociedade como um *locus* conflituoso.

O movimento da reação social também ficou conhecido com outras designações: rotulação social, etiquetamento, interacionismo, *labelling approach*, tendo surgido por volta de 1960. Por meio desse pensamento criminológico, começa-se a estudar o sistema de justiça criminal, verificando que o mesmo é essencialmente definitorial, seletivo e controlador, não sendo o crime, como se acreditava até então, uma deformidade orgânica ou de caráter do indivíduo, observando-se, ademais, as consequências funestas da prisão sobre a identidade dos detentos, em especial na identificação do encarcerado com o papel que lhe atribuem. “A criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação.”¹⁰⁶

Por essa teoria, o caráter definitorial do crime advém da escolha de alguns fatos para serem tipificados; a seleção seria a escolha, primeiro, dos fatos a serem criminalizados e, posteriormente, das pessoas a serem capturadas pelo sistema de justiça. A reação e a rejeição social diante dos agentes etiquetados como delinquentes, reduzindo-os a tal papel - criminosos -, contribui para o surgimento da desviação secundária, ou seja, a identificação do indivíduo condenado no papel que lhe atribuem, tendendo a manter-se em subculturas criminosas.

No momento da rotulação, tende-se a iniciar os efeitos da estigmatização, como bem salienta Erving Goffman¹⁰⁷.

Goffman estudou pessoas e grupos que sofrem algum tipo de estigmatização, informando que o estigma tinha e tem a função de marcar a pessoa a fim de que ela seja “evitada”¹⁰⁸, pois a

sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias (...) quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua “identidade social” (...). Baseando-nos nessas preconcepções, nós a transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso¹⁰⁹.

¹⁰⁶BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 108.

¹⁰⁷GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

¹⁰⁸Id. Ibid., p. 11.

¹⁰⁹Id. Ibid., p. 11-12.

O que esperamos do outro é uma previsibilidade que nos dê uma aparente segurança, enquadrando as pessoas em categorias de acordo com os valores culturais aceitos em determinados locais e épocas. A imagem que se cria do outro forma sua “identidade social virtual”, que nem sempre corresponde com sua “identidade social real”¹¹⁰.

Para se enquadrar em determinada categoria, o sujeito precisa possuir determinados atributos. Goffman informa que o atributo em si não é positivo nem negativo, pois se trata de uma característica pessoal que costuma ser valorada em seu contexto e que o estigma não seria o atributo em si, mas o estereótipo que o indivíduo recebe por possuir tal atributo.

A pessoa que se encontra encarcerada por ter cometido um delito, não tem apenas esse papel social: delinquente. É cidadão, pertence a uma família, possui amigos, porém, quando comete um crime é reduzido a mero criminoso. O estereótipo faz exatamente essa redução de papéis, a fim de que em geral só consigamos enxergar aquele que se desviou, que possui defeitos e caiu no descrédito por não pertencer à sociedade dos “normais”¹¹¹.

O indivíduo estigmatizado passa a ser rejeitado e dessa exclusão tende a se retrair e a rejeitar aqueles que o rejeitam. Isso pode levá-lo a se unir em grupos, daqueles que igualmente sofrem tal exclusão, podendo advir daí subculturas delinquentes.

Ainda na criminologia da reação social, temos o autor Howard S. Becker, sociólogo norte-americano, que escreveu importante obra na qual se estuda o desvio.

O que seria o desvio? Desvio seria o gênero do qual o crime seria a espécie.

Becker informa que existem diversos grupos na sociedade e aqueles que possuem maior influência sobre os demais, geralmente os detentores dos poderes econômicos e políticos, ditam as regras a serem seguidas.

Assim, o desvio seria uma definição de condutas que violam valores, estipulada e selecionada por determinado grupo social, com força suficiente para se impor aos demais.

¹¹⁰GOFFMAN, Erving. op. cit., p. 12.

¹¹¹Id. Ibid., p. 14.

Aquele que infringe a norma seria um desviante, sendo tratado como *outsider*¹¹² (desviante, marginal, excluído), todavia

a pessoa assim rotulada pode ter uma opinião diferente sobre a questão. Pode não aceitar a regra pela qual está sendo julgada e pode não encarar aqueles que a julgam competentes ou legitimamente autorizados a fazê-lo. Por conseguinte, emerge um segundo significado do termo: aquele que infringe a regra pode pensar que seus juízes são *outsiders*¹¹³.

Inicialmente, diante do senso comum influenciado pelo positivismo criminológico, acreditava-se que a pessoa se desviava por uma característica sua. Não se questionava “o rótulo desviante”¹¹⁴, procurando-se a explicação da infração às regras em aspectos da personalidade do indivíduo.

Em realidade

o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator” (...) o grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras¹¹⁵ (...). Desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele¹¹⁶.

Um dos maiores problemas de ser rotulado como “desviante” é o fato de ser identificado de maneira reducionista: o papel desviante se torna preponderante em detrimento de outros atributos, ainda que estes sejam positivos (virtudes, qualidades pessoais).

Ao estudar o motivo de certos atos serem tipificados como ilícitos penais, assim como quem tem o poder de definir tais fatos como desvios, o interacionismo promoveu uma importante mudança paradigmática, mudando o foco dos estudos criminológicos sobre o indivíduo supostamente doente e inferior, para os poderes de alguns grupos sociais (paradigma do controle).

¹¹²BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 15.

¹¹³Id., loc. cit.

¹¹⁴Id. Ibid., p. 17.

¹¹⁵Id. Ibid., p. 22 e 25.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 27.

A criminologia da reação social trouxe importantes descobertas sobre desviação primária (o crime não como um dado ôntico, mas como uma definição legal), desviação secundária (permanência na carreira criminosa facilitada pela rejeição social e pela identificação do sujeito com o papel de delinquente) e processo de criminalização seletivo (escolha de tipos penais e dos agentes a serem capturados pelo sistema tradicional de justiça penal).

Howard Becker em seus estudos sobre os “desviantes”, pessoas que são rotuladas por um grupo dominante que lhes impõe regras e punições, contribuiu sobremaneira para a teoria do etiquetamento ou da rotulação social (*labelling approach*), mostrando-nos que o crime é uma mera definição e não decorrência de uma suposta inferioridade biopsicológica dos indivíduos.

Erving Goffman, a seu turno, ao estudar o estigma verificou que a pessoa rotulada, excluída e estigmatizada com a etiqueta de “delinquente”, vê-se reduzida a tal estereótipo e, à medida que se identifica com tal papel, tem facilitada sua inserção na carreira criminosa (a exclusão social favorece a inclusão no crime e nas subculturas delinquentes) e, conseqüentemente, na prática de novos delitos, vindo a ocorrer a reincidência que a pena de prisão proclama tentar evitar.

O cárcere é um local altamente criminógeno, reforçando estigmas e violências; a mudança de foco estabelecida pelo movimento da rotulação social (*labelling approach*) representou uma ruptura no modo de pensar o fenômeno criminal: ao invés de atribuir o fato criminoso a um defeito físico ou de caráter do indivíduo, começa a ser questionado o motivo de certas condutas serem tipificadas como crimes enquanto outras não, bem como o porquê de determinados indivíduos serem tratados como delinquentes. Nota-se que o crime é uma criação (determinadas condutas são rotuladas, etiquetadas como delitos) e a rejeição social contribui para a reincidência (na medida em que se estigmatiza o indivíduo encarcerado que passa a se identificar com o papel que lhe é atribuído).

A sociedade, reitera-se, é composta por vários grupos sociais e, diante da diversidade cultural, quais valores deveriam prevalecer? Os grupos dominantes que impõem as regras fazem crer que os valores sociais são universais e, diante desta ficção jurídica, procuram legitimar as normas penais.

A teoria da reação social verificou a existência de dois importantes elementos na tipificação do fato desviante: o primeiro seria o caráter definitorial do crime (uma escolha política) e, o segundo, a reação social ao delito e ao delinquente (rejeição social, estigmatização). A partir do *labelling*, estuda-se o processo de criminalização como gerador da criminalidade ao invés de se conceber o crime como algo ontológico (positivismo criminológico).

Assim, embora tenha identificado as figuras do desvio e do estigma como importantes fatores criminógenos, a criminologia da reação social apenas faz tal constatação, sem propor mudanças estruturais. A propositura de mudanças adviria com a criminologia crítica, sobretudo no final do século XX.

2.3.5. Criminologia crítica

A Criminologia Crítica, também conhecida como criminologia radical ou nova criminologia, tem como importante marco de origem o livro “Punição e estrutura social”, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer.¹¹⁷

Publicado pela primeira vez em 1939, o livro não teve muitos reflexos diante do momento conturbado que a humanidade passava, com a 2ª Guerra Mundial. Republicado nos Estados Unidos em 1967, o livro trouxe importantes reflexões sobre o sistema penal, relacionando o modo de produção capitalista com as formas de punição.

O abolicionismo, uma das vertentes da criminologia crítica, ao tratar o delito como uma situação problemática resgata-o para a esfera privada de solução dos conflitos, redescobrando a importância da participação da vítima (que sofreu o dano) e do ofensor (tomada de consciência e eventual mudança de postura) para a resolução efetiva da contenda.

Thomas Mathiesen, Professor de Sociologia do Direito na Universidade de Oslo, filia-se à corrente abolicionista da criminologia radical e faz uma crítica ao cárcere e ao sistema penal, propondo a abolição destes, mediante uma reestruturação da concepção de delito, dando maior atenção à vítima e ao ofensor.

¹¹⁷RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, op. cit.

Outro importante abolicionista foi o Professor holandês Louk Hulsman. Este pensador, assim como Thomas Mathiesen e Nils Christie, contribuiu muito para o avanço das ideias e práticas abolicionistas, entendendo que o sistema de justiça precisa passar por uma “necessária transformação de mentalidades”¹¹⁸.

Em seu livro “Penas Perdidas: O sistema penal em questão”, Louk Hulsman informa que a pena de prisão não traz consequências positivas à comunidade, à vítima nem ao ofensor e ainda aprofunda os conflitos, por não dar condições efetivas das partes se comunicarem de forma verdadeira.

Ressalta que uma sociedade que se queira inclusiva precisa respeitar a singularidade e a diversidade de cada um; que a lógica punitiva do sistema de justiça penal produz um reducionismo totalizante e dominador que dificulta o pensar de outro modo a justiça criminal que não seja sob a ótica do castigo, da repressão e da punição.

A Universidade, deste modo, mostra-se como importante centro de saber, de onde podem advir atividades justificadoras do sistema penal ou pensamentos reflexivos e críticos, produzindo práticas includentes e de promoção do ser humano.

Hulsman informa a necessidade de se estar receptivo às mudanças e que o sistema tradicional de justiça penal, sistema tido como objetivo “descarta a pessoa, o sujeito, e nega a importância da afetividade, ou melhor dizendo, não dá a esta uma linguagem para se exprimir”¹¹⁹.

E, na tentativa de justificar a existência do paradigma punitivo, temos que “no campo da justiça penal, as imagens maniqueístas se impõem quase que por inércia”¹²⁰, legitimando-se a suposta função reabilitadora e ressocializadora do castigo, da pena privativa de liberdade. Para se combater o mal e seu suposto causador (o agente desviante), emprega-se a pena purificadora que reconverterá o sujeito aos valores sociais vigentes. O discurso penal passa por racional, diante de tal justificativa, apresentando funções declaradas de suposta proteção social, pois, uma vez reconvertido o indivíduo criminoso, a paz social volta a se estabelecer.

¹¹⁸HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução Maria Lucia Karan. 1. ed. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1993. p. 135.

¹¹⁹Id. Ibid., p. 34.

¹²⁰Id. Ibid., p. 56.

Em verdade, os conflitos são inerentes ao ser humano: conflitos da própria pessoa e desta no convívio social. A pacificação social pode ser simplesmente a possibilidade de se conviver de maneira respeitosa e madura com o outro, aprendendo com os conflitos e não tentando extingui-los.

Aliás, quais valores sociais estariam vigentes? Em um mundo globalizado e com diversos interesses, parece pueril acreditar que existe consenso na escolha dos valores sociais. A suposta função reabilitadora/ressocializadora do cárcere e da punição exige que a pessoa condenada se adapte à sociedade. O princípio vigente em nosso ordenamento jurídico (Constituição Federal e Lei de Execução Penal) informa que se busca a integração social do sentenciado à comunidade (artigo 1º da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal), ou seja, tanto o sentenciado como as pessoas da comunidade devem refletir e eventualmente promover mudanças (de mentalidade, de comportamentos) que favoreçam tal integração. A dignidade da pessoa humana associada ao pluralismo (fundamentos de nossa República Federativa – artigo 1º, incisos III e V da Constituição Federal), juntamente com os objetivos de nosso Estado Democrático de Direito de ser uma sociedade não marginalizadora nem discriminatória (artigo 3º, incisos III e IV), afastam o caráter estigmatizante e excludente do sistema tradicional de justiça penal (paradigma punitivo).

O discurso penal oficial, assim, não condiz com o ordenamento jurídico-penal pátrio, nem apresenta a racionalidade e a proteção social que veicula.

Hulsman ainda salienta que o crime é algo criado pela lei, não tem existência própria, informando que “de um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinquente se torna um homem honesto (...). É a lei que cria o criminoso.”¹²¹

Assim, a suposta divisão entre pessoas “de bem” e “desviantes” mostra-se mera criação legislativa e não algo da essência humana.

Hulsman reforça que há um déficit comunicativo no sistema penal, uma vez que não se empodera as pessoas para uma comunicação verdadeira, onde tenham espaço para expressarem suas impressões, emoções, vivências e traumas. Sequer se pergunta à vítima o que seria importante a ela (muitas vezes, a vítima se satisfaria com a reparação material e imaterial, não desejando a imposição de uma pena estéril ao infrator).

¹²¹HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 64.

Na justiça criminal os trabalhos são compartimentalizados, não se preocupando em reduzir as distâncias psicológicas. Os órgãos atuam sem uma real comunicação entre si (Polícias, Ministério Público, Magistrados, Administração Penitenciária, Defensoria Pública, Advogados, Agentes de Segurança Penitenciária, Psicólogos, Psiquiatras, Assistentes Sociais). E a vítima? E o indivíduo sentenciado?

O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como ‘o delinquente’ e ‘a vítima’¹²².

O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores (...) não leva em conta as pessoas em sua singularidade. Operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger. (...) impõe um único tipo de reação aos acontecimentos que entram em sua competência formal: a reação punitiva. Entretanto, é muito mais raro do que se pensa que a pessoa atingida realmente queira punir alguém pelo acontecimento que sofreu¹²³.

O Estado Absoluto, ainda em formação, já no século XIII, viu na detenção do poder punitivo um importante instrumento de controle social e de dominação. Ao confiscar o conflito da vítima, dizia-se estar em uma etapa de maior evolução, pois a vingança privada seria evitada. Todavia, na Idade Média (antes da formação dos Estados) as partes se compunham por meio da compensação e nem sempre partiam para a vingança, sobretudo pela necessidade de se manter a coesão das comunidades.

Entretanto, ainda que fosse válido tal argumento, o direito penal não se tornou mais bárbaro? Sob o argumento de se evitar a vingança privada, praticava-se as mutilações, os esartejamentos em praça pública e as sentenças de morte. Com as grandes revoluções, em especial a Francesa e a Industrial, a classe em franca ascensão (a burguesia) passou, a partir da Idade Contemporânea (séculos XVIII e XIX), a deter o poder econômico e também político, criando saberes que justificavam o fechamento do sistema de justiça penal em uma única lógica: repressiva-punitiva. A única resposta possível ao cometimento de um crime seria a imposição de uma pena, em especial, a afluiva. Saía-se de uma época de subjetividades do rei (Estado Absoluto), para um período marcado por uma suposta racionalidade e humanidade da lei (Estado de Direito). Passava-se das arbitrariedades do monarca para a limitação do poder punitivo estatal. Seguramente, tal

¹²²HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 82.

¹²³Id. Ibid., p. 83-84.

período trouxe progressos no sentido de fixar as garantias do direito penal (limitação do *ius puniendi*), mas, em contrapartida, trouxe o fechamento do sistema penal em si mesmo, com a criação de uma mentalidade repressora na qual a imposição da pena seria a única resposta possível ao cometimento de um delito.

A nova linguagem proposta por Hulsman contribui com a mudança de mentalidades e o combate à naturalização da prisão, informando que a linguagem pode ser “capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas”¹²⁴, não encobrendo conflitos e empoderando as pessoas a gerir tais “situações problemáticas”. A gestão dos conflitos possibilita às partes descobrirem outras respostas (reações) que promovam o apaziguamento das relações sociais. Enquanto as pessoas envolvidas no conflito podem resolvê-lo, as decisões judiciais no âmbito penal costumam apenas decidi-lo (sem resolvê-lo).

A substituição do paradigma punitivo por outro não pode se dar utilizando-se os moldes repressivos. Com o novo paradigma, deve-se instituir novas bases de sustentação, do seu agir e interagir. O paradigma restaurativo tem por base não uma punição alternativa, mas uma alternativa à própria punição. Prevê a gestão do conflito pelas partes, o restabelecimento de relações horizontais, o diálogo e a transformação das relações deterioradas. Para tanto, evita-se a comunicação desrespeitosa, reducionista (maniqueísta). No lugar da punição, preza-se a tomada de consciência (responsabilidade) e outras formas de reação (como a reparação material e imaterial), favorecendo-se a pacificação interpessoal e, conseqüentemente, a pacificação social.

Há o receio por parte de alguns que, com a mudança de paradigma, ressurgja a vingança privada e as atitudes problemáticas fiquem impunes. Todavia, como se mencionou, antes mesmo da formação dos Estados as partes se compunham, em geral, por compensações (reparações materiais e imateriais). Possibilitando os indivíduos de se expressarem, tende-se a resolver o conflito e não apenas decidi-lo e, no âmbito das faltas disciplinares ocorridas dentro do cárcere, procura-se contribuir com a mudança de mentalidades, com práticas que melhorem a convivência prisional e estabeleçam relações horizontais e de alteridade.

O ideal seria mesmo abolir de vez a instituição prisional, mas, enquanto tal momento não se mostra possível, tenta-se tornar o cárcere menos repressivo

¹²⁴HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 96.

empoderando-se as pessoas com instrumentos capazes de solucionar seus conflitos interpessoais de maneira mais madura e harmoniosa.

A comunicação desrespeitosa que se encontra na prisão, aumenta as estigmatizações e permite que o indivíduo encarcerado se identifique com o papel que lhe atribuem ligando-o, em geral, a subculturas delinquentes e prendendo-o a uma carreira criminosa. Em relação aos funcionários, estes são igualmente estigmatizados e, em geral, sua atuação não é valorizada.

A estigmatização é importante apenas aos detentores do poder dominante, uma vez que controlam tanto as pessoas presas como os funcionários, alimentando polarizações, intrigas e desentendimentos. Quanto menos esclarecidos os sujeitos (pessoas presas e funcionários), mais fácil fica o controle dos mesmos e mais crível se torna o discurso penal de suposta proteção social.

Deste modo, Hulsman informa a importância do estabelecimento de uma nova lógica e de uma nova linguagem, pois

uma política judiciária consciente deveria se orientar no sentido da necessária transformação de mentalidades num sistema reestruturado de justiça (...). Deveríamos nos dirigir para as estruturas e as mentalidades sociais, procurando as condições em que os homens e as mulheres deste tempo poderiam se tornar capazes de enfrentar e assumir seus problemas¹²⁵.

Ressaltando que o papel do acadêmico é

trabalhar em conjunto com os diretamente envolvidos e com profissionais, em prol da modificação das instituições e suas práticas para desenvolver outras formas de pensamento¹²⁶.

O sistema penal, a figura do crime e do criminoso não são estruturas naturais, mas criações de uma organização social e cultural capitalista que procura defender seus interesses mediante a exclusão dos indesejáveis e não produtivos.

Embora Louk Hulsman entenda que a abolição de todo o sistema penal ainda não seja possível, acredita na importância da “abolição da linguagem predominante

¹²⁵HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 135 e 139.

¹²⁶Id. Ibid., p. 142-143.

sobre a justiça penal e sua substituição por uma outra linguagem que permita submetê-la a hipóteses críticas”.¹²⁷

Eugenio Raúl Zaffaroni, criminólogo escreveu o livro “Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal” e o dedicou a Louk Hulsman. Em suma, trata neste livro da pena como mera inflição de dor, ausente de racionalidade, bem como da deslegitimação do sistema penal e da crise do discurso jurídico-penal.

A legitimidade do sistema penal estaria fundada na necessidade de impedir a vingança privada, protegendo e pacificando a sociedade; no entanto, tais justificativas são ilegítimas, pois o sistema penal não exerce nenhuma destas funções. E a mera legalidade não supre a ausência de legitimidade. O discurso repressivo distorce e modela a realidade segundo seus interesses; o abolicionismo e a justiça restaurativa, ao contrário, propõem a construção de vínculos horizontais e comunitários para transformar realidades conflituosas.

Zaffaroni entende imprescindível desenvolver-se um discurso não violento e diverso do pregado pela “criminologia midiática”¹²⁸, que contenha um novo paradigma e uma nova linguagem.

Nils Christie, importante criminólogo filiado à Criminologia Crítica, desenvolve seu pensamento dentro do minimalismo (direito penal mínimo), entendendo que o crime é uma definição, uma escolha política que atribui a um fato um significado (que, ulteriormente, poderá ser retirado por lei que lhe descriminaliza).

Christie acredita na missão política do minimalismo, no sentido de:

conter a - ou se contrapor à - escalada de discursos reacionários do final do século XX e início do século XXI que dominam as instâncias governamentais, a classe política, a mídia e até as universidades¹²⁹.

A globalização igualmente enfraquece o poder estatal que procura se manter legítimo e incrementa o discurso criminal.

¹²⁷HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 157.

¹²⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

¹²⁹CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 11.

Hoje em dia, no Estado convenientemente enfraquecido, o sonho da maioria dos políticos é o envolvimento com assuntos jurídicos, notadamente jurídico-penais. A explicação é quase óbvia: restaram poucas áreas capazes de proporcionar exposição nacional aos políticos e seus partidos¹³⁰.

Ademais, Christie alega lucidamente que quando nos colocamos no lugar do outro tendemos a compreendê-lo e a ideia de inimigo tende a desaparecer.

É difícil preservar o retrato de monstros quando se chega a conhecê-los. O conhecimento comum, ou o científico, já é suficiente. Quando entendemos um pouco mais o comportamento das pessoas, ou especialmente se somos capazes de nos colocar na situação dessas pessoas, o monstro se dissolve. Mas, para as ações estatais, eles são muito convenientes¹³¹.

Os sistemas penais são indicadores do tipo de sociedade. As mudanças no sistema penal são relacionadas às transformações no seio de qualquer sociedade em particular¹³².

O paradigma punitivo revela-se um modelo de justiça vertical que decide conflitos, com distância e indiferença social; o paradigma não punitivo ou restaurador possui modelos de justiça horizontal, com ações integrativas onde os conflitos tendem a ser solucionados.

O minimalismo defendido por Christie aceita a punição quando ela é “inevitável”¹³³.

O paradigma punitivo verifica como e quanto o indivíduo deve sofrer, enquanto o paradigma restaurador verifica como o dano e as relações sociais podem ser reparadas.

2.4. O problema da prisão

Durante a Idade Moderna, sobretudo no absolutismo, a prisão não era concebida propriamente como uma punição, sendo apenas o local em que se mantinham pessoas antes do julgamento e da execução das penas (de morte, suplícios). O cárcere tinha a função de custódia. Após a Revolução Francesa e com a sistematização do Direito, a

¹³⁰CHRISTIE, Nils. op. cit., p. 65.

¹³¹Id. Ibid., p. 83.

¹³²Id. Ibid., p. 104.

¹³³Id. Ibid., p. 131.

prisão passa a ser concebida como o lugar em que a pena será cumprida. De uma concepção de prisão-custódia passa-se à uma concepção de prisão-pena, associando-se o cárcere à própria punição.

Deste modo, além da racionalidade penal ter associado a pena à uma consequência lógica do cometimento do delito e ao restabelecimento da justiça, associou a necessidade do presídio como o *locus* de cumprimento da pena. A pena privativa de liberdade passou a ser a reprimenda de maior repercussão social na época e, nos dias atuais, há quem considere penas não privativas de liberdade (de multa, restritivas de direitos) como menos dissuasórias, menos retributivas e incapazes de reeducar o condenado, gerando um sentimento de impunidade neste e na comunidade.

Novamente, a mentalidade punitiva mistura conceitos e faz associações equivocadas.

A pena não é a única nem a melhor resposta ao cometimento de delitos; a Justiça não se faz apenas com reações hostis; a reeducação é um conceito ilusório, pois não se ressocializa retirando o indivíduo do convívio social; a punição ou a responsabilização sobre o fato praticado não deve se dar apenas no espaço prisional, uma vez que este apresenta efeitos mais nocivos que benéficos aos condenados e à sociedade.

O cárcere tem o poder de aprofundar as estigmatizações, com rituais de despersonalização e um tratamento padrão que não considera as particularidades de cada um. O indivíduo preso passa a ser visto e tratado segundo o papel que representa (e, no cárcere, representa o papel de presidiário), acarretando o que conhecemos por desvio secundário: a mudança na identidade da pessoa, que passa a se enxergar como pertencente ao meio criminoso. Por conseguinte, a ideologia da reeducação (ressocialização) contrasta em sua essência com a instituição prisional, pois enquanto para o processo pedagógico faz-se mister a liberdade e a autonomia do indivíduo, para a administração do cárcere é de suma relevância o controle, sendo imposta a disciplina e desestimulada a individualização da pena.

A prisão promove a “desculturação”, desadaptando a pessoa condenada à vida em sociedade, promovendo também a aculturação ao favorecer o aprendizado das regras do cárcere (dos modelos de comportamento, dos valores característicos da “subcultura carcerária”¹³⁴), ou seja, a prisionização. As relações entre presos e instituição

¹³⁴BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 184-185.

prisional, assim, são marcadas pela “hostilidade, pela desconfiança e por uma submissão sem consentimento”¹³⁵.

Como salienta Hulsman, o ambiente carcerário apenas ensina o detento a conviver sob outras regras, pois

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 artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril¹³⁶.

Ademais,

o clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro (...). Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados¹³⁷.

¹³⁵BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 186.

¹³⁶HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. op. cit., p. 62.

¹³⁷Id. Ibid., p. 63.

CAPÍTULO 3. REINTEGRAÇÃO SOCIAL

A crise do paradigma punitivo não se insere apenas no sistema tradicional de justiça penal, estando, em um sentido mais amplo, dentro da crise da própria modernidade e de seus valores, em especial, o ter em detrimento do ser.

Paulatinamente, vão-se substituindo os valores do patriarcalismo (modernidade) como o saber fragmentário, a visão dicotômica do mundo e o egocentrismo, pelos valores da alteridade.

O estigma da prisão que marca, identifica e reduz o outro a um papel negativo, trazendo como consequência a rejeição social e a autorrejeição, causa no indivíduo estigmatizado uma baixa autoestima, a sensação de um não pertencimento ao grupo dos “normais”, tendendo a alterar a identidade da pessoa presa que, a partir de então, vê-se como um “criminoso” e procura se associar a subculturas delinquentes.

A autoestima, que passa pela autoaceitação e aceitação social, fortalece o indivíduo que ao invés de desenvolver o egoísmo, tem condições de desenvolver o autoamor e, conseqüentemente, sua autonomia.

A base da dignidade humana é a autonomia. Um dos fundamentos de nossa República Federativa brasileira é a dignidade da pessoa (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988). Logo, o Estado Democrático de Direito deve promover a autonomia do ser humano e as normas criminais devem preservá-la.

O arquétipo da alteridade, em que se considera o outro de maneira respeitosa tanto quanto se considera a si próprio, está a ditar novos padrões de conduta. O individualismo que se tornou sinônimo de egoísmo na modernidade, aos poucos cede espaço a um individualismo que simboliza o autoamor, a autoestima e a autonomia. Tal autoaceitação propicia um ambiente social solidário, pacificador, reconhecendo a conflituosidade como elemento inerente ao ser humano e às relações interpessoais.

A reintegração social, diante dessa mudança de valores, favorece a transição paradigmática e o estabelecimento do arquétipo da alteridade, uma vez que permite a integração das partes ao todo, o convívio solidário dentro da diversidade, ampliando os elementos da justiça restaurativa e compatibilizando-a com a execução penal.

3.1. Aspecto criminológico da reintegração social

A criminologia, como visto no capítulo precedente, é uma ciência que estuda o delito, o criminoso, a vítima e o controle social, servindo de subsídio para a criação de normas jurídicas e decisões político-criminais.

Desse modo, tal ciência pode sustentar epistemologicamente paradigmas diversos como o punitivo e o restaurador.

O paradigma punitivo possui como base a ideologia da defesa social pela qual a pena se torna legítima por ter uma suposta função retributivo-preventiva.

Como visto no primeiro capítulo, o poder de punir se estabeleceu sob a justificativa do Estado exercer uma função social protetiva.

Tal ideia de segurança e defesa, associada à ideia de castigo, permanece na atualidade. Ora chamada de segurança nacional, segurança pública e, mais recentemente, de segurança urbana (inserida no “movimento da Nova Prevenção”¹³⁸).

A doutrina da segurança nacional serviu também e sobretudo a um sistema penal ilegal, paralelo ao legal, e muito mais sanguinário e efetivo que este último: um verdadeiro terrorismo de Estado, como o que foi desenvolvido nas ditaduras militares do cone sul.

Por outro lado, a doutrina da segurança pública marca fortemente a história do direito penal na Europa (...), entre o Estado de direito e o Estado de polícia ou de prevenção (...).

Mais promissora, inclusive por ser a mais recente, é a concepção da segurança urbana, posto que atribui à política criminal, pela primeira vez, uma dimensão local, participativa, multidisciplinária e multiagencial, e talvez represente um resultado histórico do atual movimento da Nova Prevenção.¹³⁹

¹³⁸BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Revista Discursos Sedicioso*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 59, 1997.

¹³⁹Id. *Ibid.*, p. 58-59.

O discurso da Nova Prevenção traz conceitos coletivos e vagos de “nação segura”, “comunidade segura”, “cidade segura”¹⁴⁰, que são utilizados ideologicamente para fundamentar o incremento do paradigma repressivo.

No âmbito da disciplina durante a execução da pena, costuma-se enxergar a pessoa presa como um indivíduo submetido à segurança, antes de ser respeitado como um sujeito de direitos; justifica-se tal padrão de comportamento penitenciário e, por vezes, judicial, mediante a ideologia da perigosidade do detento e da necessidade de sua reforma, para ser aceito socialmente.

O crime ou a falta disciplinar cometidos dentro do ambiente carcerário são vistos meramente como um fato desabonador da conduta do detento, em uma visão reducionista, que desconsidera a análise do conflito subjacente à própria conduta faltosa.

Não obstante o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1º da Lei de Execução Penal prever a dignidade humana e a integração social da pessoa sentenciada, respectivamente, algumas práticas penitenciárias e jurisdicionais insistem em desconsiderá-las, acreditando na concepção correccionalista da pena.

Assim, o termo “ressocialização” utilizado como finalidade da pena, transmite a ideia de que a punição promove um tratamento reeducativo no sentenciado, inculcando-lhe valores sociais relevantes e uma disciplina hierárquica útil ao seu aprimoramento moral. A corrigenda que seria operada no condenado por meio da expiação da pena traz em sua base a crença na inferioridade de alguns indivíduos (inferiores moral, biológica e psiquicamente), posto que cometem delitos e precisam ser tratados para se corrigirem e não mais representarem perigo social (perigosidade, temibilidade social). Parte-se do pressuposto que a reabilitação seria de inteira responsabilidade da pessoa presa e a eventual reincidência representaria sua persistência no comportamento delituoso, devendo a futura punição ser ainda mais severa, pois a anterior se mostrou branda e insuficiente para corrigi-lo.

Alessandro Baratta, criminólogo, entende que a ressocialização não é possível de ser concretizada, pois o máximo que se consegue na prisão é a neutralização do indivíduo; observa que a reintegração social deve ser almejada, embora seja necessária sua

¹⁴⁰BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal, cit., p. 59.

reconstrução “sobre uma base diferente”¹⁴¹ e a integração ocorrerá com a abertura da prisão à sociedade, tratando-se o sentenciado com humanidade, reduzindo-se as assimetrias do cárcere e privilegiando a interação entre os sujeitos (dentro e fora do estabelecimento prisional). Baratta fala em reintegração social “apesar” da pena, na qual ocorra a abertura “de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão”¹⁴².

Ademais, sendo a ressocialização uma ilusão do ponto de vista realista (vivência prisional) e ideológico (quais valores deveriam ser transmitidos aos sentenciados? Os liberais burgueses?), a punição, quando muito, tem apenas o caráter retributivo impondo sofrimento, neutralização e exclusão social da pessoa condenada, sobretudo nos presídios de segurança máxima.

Quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, tem-se que:

o mero pagamento dessa dívida ou o mero cumprimento da pena privativa de liberdade nada tem a ver com a resolução do conflito entre o condenado e a vítima (...). Aliás, a pena privativa de liberdade não só em nada contribui para a resolução do conflito, como, pelo contrário, dado seu caráter repressivo, de exercício legitimado do domínio e do poder, dado seu caráter de degradação, deterioração e de despersonalização do condenado, fatalmente contribui para a atualização do conflito fundamental e agravamento dos conflitos atuais.¹⁴³

A partir, no entanto, da compreensão do crime como expressão de conflito, o foco de atenção deve mudar para o cenário do conflito.¹⁴⁴

Alvino Augusto de Sá desenvolve estudos que demonstram o despontar de uma “Criminologia Clínica de inclusão social”¹⁴⁵, na qual os paradigmas da passagem ao ato e o da reação social não se excluem, mas auxiliam na formação de um terceiro paradigma, qual seja, o “das inter-relações sociais”¹⁴⁶.

¹⁴¹BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia crítica* (Fórum Internacional de Criminologia Crítica). Belém: CEJUP, 1990. p. 141-157.

¹⁴²Id., loc. cit.

¹⁴³SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*, cit., p. 57-58.

¹⁴⁴Id. Ibid., p. 58.

¹⁴⁵Id. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴⁶Id. Ibid., p. 242.

A concepção de inter-relações sociais pressupõe uma integração de fatores que concorrem para o surgimento do conflito: o comportamento do indivíduo e a definição legal/reação social diante da conduta tipificada. Essa concepção embasa uma criminologia clínica que busca a inclusão social como meta da execução penal.

Assim, não mais a realização de uma ressocialização para efetivar a integração social, mas a inclusão social guiando uma nova mentalidade que busca a integração da parte (sentenciado) ao todo (sociedade), sendo ambos corresponsáveis por tal meta reintegrativa.

Atualmente, pouco há de individualização da pena na fase executiva, dificultando sobremaneira eventuais programas de integração social; em regra, não se aplica o exame de entrada, que serviria de parâmetro para a individualização da pena e aproximaria a equipe interdisciplinar e os funcionários do sentenciado. Em geral, as atividades que envolvem trabalho e estudo ainda são vistas como obrigações do encarcerado - viés ressocializador - sendo estas direitos do indivíduo preso.

Supervaloriza-se a ideia de segurança e disciplina no cárcere, em detrimento da individualização da pena. Assim, os procedimentos nos quais se apura o cometimento de faltas disciplinares de natureza grave e se aplica as respectivas sanções, incidem apenas sobre os sentenciados e reforçam as relações hierárquicas e dominadoras dentro da prisão. Nesses procedimentos (sindicâncias) aos envolvidos não se viabiliza o diálogo real, permanecendo um ambiente opressor que alimenta os conflitos e diminui a segurança da própria unidade prisional.

O que se pretende dizer com reintegração social é justamente o oposto de ressocialização. São estratégias que se baseiam em relações simétricas entre pessoas iguais, onde ninguém é mais importante, ninguém detém a exclusividade do saber, mas cada um tem seu saber, sua história, sua responsabilidade. São estratégias de diálogo, que, no caso dos presos, consistem em intercâmbio entre eles e outras pessoas não presas, que podem ser do próprio presídio.¹⁴⁷

A ressocialização pretende atingir a construção de um todo coerente, sem rupturas, no qual, se algum paradoxo existir, ele será tido como lógico e, como tal, deverá ser imediatamente superado. Já a reintegração social reconhece que ruptura é parte integrante do todo. Reconhece que o paradoxo é existencial e, como tal, não se pode pretender superá-lo, mas unicamente buscar forma de com ele conviver.¹⁴⁸

¹⁴⁷SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e execução penal*, cit., p. 306.

¹⁴⁸Id. *Ibid.*, p. 325.

3.2. Aspecto filosófico da reintegração social

A Era Contemporânea (pós Revolução Francesa) trouxe a superação da fase mística da Idade Média e da subjetividade da Idade Moderna, com a ideia de um Estado laico, submetido às leis e à razão.

Optou-se por uma racionalidade instrumental, bem ao gosto da economia burguesa, sistematizando o Direito e criando uma maneira inflexível e com resultados preestabelecidos a fim de se decidir os conflitos: com procedimentos rígidos e distantes das partes envolvidas, reforçando uma mentalidade repressiva na qual apenas a punição parece ser a resposta apropriada ao delito.

Essa racionalidade, contudo, não é a única maneira de pensar e conhecer realidades. A Filosofia, ciência que tem como tema central a razão, descobre uma racionalidade comunicativa que acompanha o fenômeno conflituoso por uma perspectiva participante, na qual se procura reconstruir a relação intersubjetiva rompida, mediante uma linguagem integrativa e não excludente. Nesse sentido, Jürgen Habermas fala no agir comunicativo em que a

racionalidade tem menos a ver com a posse de conhecimento do que com a maneira pela qual os sujeitos capazes de falar e agir adquirem e empregam o saber.¹⁴⁹

Os sistemas, contidos na racionalidade instrumental, são construídos para cumprirem funções.

O sistema da teoria das penas igualmente preconiza a existência de funções à punição (retribuição, prevenção, ressocialização). O agir nesse sistema tradicional de justiça é teleológico, seguindo procedimentos inflexíveis previamente estabelecidos, distanciando-se das partes e decidindo o conflito sem, necessariamente, resolver as situações problemáticas. Não se busca o entendimento, mas o término da lide (do conflito trazido ao Poder Judiciário).

¹⁴⁹HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012. p. 31.

A linguagem que uma dada sociedade utiliza reflete a maneira pela qual esta enxerga o mundo (mentalidade); o processo adversarial, que ora predomina no sistema de justiça penal, privilegia um tratamento hostil do suposto ofensor sem procurar entender seu contexto e seus motivos, ou seja, a possível origem do conflito.

Imagens de mundo

são em toda sua abrangência constitutivas de processos de entendimento e de socialização, em que os participantes se referem tanto às ordens do mundo social que têm em comum e às vivências de seus respectivos mundos subjetivos quanto aos processos no mundo objetivo único.¹⁵⁰

Assim, o agir comunicativo passa por um entendimento linguístico entre as partes, algo que na realidade do cárcere nem sempre existe, diante da polarização dos papéis (maniqueísmo) e de culturas diversas entre pessoas presas e funcionários. A linguagem transmite valores e pode promover o entendimento entre os indivíduos. Necessário se faz encontrar um entendimento comunicativo a fim de que as partes se compreendam no diálogo. “Todo consenso repousa sobre o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis; pressupõe-se aí que os que agem comunicativamente são aptos à crítica mútua”.¹⁵¹

As relações hierárquicas da prisão dificultam a racionalidade comunicativa e a integração social.

O modelo tradicional de justiça penal não atinge o escopo integrativo da execução penal, permanecendo com a razão instrumental que coisifica o ser humano, não lhe permitindo ser autônomo, subjugando-o com normas e sanções referentes à disciplina e à segurança internas do cárcere. Deve existir ordem, sem que isso signifique dominação.

A ideia de alteridade transita dentro do contexto da diversidade, reconhecendo e acolhendo o outro, permitindo a concretização da autonomia e dignidade humanas, uma vez que não fragmenta os saberes e não reduz o outro a uma parcial imagem de mundo. A própria linguagem procura ser inclusiva e não estigmatizante.

¹⁵⁰HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 127.

¹⁵¹Id. Ibid., p. 224.

No dizer de Emmanuel Lévinas o outro é recebido em suas peculiaridades

e o amor significa, antes de tudo, o acolhimento de outrem como tu.¹⁵²

O encontro com Outrem é imediatamente minha responsabilidade por ele. A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo.¹⁵³

A justiça brota do amor (...). O amor deve sempre vigiar a justiça.¹⁵⁴

A verdadeira comunicação, o diálogo intersubjetivo, é possível com o reconhecimento do outro (e não sua submissão), com uma linguagem respeitosa (o ouvir e o falar não violentos), que privilegie uma mentalidade acolhedora e não excludente, ou seja, que não pressupõe verdades absolutas e imutáveis e que procure entender a origem do conflito para que surja sua resolução em conjunto.

A alteridade, o enxergar o outro como alguém que faz parte do todo, permite entender que sua participação na gestão dos conflitos reforça sua autonomia e o torna igualmente responsável pela efetivação de uma convivência harmoniosa.

O respeito ao próximo passa pela aceitação de suas singularidades, das diferenças que não diminuem o ser, mas o tornam único. A Justiça deve ser embasada no amor, no sentido ético de competência para resolução dos conflitos que não aumentem a violência, mas que alimentem a pacificação social.

Reitera-se: a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) que, por sua vez, tem base na autonomia do indivíduo. Tal dignidade, por ser inerente a todo ser humano, é um direito pré-estatal, prevalecendo ainda que não seja reconhecida formalmente pelo ordenamento jurídico. Ademais, é “finalidade do Estado” e limita seu poder, sobretudo no âmbito do direito penal onde há “maiores ameaças de violação”¹⁵⁵. A dignidade humana é o vetor que deve orientar todo o ordenamento jurídico. Ela possibilita

¹⁵²LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Pivatto. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 89.

¹⁵³Id. Ibid., p. 130.

¹⁵⁴Id. Ibid., p. 135.

¹⁵⁵COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 19.

“a reaproximação da ética e do direito”¹⁵⁶, sendo valor fundante de nossa sociedade, devendo orientar a produção das normas jurídicas pátrias, tendo como base a autonomia do ser humano. Pode-se dizer que a autonomia é o “direito de um indivíduo tomar decisões livremente”¹⁵⁷; nesse contexto de autonomia, faz-se necessária a existência de opções, a fim de se possibilitar as escolhas pessoais. Em ambientes opressores e totalitários não há que se falar em autonomia, tampouco em dignidade humana e, muito menos, em Estado Democrático de Direito.

Eduardo C. B. Bittar faz uma crítica à racionalidade adotada pela modernidade, qual seja, a racionalidade técnica, instrumental, reducionista, informando a necessidade de se recuperar “o lugar do afeto”, bem como de se “pensar o desenvolvimento de uma cultura de interação social centrada na dignidade da pessoa humana”¹⁵⁸, onde não haja a indevida separação entre razão e emoção.

A razão não é composta apenas pela racionalidade instrumental, técnica, que viabiliza a dominação, a repressão. A razão possui outras racionalidades, como a comunicativa, que pressupõe a integração intersubjetiva.

Desse modo, “a pretensão de neutralidade que esvazia o âmbito da dimensão interativa, espontânea e natural humana faz da academia um ambiente impregnado pelo racionalismo.”¹⁵⁹

O racionalismo “se autoarroga a condição de saber único, negando, por exemplo, valor a práticas de sabedorias ancestrais.”¹⁶⁰

Bittar informa que “a razão não se substitui pelo afeto, mas incorpora o afeto como um modo de praticar uma ética do cuidado”¹⁶¹, esclarecendo, ainda, que a Justiça representa o “feminino”¹⁶².

A ética do cuidado, na qual a razão incorpora o afeto, pode ser vista como uma racionalidade comunicativa. Bittar ressalta o aspecto feminino da razão:

¹⁵⁶PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

¹⁵⁷HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 225, item “1.2”.

¹⁵⁸BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 98-99.

¹⁵⁹Id. Ibid., p. 101.

¹⁶⁰Id. Ibid., p. 102.

¹⁶¹Id. Ibid., p. 106.

¹⁶²Id. Ibid., p. 109.

quanto mais o direito se inspira nos ideais civilizacionais ocidentais, mais se distancia da possibilidade de fazer-se justo. Também, quanto mais se identifica com a instrumentalidade, mais propenso se torna a anestesiar a compreensão sensível e emotiva do mundo. A racionalidade masculina, nesse sentido, cresta o aspecto feminino da razão; a percepção feminina é estética, é criativa, é dialógica e lúdica, é afetiva e sensível. A percepção masculina do mundo é calculadora, operativa e técnico-racional¹⁶³.

A energia feminina supõe “práticas e esforços de mediação, diálogo e entendimento”.¹⁶⁴

A Justiça Restaurativa propõe o encontro dos atores (em geral, vítima e ofensor) na tentativa de se transformar para melhor as relações sociais. A Justiça Restaurativa ou “Recriadora”, como propõe Beristain¹⁶⁵, busca uma nova forma de pensar os conflitos sociais e o sistema de justiça criminal, a fim de se utilizar um paradigma não punitivo, respondendo à necessidade de, segundo Bittar,

superar paradigmas fixados no inconsciente coletivo ocidental e capitalista contemporâneos¹⁶⁶ (...) com a criação de mecanismos alternativos de construção de justiça, a discussão sobre o papel necessário e convergente do diálogo nas práticas sociais¹⁶⁷.

Na ética do cuidado, o sujeito busca conhecer-se, possibilitando um melhor relacionamento com o outro. O cuidar de si significa, além de autoconhecimento, trabalhar com suas limitações e defeitos, a fim de não projetá-los no outro, como alerta Foucault: “o bom soberano é precisamente aquele que exerce seu poder adequadamente, ou seja, exercendo ao mesmo tempo seu poder sobre si mesmo”.¹⁶⁸

Nesse sentido, uma visão de mundo que possibilite o pluralismo e, conseqüentemente, a alteridade, permite o exercício da democracia ao invés de práticas autoritárias.

¹⁶³BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 112.

¹⁶⁴Id. Ibid., p. 117.

¹⁶⁵BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 176.

¹⁶⁶BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p. 122.

¹⁶⁷Id. Ibid., p. 120.

¹⁶⁸FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Tradução Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 272.

Tal pluralismo compreende a abertura do Direito ao estudo interdisciplinar compreendendo, igualmente, a efetivação da dignidade humana com práticas democráticas - respeito à diversidade - que promovem a inclusão social.

Wolkmer informa que o pluralismo jurídico nega que a produção do Direito seja exclusivamente estatal, reconhecendo que o direito emerge de fontes formais e informais, aceitando práticas sociais participativas como fonte normativa e mostrando-se receptivo à interdisciplinaridade, enquanto a tradição dogmática latino-americana se mostra “centralizadora, autoritária e dependente”¹⁶⁹.

Boaventura de Sousa Santos informa a necessidade de se fugir ao reducionismo praticado pela modernidade e por sua racionalidade científica, pois o paradigma dominante dificulta um pensar fora de seus moldes. A modernidade liberal-burguesa “transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemônico”¹⁷⁰, fazendo a “redução do conhecimento à ciência, do direito ao direito estatal e dos poderes sociais à política liberal.”¹⁷¹

No paradigma da modernidade, começou-se a distinguir:

entre as promessas que podiam e as que não podiam ser cumpridas numa sociedade capitalista dinâmica. Seguidamente, concentrou-se nas primeiras e tentou, através da socialização e da inculcação cultural, eliminar as segundas do universo simbólico da práxis social e cultural. Por outras palavras, começou por reconhecer a ideia de que o défice no cumprimento de promessas era inevitável e irreversível para depois eliminar a própria noção de défice¹⁷².

A Justiça procedimental (formal) passa a ser supervalorizada em detrimento da Justiça material (efetiva), sobretudo, se a justiça material tiver outra fonte que não a origem legislativa estatal.

¹⁶⁹WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Alfa-Omega, 2001. p. XVIII.

¹⁷⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. In: _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. v. 1, p. 119.

¹⁷¹Id. Ibid., p. 257-258.

¹⁷²Id. Ibid., p. 145.

Boaventura informa que “o direito estatal continua a ser, no imaginário social, um direito central”¹⁷³. “Os conhecimentos, os poderes e o direito são socialmente construídos”.¹⁷⁴

O desencanto vivido pela humanidade no final do século XX e início do século XXI, “diante do desmoronamento da ideologia materialista”¹⁷⁵ que não mais consegue trazer soluções para os problemas sociais, faz renascer o Arquétipo da Alteridade que surgiu com o mito cristão. Tal mito prega o amor ao próximo que passa pelo amor a si mesmo (ética do cuidado de si), que não subjuga o outro, mas o respeita em suas peculiaridades. Respeito e relação horizontal, a fim de se propiciar o encontro comunicativo e a inclusão social.

A solidariedade, o ouvir o outro, as relações horizontais como atitudes que visam à pacificação social, são elementos da alteridade e, assim, Byington informa que

a importância do papel civilizatório do mito cristão no terceiro milênio deverá incluir a continuação da elaboração dos seus símbolos que ainda não puderam ser devidamente integrados pela cultura.¹⁷⁶

Carlos Amadeu B. Byington menciona a sombra do indivíduo, ou seja, seus complexos inconscientes, informando que o confronto com a própria sombra “é imprescindível para a continuação do desenvolvimento psicológico individual e coletivo”¹⁷⁷.

O arquétipo da alteridade

exige liberdade e abertura para o novo, para se confrontar o mistério do mundo e da vida, incompatíveis com os apegos matriarcal e patriarcal, que tendem a generalizar e a estereotipar a conduta. O padrão de alteridade elabora os símbolos com uma profundidade muito maior que os padrões matriarcal e patriarcal e, por isso, seu dispêndio de energia é muito mais intenso e sua formação de sombra muito menor. A abertura para o relacionamento democrático no padrão de alteridade estabelece um padrão quaternário de relacionamento do Eu com o Outro. Neste, o Eu se

¹⁷³SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., v. 1, p. 222.

¹⁷⁴Id. Ibid., p. 258.

¹⁷⁵KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Froés. Introdução histórica, Rose Marie Muraro; Prefácio, Carlos Byington. 22. ed. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Tempos, 2011. p. 19. Tradução de: *Malleus maleficarum*.

¹⁷⁶Id., loc. cit.

¹⁷⁷Id. Ibid., p. 31.

torna capaz de ‘virar a outra face’, isto é, de confrontar sua própria sombra tanto quanto o Outro.¹⁷⁸

Segundo Byington,

o padrão patriarcal, por ser muito menos diferenciado do que o padrão da alteridade, não confronta diretamente sua sombra e a projeta à sua volta, como vemos no fenômeno do bode expiatório.¹⁷⁹

Boaventura aponta para a necessidade de se transformar “a solidariedade na forma hegemônica de saber”¹⁸⁰; e, diante da racionalidade instrumental na qual a ideologia inverte valores, coisificando o indivíduo e humanizando os objetos de consumo, informa que:

o colonialismo consiste na ignorância da reciprocidade e na incapacidade de conceber o outro a não ser como objeto. A solidariedade é o conhecimento obtido no processo, sempre inacabado, de nos tornarmos capazes de reciprocidade através da construção e do reconhecimento da intersubjetividade.¹⁸¹

Os valores da autonomia, alteridade, diálogo e inclusão social, já existem em nossa Carta Magna – ora como fundamento (dignidade humana, pluralismo – artigo 1º), ora como objetivo (o respeito à diversidade, à inclusão social – artigo 3º). Ademais, tais valores podem ser extraídos da concepção criminológica e filosófica de reintegração social.

O sentido do termo “integração social”, contido no artigo 1º da Lei de Execução Penal, fica assim mais evidente: não se trata de reformar ou modelar a pessoa que cumpre pena. Os procedimentos administrativos disciplinares devem cumprir a meta integrativa e propiciar o diálogo na apuração e resolução das contendas. A comunicação verdadeira ocorrerá quando o sentenciado puder participar de relações horizontais, discorrer sobre a situação problemática e deliberar quanto à sua solução. Às partes será facultado o ouvir-se, o ouvir e o falar respeitosamente. Essa experiência pode propiciar

¹⁷⁸KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. op. cit., p. 31.

¹⁷⁹Id. Ibid., p. 32.

¹⁸⁰SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., v. 1, p. 79.

¹⁸¹Id. Ibid., p. 81.

mudanças internas profundas, o autoconhecimento e, inclusive, a “reintegração dentro de cada pessoa”¹⁸², respeitando-se a individualidade de cada um.

Esse diálogo, nos moldes de uma linguagem respeitosa, pode ser alcançado pela mediação.

Mediação é um dos instrumentos possíveis da Justiça Restaurativa.

Para tanto, os elementos restauradores devem ser ampliados, assim como seus princípios, compatibilizando-se com as sindicâncias disciplinares. Não se fala apenas em crime, mas em crime ocorrido no momento da execução penal e em condutas típicas faltosas; estende-se a mera relação entre pessoas físicas para a relação entre pessoa física e pessoa jurídica (Instituição Prisional); o indivíduo que cumpre pena e o funcionário que trabalha no sistema prisional poderão ser autores ou vítimas de faltas disciplinares, não sendo a comunicação de evento feita apenas em desfavor da pessoa presa. Em relação ao princípio - valor - acrescido ao paradigma restaurador, tem-se a inclusão social.

3.3. Compatibilização do paradigma não punitivo com as sindicâncias disciplinares

3.3.1. Execução Penal

A concepção de reintegração social em seu viés criminológico e filosófico possibilita compreender melhor o significado do termo “integração social” mencionado na lei de execução penal.

Não se trata de ressocialização - conhecida como função preventiva especial positiva da pena -, até porque desde a promulgação da Constituição Federal brasileira em 1988, “a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem”¹⁸³, tendo como base a autonomia e, segundo J. Raz¹⁸⁴:

¹⁸²SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal*: proposta de um modelo de terceira geração, cit., p. 325.

¹⁸³BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

¹⁸⁴RAZ, J. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of rights*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1984. p. 192-193 *apud* PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 81.

Uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida. Sua vida é o que ela faz dela (...). Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis disponíveis para serem feitas e sua vida se torna o resultado das escolhas derivadas destas opções. Uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, mas simplesmente se moveu perante a vida, não é uma pessoa autônoma.

O que a ressocialização tenta fazer é retirar o direito de escolha da pessoa sentenciada, ditando o modelo correto de proceder.

Em realidade, a tentativa de reeducação afronta o próprio valor supremo da Magna Carta, qual seja, a dignidade humana, além de frustrar os objetivos fundamentais de nossa República como a construção de uma sociedade solidária, não marginalizadora e não discriminatória (artigo 3º, incisos I, III e IV).

A integração social prevista no artigo 1º da Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84) tem o seu sentido aclarado com a concepção reintegrativa social, uma vez que o indivíduo que cumpre pena é visto como pessoa a ser efetivamente respeitada (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”).

A falta disciplinar que ocorre no ambiente prisional não mais deve ser vista como de responsabilidade exclusiva do sentenciado, devendo ser analisada no contexto de relações interpessoais conflitivas.

3.3.2. Justiça Restaurativa

A reintegração social possibilita a ampliação dos elementos do paradigma restaurativo: das relações restritas às pessoas físicas (vítima e ofensor) para as relações entre pessoa física (sentenciado ou funcionário) e pessoa jurídica (instituição prisional); dos fatos tidos como criminosos para aqueles tipificados como faltas disciplinares de natureza grave; do averiguado (sindicado) como sendo apenas a pessoa presa, para a possibilidade de figurar como ofensor o próprio funcionário ou a instituição prisional.

Os princípios e valores igualmente se expandem: do encontro, reparação e transformação, passa-se a conceber a inclusão social como objetivo a ser alcançado.

Em termos de mentalidade, não se prega apenas uma cultura de paz como sinônimo de ausência de problemas, mas se compreende a paz como o resultado de uma competência em lidar com situações conflituosas, buscando a resolução das mesmas.

Contudo, para a compatibilização dos elementos e princípios da Justiça Restaurativa com as sindicâncias disciplinares no âmbito da execução penal, faz-se necessário um instrumento hábil a permitir tal comunicação.

3.3.3. Mediação restauradora

Existem formas de solução consensual do conflito, dentre elas pode-se mencionar a conciliação e a mediação.

No presente estudo, utiliza-se apenas o termo “mediação” ou “mediação restauradora”, ao invés de “mediação penal”, uma vez que se busca outras reações que não a punição. Ademais, concebe-se a mediação como uma modalidade de resolução dos conflitos, ou seja, como instrumento e não como um fim em si mesma. A mediação não é a resposta, é um meio para se encontrar a melhor resposta à situação conflituosa.

Sendo técnica de solução de problemas, fora do âmbito adversarial, tende a ser utilizada extrajudicialmente e não se confunde com a conciliação.

Na conciliação, o conciliador tem uma postura ativa, buscando como resultado o acordo, sem haver a preocupação em ouvir as partes e levar em conta seus sentimentos e expectativas, uma vez que a conciliação não tem como objetivo buscar o resultado mais satisfatório às partes.

Na mediação, a reparação não é senão um meio, já que seu objetivo primordial – mais ambicioso, sem dúvida – é o de restaurar a harmonia pela reconciliação daqueles que são, no processo clássico, civil ou penal, as ‘partes adversas’.¹⁸⁵

¹⁸⁵DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 175.

A mediação tem um potencial “transformador”¹⁸⁶ de relações conflituosas, sendo este um dos princípios da justiça restaurativa.

Na mediação existe a figura do mediador - um terceiro neutro e capacitado para conduzir os encontros entre as partes -, que facilita o diálogo e esclarece as partes sobre o funcionamento desta técnica.

Durante a mediação busca-se a transformação das relações intersubjetivas e o conflito não é visto como um problema em si - mas uma oportunidade de restabelecer a comunicação rompida -, permitindo que cada qual exercite sua capacidade de resolver contendas.

Na solução dos litígios há, basicamente, duas maneiras de se agir: pela força ou pelo diálogo. O uso da força pressupõe a supremacia de uns sobre outros, em relações verticais de imposição e subordinação. A utilização do diálogo parte da premissa que existem, ou foram construídas, relações horizontais, de respeito e simetria.

A mediação diminui a distância entre as partes, desse modo, a sua prática pode contribuir para a democratização do ambiente prisional; tem como elementos a “voluntariedade, confidencialidade, oralidade, informalidade, neutralidade do mediador (...), a autonomia em relação ao sistema de justiça”¹⁸⁷, sendo a extrajudicialidade seu elemento fundamental, pois prescinde “da resposta judiciária”¹⁸⁸, tendo como etapas o recebimento do caso, a preparação das partes, a condução dos trabalhos pelo mediador e o monitoramento do resultado obtido.¹⁸⁹

Na hipótese de uso desta técnica quando da apuração das sindicâncias disciplinares, a autora propõe o esclarecimento dos seguintes tópicos: a) como se fará sua inserção no ordenamento jurídico; b) quem pode ser considerado parte; c) quem poderá figurar como mediador; d) como será financiado o trabalho do mediador; e) onde ocorrerão tais mediações; f) quais serão suas etapas.

¹⁸⁶BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. Published by Jossey-Bass, 2005.

¹⁸⁷SICA, Leonardo. *Mediação penal e justiça restaurativa*, cit., p. 63.

¹⁸⁸Id. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 175.

¹⁸⁹Id. *Mediação penal e justiça restaurativa*, cit., p. 66-67.

A inserção da mediação na legislação pátria é facilitada pela própria lei de execução penal ao prever no artigo 59: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”.

No Estado de São Paulo, o ato administrativo que rege a apuração de faltas disciplinares é a Resolução nº 144/10 da Secretaria da Administração Penitenciária. Para incluir a mediação na fase executiva penal, basta haver previsão em tal Resolução. Evidentemente que, se a mediação constar na lei de execução penal, sua incidência poderá ser ampliada (uma vez que estará prevista em âmbito nacional – Lei nº 7.210/84).

Podem ser consideradas partes as pessoas físicas (sentenciados e funcionários) e pessoa jurídica (instituição prisional). Ademais, tais pessoas podem figurar como vítima ou ofensor, de maneira mais ampla do que a prevista atualmente – onde somente a pessoa que cumpre pena pode ser sindicado.

Por se pensar em um modelo de mediação dentro do cárcere, os mediadores devem ser profissionais, preferencialmente psicólogos e assistentes sociais, que não pertençam ao quadro do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e nem de outros operadores do Direito, ou seja, profissionais que não pertençam ao quadro funcional de nenhuma entidade ligada à Justiça, tampouco do Poder Executivo, sobretudo do sistema penitenciário.

Os mediadores deverão ser capacitados e serão remunerados por tal atividade; para tanto, poderá ser formado um núcleo de mediação custeado por verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), com sede própria e sem vinculação a nenhuma organização – governamental ou não.

John Braithwaite alerta para o cuidado na formação de mediadores, evitando que eventual “desequilíbrio de poder”¹⁹⁰ permaneça na condução da mediação.

As mediações poderão ser realizadas, preferencialmente, no próprio cárcere, efetivando o escopo integrativo e diminuindo o viés ressocializador no qual se baseia a segurança e a disciplina carcerárias.

¹⁹⁰BRAITHWAITE, John. *Standards for restorative justice*. Paper presented at the Ancillary Meetings of the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. Viena, Áustria, 10-17 Apr. 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org>>.

As etapas ou fases da mediação abrangem: o recebimento do caso, a preparação das partes, a condução dos encontros e o monitoramento do resultado.

Ao receber o caso, e isso deve vir escrito no regulamento (ou resolução) referente ao tema, há que se verificar a comprovação da materialidade e indícios de autoria; nesse momento, as partes são questionadas quanto à vontade de adotarem o paradigma restaurador e seu instrumental (mediação).

Durante a fase seguinte, de preparação das partes, o mediador deverá conversar separadamente com cada um dos envolvidos na situação problemática (se for pessoa jurídica, deverá conversar com o diretor da unidade prisional que irá representá-la), a fim de explicar-lhes no que consiste a mediação, bem como a técnica do diálogo e da comunicação não violenta.

Na etapa da condução dos encontros será privilegiada a palavra das partes, tendo o mediador apenas o papel de facilitador da comunicação.

O monitoramento do resultado pode se dar igualmente pelo mediador, a fim de verificar a seriedade e o compromisso de cada qual na solução restaurativa.

Inexistindo interesse na utilização da mediação ou vindo a se frustrar o resultado alcançado, o procedimento administrativo disciplinar (sindicância) volta a seguir seu trâmite administrativo e judicial, se não tiver ocorrido sua prescrição (que igualmente deve vir estipulada no ato administrativo, sem aumentar os prazos legais e jurisprudenciais já existentes).

Após o resultado, a mediação pode ser homologada pelo Juízo das Execuções Criminais.

Nota-se a viabilidade e a necessidade de se compatibilizar a Justiça Restaurativa com as sindicâncias disciplinares ocorridas durante a execução penal, a fim de dar cumprimento ao escopo integrativo social. Ademais, para possibilitar o diálogo e o encontro nas bases de um paradigma não punitivo, o instrumental da mediação mostra-se adequado para tanto.

Como denominação, a técnica de resolução de conflitos foi designada por esta autora de “mediação restauradora”, não se fazendo menção ao termo “penal”

(mediação penal), pois o paradigma restaurativo busca outras respostas que não simplesmente a punição.

Com mais um programa restaurador proposto e suas bases ampliadas, contribui-se para a estruturação do paradigma não punitivo e para uma real integração social.

CONCLUSÃO

A Justiça Restaurativa, como se verificou no presente estudo, tem origem remota e atualmente conta com algumas práticas em diversas localidades do mundo.

Os programas restauradores contribuem para a estruturação do paradigma não punitivo, que se mostra hábil a enfrentar e superar os obstáculos legados pelo sistema tradicional de justiça, dentre eles, o confisco do conflito, a obrigação de punir e a ideologia da defesa social. No lugar destes, a Justiça Restauradora propõe o encontro das partes, outras reações que não apenas a punição e a ideia de inclusão social (coesão social).

A delimitação do presente trabalho encontrou no cárcere e, especificamente, no momento das sindicâncias disciplinares em sede de execução penal, uma realidade altamente conflituosa para verificar a possibilidade de compatibilização de dois paradigmas diversos: o paradigma repressivo e o paradigma inclusivo.

A princípio, tende-se a pensar na incompatibilidade entre ambos.

Contudo, no decorrer desse estudo foi possível analisar que o momento de concretude da sanção penal (execução da pena) mostra-se flexível diante de seu escopo integrativo social.

Em verdade, tal conceito de integração social exposto neste trabalho não é pacífico, havendo ainda amplo entendimento de que a ressocialização traduz uma função preventiva especial positiva da reprimenda.

Sem perder de vista o objetivo de se aplicar a Justiça Restaurativa na apuração de faltas disciplinares, foi trazida a concepção criminológica e filosófica de reintegração social, que possibilitou a ampliação dos elementos e princípios do paradigma restaurativo e a melhor compreensão do significado do termo “integração social” (contido na lei de execução penal).

Entendendo-se melhor o objetivo integrador da fase executiva penal, abre-se o paradigma punitivo a uma nova perspectiva: a inclusão, o diálogo, o afeto, a possibilidade de se resolver os conflitos.

Nesse momento, importante instrumento da Justiça Restaurativa, a mediação - chamada por esta autora de “mediação restauradora” -, mostra-se como o meio que irá permitir o encontro dos dois paradigmas.

Conclui-se, portanto, com o presente estudo, pela possibilidade de compatibilização dos elementos e princípios da Justiça Restaurativa com a apuração das sindicâncias disciplinares durante a execução da pena.

Conclui-se, ainda, que tal compatibilização além de contribuir para a realização de mais um programa restaurador, pode auxiliar na estruturação do paradigma não punitivo e, conseqüentemente, incentivar uma mentalidade social inclusiva, solidária e pacificadora.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Revista Discursos Sedicioso*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

_____. Ressocialização ou controle social: por un concepto critico de reintegración social del condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminologia crítica* (Fórum Internacional de Criminologia Crítica). Belém: CEJUP, 1990. p. 141-157.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Justiça restaurativa: contribuições para seu aprimoramento teórico e prático. In: SHECAIRA, Sergio Salomao; SÁ, Alvino Augusto de (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*. Wipf and Stock Publishers, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRAITHWAITE, John. *Standards for restorative justice*. Paper presented at the Ancillary Meetings of the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. Viena, Áustria, 10-17 Apr. 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org>>..

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. Published by Jossey-Bass, 2005.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: CONVERSACÕES abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997. p. 241-261.

_____. Los conflictos como pertenencia. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001. p. 159-182.

_____. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 21, p. 13-21, jan./mar. 1998, p. 13-21. [Entrevista: Ana Sofia Schmidt de Oliveira; André Isola Fonseca].

_____. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Wipf and Stocks Publishers, 2007.

_____. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Fundação Getulio Vargas, 2005.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Tradução Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA; Antonio García. *Direito penal: fundamentos e limites do direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.estado.rs.gov.br>>.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *Verve: revista semestral do Nu-Sol, Núcleo de Sociabilidade Libertária*. Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais, PUC-SP, p. 190-218, 2003.

_____; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução Maria Lucia Karan. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1993.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). 2005. *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 163-186.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007.

KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo (Orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Froés. Introdução histórica, Rose Marie Muraro; Prefácio, Carlos Byington. 22. ed. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Tempos, 2011. Tradução de: *Malleus maleficarum*.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Lições de execução penal: aspectos objetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Pivatto. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. 12. ed. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas, SP: Papirus, 2011.

_____. *Raça e história*. 9. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2008.

LISPECTOR, Clarice. *Clarice na cabeceira: jornalismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007..

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada e interpretada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTEAU, Juan Felix. Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 13-26, abr./jun. 1996.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?* In: CONVERSACÕES abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997. p. 263-291.

_____. *Diez razones para no construir más cárceles*. In: NUEVA Doctrina Penal. 2005. Buenos Aires, Argentina, 2005. p. 3-20.

_____. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2003. p. 61-267.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2010. (Pensamento Criminológico; v. 11).

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação 'humanista' do direito penal. *Sociologias*, Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, n. 1, 1999.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

ROSENBERG, Marshall B. *Les mots son des fenêtres (ou bien ce sont des murs)*. Puddle Dancer Press, Encinitas (CA), USA, 2003.

_____. *Parler de paix dans un monde de conflits*. Version française. Paris: Éditions Jouvence, 2009.

ROUANET, Sérgio Paulo. Ética iluminista e ética discursiva. *Tempo Brasileiro*, Jürgen Habermas: 60 anos, Rio de Janeiro, n. 98, p. 23-78, jul./set. 1989.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister: direito penal e processual penal*, Porto Alegre, ano 3, n. 16, p. 28-37, fev./mar. 2007.

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

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. In: _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. v. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____; SÁ, Alvino Augusto de (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Leonardo. *Mediação penal e justiça restaurativa*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Mediação, processo penal e democracia. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 289-319.

_____. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Orgs.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Orgs.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Alfa-Omega, 2001.

_____. *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan: 2001.

_____. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.