

• U



C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Paulo Sergio de Souza Borges Filho

**A SOBRELOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL E A PROPOSTA DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

Coimbra / 2016

AGRADECIMENTOS

Na altura de desenhar o ponto final das linhas que deram corpo a presente investigação cumpri-nos relembrar de tudo aquilo que nos alavancou todos os dias para a concretização dos objetivos, bem como de tudo aquilo que foi obstáculo vencido.

Agradeço em primeiro Lugar ao meu Deus Pai todo Poderoso, arquiteto do Universo, de coisas muito grandes e também muito pequenas, criador de tudo aquilo que olho, respiro, sinto, penso e escrevo. O Conhecimento só é possível pois pertence também aos teus desígnios. Obrigado, meu Senhor!

Gratíssimo aos meu pais Paulo Sergio de Souza Borges e Aparecida Alves das Chagas Borges pela perseverança na minha educação e no meu caráter. Devo ressaltar que, com lágrimas nos olhos, posso afirmar que *“Se vi mais longe foi por estar de pé sobre ombros de gigantes.”*

Ao meu amor, Renata Melo de Oliveira pela paciência operada na enorme distância que nos separou enquanto vivi no além-mar. Pelos conselhos, pelas lágrimas, sorrisos e conversas que dividimos. Certamente és a estudante de Medicina melhor preparada para discursar sobre a Justiça Restaurativa em prol do crime!

Agradeço ao meu Amigo e Sócio Ian Pimentel Gameiro por dividir comigo a experiência da vida em terras lusitanas, ao me ensinar todos os dias onde e como ir, ao mesmo tempo que me amparou com a alegria da nossa amizade nos momentos mais difíceis.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e todos aqueles que contribuíram pelo meu bem-estar nas dependências daquela que é uma instituição em destaque no cenário acadêmico e científico de todo o mundo. Em especial à Senhora Doutora Cláudia Cruz Santos por plantar em mim a semente do novo. Quando conseguir ver a faceta da conciliação obtendo sucesso nas relações humanas mais complicadas, lembrarei dos seus ensinamentos.

Obrigado.

RESUMO

A investigação por nós delimitada compreende na análise do sistema penitenciário brasileiro, mais especificamente no que concerne a sobrelotação das casas penais neste país. Apresentamos a proposta da Justiça Restaurativa como um possível instrumento hábil a resolver o referido problema de superlotações e todas as demais agruras daí provenientes. No primeiro capítulo demonstraremos em minúcias o funcionamento do sistema penal brasileiro ao elucidar o porquê que se recorre com muita frequência à figura da prisão, seja ela cautelar consubstanciada na prisão preventiva ou por força de sentença penal condenatória em cumprimento de pena. Elencaremos as legislações aptas a flexibilizar a incidência das prisões bem como outras que endurecem o tratamento relacionado as mesmas em um eterno caráter pendular da política criminal brasileira. No segundo capítulo apresentaremos a Justiça Restaurativa como novo modelo de ler o crime, suas consequências e de que maneira esse paradigma pode cooperar para a resolução da crise carcerária existente no país. Conceitos, definições e projetos-piloto em torno de todo o mundo serão objeto de análise com a finalidade de sedimentar este modelo de resolução alternativa de conflitos como algo apto a devolver voz às vítimas e até mesmo aos arguidos no seio do conflito que originou o delito. O terceiro capítulo é responsável por demonstrar a viabilidade prática de aplicar a mediação (enquanto prática restaurativa) no processo penal brasileiro, impedindo assim o ingresso de mais pessoas no cárcere ao mesmo tempo em que ressocializa, pune e esclarece os anseios e motivos do crime. Finalidades aptas a modificar e resolver o problema da reincidência, das sobrelotações e devolver às partes a cidadania a todos atinente.

Palavras-chave: Direito Penitenciário, crise carcerária, justiça restaurativa

ABSTRACT

The delimited research by us consists in the Brazilian prison system analysis, specifically with regard to the criminal homes overcrowding in this country. We present the Restorative Justice proposal as a possible effective instrument to solve the overcrowding problem and all other hardships derived therefrom. In the first chapter we will demonstrate in minutiae the criminal justice system functioning to elucidate why it uses very often to prison figure, whether embodied in protective custody or under penal sentence in punishment execution. We will list laws able to soften the prisons impact and other related treatment related to the same in an eternal pendulum Brazilian criminal policy nature. In the second chapter we will present the Restorative Justice as a model reading the crime, its consequences and how this paradigm can cooperate to resolve the existing prison crisis. Concepts, definitions and pilot projects around the world will be analyzed in order to settle this alternative conflict resolution model as something able to give back a voice to victims and even defendants within the conflict that led to the crime. The third chapter is responsible for demonstrating the applying mediation practical feasibility (as restorative practice) in the Brazilian criminal proceedings, preventing the more people entry in prison reintegrating at the same time, punishes and clarifies the crime desires and motives. Purposes able to modify and solve the problem of recidivism, overcrowdings and return to the parties the citizenship regards for all.

Keywords: Penitentiary right, prison crisis, restorative justice

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AG. - Agravo

al. Alínea

ARESP. – Agravo no Recurso Especial

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

ECOSOC – UN Economic and social Council

FGC – *Family Group Conferences*

HC – *Habeas Corpus*

IPL – Inquérito Policial

JR – Justiça Restaurativa

LEP – Lei de Execução Penal

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – Página

REsp. – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------	----------

CAPITULO I - JUSTIÇA PENAL E CÁRCERE: POR QUE SE PRENDE TANTO NO BRASIL?	18
---	-----------

1.1 A INFLAÇÃO LEGISLATIVA PENAL, PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA E HASSEMER	18
--	-----------

1.2 O NASCEDOURO DA CONSTRIÇÃO PENAL: O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O CÁRCERE.	20
---	-----------

1.3 CRISE CARCERÁRIA: A FALTA DE APARELHAMENTO ESTATAL FRENTE AOS PROBLEMAS <i>INTRA MUROS</i> NO BRASIL	22
---	-----------

1.3.1 INQUÉRITO POLICIAL E PRISÃO EM FLAGRANTE-DELITO	24
---	----

1.3.2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A (DES)NECESSÁRIA PRISÃO PREVENTIVA E OUTRAS ESPÉCIES DE PRISÃO.	27
--	----

1.3.2.1 A PRISÃO PREVENTIVA E AS ALTERAÇÕES DA LEI 12.403/2012	28
--	----

1.3.2.2 A NOVA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL	31
--	----

1.3.3 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS COMO SUBTERFÚGIO PARA AS MAZELAS BRASILEIRAS	33
--	----

1.3.3.1 PRISÃO DEFINITIVA	39
---------------------------	----

1.3.4 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E O FOMENTO DE UMA MUDANÇA DE PERSPECTIVAS PARA A PUNIÇÃO (PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE)	41
---	----

1.3.5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CÁRCERE	42
--	----

1.3.6 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: EXCESSO DE PRISÃO E EXCESSO NA PRISÃO	45
--	----

1.3.6.1 O NOVÍSSIMO JULGAMENTO DO HC 126.292 E A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.	46
---	----

1.4 CRIMINALIDADE E PUNIÇÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS	48
---	-----------

1.4.1 O CÁRCERE EM PORTUGAL	50
-----------------------------	----

1.4.2 O CÁRCERE E A POLÍTICA CRIMINAL NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA	53
---	----

1.4.3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM TORNO DO GLOBO: ALGUMAS ESPECIFICIDADES HISTÓRICAS NO DIREITO COMPARADO.	54
---	----

1.5 CONCLUSÕES	58
-----------------------	-----------

CAPÍTULO II – JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA NOVA LEITURA DO CRIME, SEUS ATORES E A HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO.	59
--	-----------

2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA	59
---------------------------------	-----------

2.2 ALGUMAS DEFINIÇÕES	62
-------------------------------	-----------

2.3	PRÁTICAS RESTAURATIVAS	65
2.3.1	JOSÉ DE FARIA COSTA – DIVERSÃO (<i>DESJUDICIARIZAÇÃO</i>) E MEDIAÇÃO	66
2.3.2	MEDIAÇÃO NO ÂMBITO CRIMINAL E A LEI 21/2007 DE PORTUGAL – MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS	68
2.3.3	A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL – LEI 9.099/95	73
2.3.4	JUSTIÇA RESTAURATIVA E REPARAÇÃO	76
2.4	PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO DIREITO COMPARADO	81
2.4.1	A TRIBO DOS MAORIS NA NOVA ZELÂNDIA	81
2.4.2	<i>JUSTICE RESTORATIVE</i> NOS EUA	83
2.4.3	OUTRAS PRÁTICAS	84
2.5	JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA PENAL: COOPERAÇÃO OU ENFRENTAMENTO?	88
2.5.1	CONFRONTO DIRETO COM O MODELO JÁ INSTITUÍDO: A RESISTÊNCIA DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA	90
2.5.2	NECESSIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA RESOLUÇÃO VÁLIDA PARA OS PROBLEMAS DO OUTRO MODELO?	93
2.6	CONCLUSÕES	95

CAPÍTULO III – JUSTIÇA RESTAURATIVA E O CÁRCERE: POSSIBILIDADES 97

3.1	MEDIAÇÃO COMO SUBTERFÚGIO PARA O ENCARCERAMENTO	97
3.2	MEDIAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E A DESNECESSIDADE DA AÇÃO PENAL	98
3.3	MEDIAÇÃO NO DECORRER DO PROCESSO FORMAL	102
3.4	MEDIAÇÃO PÓS SENTENCIAL E A CONSEQUENTE SOLTURA	105
3.5	OUTROS ARTIFÍCIOS NO BERÇO DO PROCESSO FORMAL	108
3.5.1	AS POSSIBILIDADES DE TRANSAÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.	108
3.5.2	“ <i>PLEA BARGAINING</i> ” OU “ <i>PLEA NEGOCIATION</i> ”	112
3.6	O AUMENTO DO ROL DE ESPÉCIES DE DELITOS APTOS AO NOVO MODELO	115
3.7	SISTEMA PENAL BRASILEIRO: JUSTIÇA RESTAURATIVA <i>VERSUS</i> DIREITO PENAL SIMBÓLICO	117
3.8	CONCLUSÕES	119
	CONCLUSÃO	121
	BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUÇÃO

O Brasil tem se destacado na comunidade internacional por uma série de motivos que se encontram nos mais variados ramos do conhecimento. Infelizmente, manchetes do noticiário não conseguem fazer da *Pátria Amada*¹ uma comunidade que veementemente possa ser assim caracterizada pelos seus *filhos*². Talvez porque as características engendradas em cada setor de cada realidade brasileira vão buscar embebedar-se nas épocas da colonização e em como esse processo se efetivou. Felizmente (por outro lado), não vamos nos ater as especificidades da História daquele que nasceu *Pindorama*³, cresceu *Terra de Santa Cruz*⁴ e que se tornou República Federativa do Brasil. Isso seria demasiado extenso (como a História o faz ser) para as entrelinhas do que queremos tratar, sobretudo porque correríamos o risco de deixar a temática que se pretende discutir de lado, adentrando em terrenos tão diversos quanto a própria diversidade cultural que encontramos em *Terra Brasilis*.

Pois bem. Por que o Brasil tem se destacado de maneira negativa na comunidade e nos noticiários Internacionais? Não fossem os escândalos levados a julgamento na maior Corte de Justiça do País sob o “*nomem Juris*” de *Mensalão*⁵ ocorridos em meados de 2005⁶; A operação Hollywoodiana denominada *Operação Lava Jato*, deflagrada pela Polícia Federal Brasileira no ano de 2014 que visava investigar esquemas milionários que movimentaram centenas de milhões de Reais no berço de crimes como lavagem de dinheiro⁷ (em Portugal, branqueamento de capitais), evasão de divisas e corrupção contra o sistema financeiro cujo envolvimento se deu por doleiros, lobistas, líderes de empresas privadas e gestores de uma das maiores empresas petrolíferas Brasileiras (a Petrobras) juntamente com membros do Governo Federal; Não fossem as manifestações hercúleas por parte do povo que tomou conta das ruas nos anos de 2013 estabelecendo a que fora depois mencionada e conhecida como a

¹ Como destaca a letra que dá sentido ao Hino Nacional da República Federativa do Brasil.

² Ainda em alusão aos trechos e palavras pertencentes ao Hino Nacional Brasileiro.

³ Pindorama foi o nome atribuído às terras que hoje pertencem ao Estado Brasileiro pela comunidade indígena antes mesmo que fosse colonizado. < <http://www.historia-brasil.com/nomes-brasil.htm> >

⁴ *Ibidem*.

⁵ A ação Penal 470 fora julgada no Supremo Tribunal Federal que tratou de atribuir pena a crimes como Lavagem de Dinheiro, Evasão de Divisas, Corrupção, Formação de Quadrilha (entre outros) tendo como autores membros do mais alto escalão dos Poderes Executivo e Legislativo sob o comando do Partido dos Trabalhadores, o partido da Presidenta Dilma Rousseff (em processo corrente de Impeachment) em sucessão do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, também petista.

⁶ O julgamento da Ação Penal distribuída pelo Procurador Geral da República teve seu desfecho em meados de 2012, onde foram criminalmente punidos 25 Réus.

⁷ Branqueamento de Capitais, em Portugal.

*Revolta do Vinagre*⁸ motivada pelo aumento da taxa para uso de transportes públicos na Cidade de São Paulo (e, após, em todo o território nacional) o que ensejou grandes confrontos entre manifestantes – que usaram a voz do povo para clamar por uma mudança de paradigmas na gestão do país – e as forças policiais⁹; Na ausência de todos esses acontecimentos, não citando propositalmente os caminhos tomados pelo atual Governo Federal Brasileiro, caminhos trilhados com as cifras sempre movimentadas pelos partidos políticos e seus corruptos e corruptores, certamente o país teria mais chances e condições de peitos abertos, gritar feliz pela já mencionada *Pátria Amada*.

Mas não temos estas condições. As mazelas Brasileiras estão todos os dias batendo em nossas portas por meio dos mais variados veículos. A ‘violência’ cometida pelos colarinhos branco ecoa pelas ruas vestida de fome, pobreza, desigualdade social e falta de oportunidade em um país em que parcela dos seus *filhos* não podem escrever seus nomes, pois não tiveram chances e oportunidades de aprender. Ou melhor, o Brasil envolto a dezenas de problemas sociais impediu o aprendizado. Mas os que tiveram tal oportunidade tentaram mostrar o que aprenderam – em gritos, nas ruas – como já citamos.

As vozes dos que se colocam em uma posição mais privilegiada no Brasil, tentaram alarmar as autoridades mostrando que o povo está acordado e que as falcatruas provenientes de todos os lados (Empresas privadas, Governos estaduais, Municipais e Federais) estão sendo vigiadas por aqueles que não só aprenderam o mínimo para se ostentar uma vida digna que o próprio Estado oferece na Magna Carta de 88¹⁰, mas também por aqueles que se veem privados todos os dias dessa vida, minimamente consubstanciada na dignidade da pessoa humana.

Poderíamos mencionar, no meio de todos estes acontecimentos, holofotes voltados para o Sistema Penal Brasileiro, para o Sistema carcerário Nacional e também para as belas palavras da Lei 7.210 de 1984 – A lei de execuções penais que trata dignamente as pessoas envolvidas com o crime e com o ambiente carcerário (Apesar do Estado Brasileiro, justamente por tudo o que fora citado, não ter aparato para o cumprimento da lei de

⁸ A Revolta do Vinagre foi assim nomeada já que os manifestantes, pessoas comuns do povo, usavam pequenos pedaços de pano contendo vinagre para coibir os efeitos à saúde do Gás Lacrimogêneo usado pelas forças policiais que, com velada violência, tentavam dissipar e evitar as referidas manifestações.

⁹ “*Que coincidência, sem a polícia, não tem violência!*”, gritaram mais de 100 mil manifestantes ao lotar as ruas de São Paulo em junho de 2013 como menciona Rafael Custódio em publicação no periódico do IBCCRIM. (BRANT, Maria; CUSTÓDIO, Rafael. Por uma outra polícia. Boletim IBCCRIM, Ano 21, nº 249, Agosto 2013, p. 3)

¹⁰ Mais especificamente no art. 3.º, no corpo dos seus incisos, onde encontramos os fins colimados do Estado, concernentes, sobretudo, na erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.)

execuções penais). Não olvidar da atual política criminal brasileira, preocupada com a desmedida punição¹¹ (*o desenvolvimento do espetáculo de imposição de penas, [...]*)¹² e o conseqüente encarceramento, problema penal objeto de estudo e atenção em diversos sistemas jurídicos em torno do mundo.^{13e14}

Estes são os ambientes mais importantes para a abordagem que se fará aqui, uma vez que como tudo o que fora mencionado, também são ambientes que passam por problemas sérios no território Brasileiro.

Pode-se ainda concluir acertadamente que todos os problemas acima listados, de maneira exemplificativa, ainda podem contar com as manifestações e pleitos do povo brasileiro, ávido por dias melhores. Quando o próprio povo se mostra indiferente a uma problemática pertencente a direitos fundamentais do quilate da dignidade da pessoa humana, estamos diante de um problema ainda maior por se mostrar esquecido já que *As vozes das ruas não se propagam no vácuo das prisões.*¹⁵ Não se propagam por falta de interesse uma vez que para o Direito Penal Simbólico, todos aqueles que vivem a realidade *intra murus* estão ali, pois tiveram contato com o crime e precisam pagar pelos seus atos, atos caracterizados pelo *Leviatã* como infração de natureza criminal.

A indiferença da população no que diz respeito às condições sub-humanas (dos cárceres) não é algo que solte aos olhos de quem resolva por estudar o cárcere no Brasil. Isso porque não é saudável esperarmos de uma população privada de educação que tenha mínima solidariedade por quem – como já o dissemos – cometeu um crime e precisa pagar pelos seus atos. Há quem diga – no meio da população leiga (o leigo de assuntos concernentes aos direitos e a Justiça, por assim dizer) - que todas as mazelas advindas da maneira desumana como são tratados os encarcerados são merecidas e devem ser suportadas por quem cometeu

¹¹ “ O processo judicial torna-se num meio de legitimar o uso da força e não num instrumento de busca da verdade: tratar os criminosos como meios para atingir fins alheios cria sérios problemas maiores” DUARTE, CAETANO. *Justiça Restaurativa. Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 37, outubro-dezembro 2006, ps.47-52

¹² CASARA, Rubens R.R. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. *Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, n° 277, Dezembro/2015.

¹³ A respeito, cita-se como exemplo o novo código penal espanhol (nCPe) como bem elucida Eduardo Viana. (VIANA, Eduardo. Novo Código Penal espanhol: populismo punitivo ou segurança cidadã? In INTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Boletim n.º 276*, São Paulo: IBCCRIM, Novembro/2015.

¹⁴ “ logo se terá pastores e falsos profetas pregando a prisão perpetua e a pena de morte como solução definitiva para os problemas criminais, mais ou menos como se passou na idade média;” *Op cit.* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? *IBCCRIM*, n° 277, Dezembro/2015.

¹⁵ Assim foi intitulado um dos periódicos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais –IBCCRIM, mais especificamente o *Boletim n.º 261* de Agosto de 2014.

um delito¹⁶. A figura do *Inimigo* é consagrada. Conclui-se que a população não tenha a obrigação de entender, já que não foi educada para isso. Preocupante é quando as autoridades judiciárias – aqueles que por dever devem resguardar os direitos das pessoas reclusas, direitos humanos ou direitos fundamentais – resolvem por virar as costas para a problemática em tela. De quem o recluso aguardará a garantia de seus direitos?

Pleiteando condições dignas para uma comunidade de encarcerados no interior de São Paulo, a Defensoria Pública do Estado, através da via Judicial, buscou condições dignas do uso de água em determinada unidade carcerária uma vez que os reclusos estariam sendo privados do uso mínimo do recurso para a sua sobrevivência. Em primeira instância, a liminar foi concedida e logo após, cassada em Agravo interposto pelo Estado de São Paulo sob o argumento absurdo de que “*O presídio envolvido não é novo e a população carcerária do local, de uma forma ou de outra, tem sobrevivido, como mostra o relatório do CNJ que não aponta rebeliões, fuga ou morte de presos.*”¹⁷

O Eminentíssimo Desembargador espera que ocorram mortes, fugas e rebeliões para assim conjecturar a possibilidade de resguardar e garantir o acesso aos direitos?¹⁸

Apesar de todas as condições desrespeitosas com que o cidadão brasileiro se depara todos os dias, resolvemos destacar uma – uma das mais importantes em nosso sentir – que diz respeito à operabilidade da Justiça Penal Brasileira face o tratamento da comunidade penitenciária no que concerne ao respeito aos direitos fundamentais dos reclusos, sob um ponto de vista específico: A superlotação Carcerária.

A superlotação Carcerária (ou sobrelotação do cárcere como preferem os portugueses) no entanto, não é o problema principal que se quer analisar, apesar de crucial - como dizemos. O que se quer perguntar nas entrelinhas que aqui seguem é o fundamento maior dessa consequência e resultado. A pergunta mais apta a ser feita para a resolução deste problema e a ruptura com os ideais do sistema tradicional para um terreno fértil como receptáculo dos paradigmas restaurativos é a que tenta estabelecer motivos para que a prisão seja tão constante no Brasil. Por que se prende tanto no Brasil?

A discussão travada no seio acadêmico a respeito da eficácia da Justiça penal em torno dos problemas sociais ganhará uma atenção especial, pois uma das coisas que irá se propor

¹⁶ É exatamente neste sentido que se manifesta Caetano Duarte, quem entende que “*Para a opinião pública, é normalmente ponto assente que a melhor resposta para quem comete um crime é submetê-lo a julgamento num tribunal e, se possível puni-lo.*” DUARTE, CAETANO. *Justiça Restaurativa... Op Cit.*, p.49

¹⁷ TJSP – AI 0136175-50.2013.8.26.0000 – Julgado em 18.07.2013

¹⁸ SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, n.º 274, Setembro/2015.

é uma mudança de paradigmas no que diz respeito ao tratamento das pessoas envolvidas em delitos, de maneira que a eficácia e eficiência do Sistema Penal possam ganhar novos contornos. Novos contornos que tendem a modificar os números relacionados a pessoas presas no país, sejam presos por sentença penal condenatória ou os presos provisórios.

Segundo dados colhidos em recente levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional¹⁹ (instituição pertencente ao Ministério da Justiça Brasileiro, Poder Executivo), o Brasil tem um sistema carcerário onde 607.731 pessoas estão presas²⁰ na medida em que oferece 376.669 vagas.²¹ Um déficit de 231.062 vagas justificam outros números alarmantes com relação ao sistema Penitenciário do país. Princípios constitucionais como a razoável duração do processo²² e o devido processo legal²³ são fatalmente esquecidos na medida em que 60% (sessenta por cento) dos reclusos estão presos a mais de 90 dias e, no mais das vezes, cumprem pena ou são presos preventivamente em estabelecimentos que não respeitam critério algum (a Constituição estabelece que devem existir estabelecimentos diversos a depender da natureza do delito, da idade e sexo do preso. Neste sentido, *cf.* Artigo 5.º, XLVIII) no ato do aprisionamento.

Se formos estabelecer uma lista entre os 20 países com maior população carcerária, o Brasil é o quarto país que mais encarcera no Mundo, depois de Estados Unidos (2.228.424 presos), China (1.657.812 presos) e Rússia (673.818 reclusos). Entre os dez mais constantes no aprisionamento se destaca a Tailândia com cerca de 457 presos por 100 mil habitantes, média maior até que a própria média brasileira de 300 presos nessa perspectiva habitacional. Índia, Tailândia, México, Irã, Indonésia e Turquia são os que representam junto com os já citados, os 10 países com maior população carcerária.

Entre os Estados Membros da União Europeia, apenas a Polônia figura entre essa seleta lista dos 20 países que mais encarceram no Globo. À época do levantamento, somava 78.139 presos, 203 presos a cada 100 mil habitantes²⁴.

¹⁹ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias – INFOPEN junho de 2014. Ministério da Justiça: Brasil, 2014.

²⁰ São trezentos presos para cada cem mil habitantes no país.

²¹ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.11

²² Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5.º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

²³ *Ibidem*, art. 5.º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

²⁴ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.12

O carro-chefe para essa mudança de paradigmas perpassa sobretudo pelas teorias abolicionistas que estão a torto e a direita criticando um sistema que pelo andar da carruagem tende a ruir em vários pontos do mundo, com muita veemência no Brasil²⁵.

Para evitar esse colapso de um sistema como o sistema penal que trabalha diretamente com direitos fundamentais, ganha força a Justiça Restaurativa e as suas diversas funcionalidades. Falamos em diversas funcionalidades, pois propositalmente iremos nos ater a tratar de uma bem específica: aquela que trata o ambiente e os envolvidos no crime de maneira que a pena privativa de liberdade, a reclusão, a prisão (*Lato sensu*) seja afastada e por obvio consectário, a crise de superlotação seja resolvida, dando lugar a um “*Modo de ser contemporâneo da Política Criminal*”²⁶

Em poucas palavras: Atuantes os paradigmas da Justiça Restaurativa²⁷ e a funcionalidade que busca afastar o cárcere, as superlotações nas casas penais brasileiras contarão com um forte aliado para a efetivação de políticas de “*descarcerização*” e “*não prisão*” no sentido de livrar soltos aqueles que têm este direito face a legislação vigente – ou até mesmo forçar a soltura condicional mesmo daqueles que não cumpriram os prazos estabelecidos pela lei mas que têm, nas circunstâncias dos seus atos criminosos, a desnecessidade de se manterem encarcerados – e de evitar o encarceramento dos que estão livres, autores de delitos que preveem pena privativa de liberdade.

Isso significaria estatuir ao máximo a relativização da pena como um *mau*. Significaria mais ainda: tratar-se-ia a sanção criminal como um *bem*, na medida em que não afastaria a sua real necessidade (do cumprimento da sanção face o cometimento do ilícito penal) mas

²⁵ “O tratamento deste tema não é, sobretudo no Brasil, uma tarefa despida de obstáculos. Desde logo porque, sendo a proposta restaurativa que se antevê menos punitiva do agente do crime, ela pode, à primeira vista, parecer incoerente em comunidades largamente alarmadas por aquilo que vêem com uma criminalidade crescente e que têm, por isso, uma preocupação legítima com a segurança.” SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta Restaurativa em face da realidade criminal brasileira. Revista brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n.º81, Novembro/Dezembro de 2009. ps.209-229

²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. “A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal”, Revista do Ministério Público, Ano 27 n.º105, Jan-Mar 2006, ps 129-133

²⁷ Muito claramente em ASSUNÇÃO, Maria Leonor, “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do direito penal estadual?”, In Que futuros para o direito processual penal?, Coord. De MONTE, Mario (dir.)/ CALHEIROS, Maria/ MONTEIRO, Fernando Conde/LOUREIRO, Flávia, Coimbra: Coimbra Editora,2009,p. 335. “... *extravassando o campo penal, busca alternativas ao modo tradicional de regulação e resolução de conflitos, manifestamente desadequado às exigências das modernas sociedades, eficácia, celeridade, desburocratização, informalidade, baixo custo, e que acompanha uma funda mudança na teoria de controlo social face à anunciada crise do modelo de autoridade do Estado-Providência.*”

também não tolheria a liberdade do agente da conduta típica anterior por este cometimento, sancionando-o de outras maneiras, prevista em lei ou afastando a necessidade do cárcere.²⁸

Para a obtenção do sucesso no *mister* de edificar condições para o funcionamento da Justiça Restaurativa no cenário Brasileiro, é preciso que se apresente esta realidade no âmbito Criminal.

A primeira parte do presente trabalho cuidará de especificar todas as nuances do Processo Penal Brasileiro para se mostrar a possibilidade de atuação das propostas restaurativas neste ambiente. Falaremos do processo penal como um Sistema de normas que visa atribuir pena aqueles que se debruçaram no mundo do crime, assim entendido como conduta típica, prevista em lei penal.

Terá destaque o procedimento de persecução criminal no Estado Brasileiro com o intuito de mostrar as possibilidades de recepção do novo paradigma Restaurativo, sempre estabelecendo pequenas comparações com ordenamentos em que as práticas restaurativas obtiveram sucesso – operar-se-á aqui citações de leis que formalizaram as práticas restaurativas, a exemplo da Lei 21/2007 de Portugal que estabeleceu a mediação penal de adultos – contribuindo mais ainda para a possibilidade de amenizar as mazelas do cárcere.

No capítulo primeiro, analisaremos detidamente todo o caminhar processual penal do Estado brasileiro a começar pelos atos inquisitoriais, o papel dos delegados de polícia e da própria polícia civil brasileira com o intuito de apresentar a possibilidade de inserção da justiça restaurativa já neste contexto inicial. Não será exposto o que é e como funciona o Inquérito Policial de maneira detalhada, sob pena de desviar do que se pretende expor realmente. Pequenas ilações a respeito desta “fase processual” (ainda não é processo penal propriamente dito, pelo menos no Brasil) serão necessárias para prepararmos a chegada da Justiça Restaurativa de maneira que não se instaure o processo penal, evitando assim o *hiperencarceramento* desnecessário.²⁹

Também no capítulo inicial, terá lugar a nova Audiência de custódia, amplamente difundida no meio jurídico-criminal do Brasil, também pertencente ao “pacote” de medidas com a finalidade de substituir o cárcere por outras medidas cautelares³⁰ diversas da prisão

²⁸ Sobre a dicotomia *bem e mau*, a respeito da pena privativa de liberdade nos ordenamentos jurídicos em torno do mundo, cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). Revista portuguesa de ciência criminal, ano 7, n.º 3, julho-setembro de 2007, p. 459-474.

²⁹ CASARA, Rubens R.R. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção... *Op. Cit.* p.22

³⁰ São medidas cautelares diversas da prisão: I – Comparecimento periódico ao Juízo; II – Proibição de acesso a determinados lugares; III – Proibição de manter contato com pessoa determinada; IV – Proibição de ausentar-se da Comarca; V – Recolhimento domiciliar noturno; VI - Suspensão do Exercício da Função Pública; VII – Internação provisória do Acusado; VIII – Fiança; IX – Monitoração eletrônica.

preventiva. Terá lugar também, breve análise do novíssimo julgamento, na suprema corte de um *habeas corpus* que permitiu os Ministros ali atuantes modificarem entendimento relacionado ao princípio constitucional da presunção de Inocência, o que evidenciou e trouxe à baila uma série de questionamentos quanto a possibilidade de se operar a prisão antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória³¹. (!)

Ainda sobre a análise do processo e procedimento criminal brasileiro, a lei de Execuções penais será objeto de estudo a partir do momento em que consuma e dá termo ao processo criminal que origina a prisão do indivíduo. De que maneira a Lei 7.210 de 1984 se coaduna com os parâmetros da Justiça Restaurativa? É um questionamento a se responder.

Rapidamente faremos apreciação sobre os cárceres em torno do mundo, sobretudo o cárcere português e alguns sistemas penitenciários presentes na Europa com a intenção de apresentar informações comparativas com o modelo brasileiro. Terá lugar, ainda no tópico referente aos sistemas carcerários, um apanhado histórico da Pena Privativa de Liberdade em várias regiões do Globo.

Após trabalhar com o sistema penal brasileiro, instituídos todos os parâmetros de funcionamento deste, o segundo capítulo tratará de especificar todas as minúcias do que vem a ser a Justiça Restaurativa bem como das aplicações práticas no Brasil – exemplo da Lei 9.099/95 dos juizados especiais³² – e em Portugal – sob a égide da lei 21/2007. Estudar-se-á este novo modelo à luz das possibilidades de Reparação na dinâmica do crime bem como a aplicação dos modelos de Justiça Restaurativa em diversos países – a Exemplo da *Justice Restorative* na América do Norte, a tribo dos Maoris na nova Zelândia e outras.

Ainda pertencente às delimitações específicas do novo modelo de Justiça, na segunda parte do presente trabalho ainda trataremos de estabelecer comparações com o sistema tradicional, concluindo de que maneira os dois modelos se excluem ou trabalham juntos na persecução do delito e na resolução dos problemas daí advindos. Uma das problemáticas que

A respeito da monitoração Eletrônica e das demais medidas elencadas, cf. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal: De acordo com as leis 12.403/11 (Reforma do CPP), 12.432/11 e 12.433/11. Editora Jus Podivm, Bahia:2011.

³¹ No tópico 1.1.6.1 que se segue, faremos pequenas análises acerca do Julgamento, em 17 de fevereiro de 2016 do HC 126.292 por parte do Supremo Tribunal Federal, julgamento importante para alguns posicionamentos importantes para a concretização da possibilidade da inserção do paradigma restaurativo no contexto do sistema de Justiça criminal brasileiro.

³² No âmbito do Rito Sumaríssimo, o rito dos juizados especiais normatizados pela lei 9.099/95, todos os processos compreendem em situações de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes que culminam penas não superior a 2 (dois) anos de Reclusão. Com o advento dos juizados, ocorreu a efetividade da punição dos infratores que cometiam crimes com pena abstrata inferior a um ano o que na grande maioria dos casos eram alcançadas pela prescrição. Nesse sentido cf. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual... p. 751; e KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais criminais: a concreção antecipada do poder de punir. São Paulo: RT,2004. p.38.

constituem as bases para a instituição cada vez mais frequente do modelo restaurativo está em se delimitar até que ponto se podem mesclar as práticas tradicionais do Direito e Processo Penal com um modelo radicalmente diverso.³³

Na comparação entre os dois modelos, poderá também se questionar a possibilidade de se estatuir os ditames do modelo restaurativo como resoluções válidas para os problemas do outro sistema – o de Justiça penal tradicional – sem que as bases de ambos os sistemas sejam alteradas.

Concluídas as devidas Análises dos dois modelos no primeiro – Justiça penal tradicional e o funcionamento no Brasil – e segundo capítulos – O que é Justiça Restaurativa? – o terceiro e derradeiro capítulo trabalhará de maneira prática a aplicabilidade da Justiça Restaurativa na resolução dos problemas carcerários no Sistema Jurídico brasileiro. Para o alcance de tal *mister*, estudar-se-á algumas espécies do modelo restaurativo e seus principais efeitos no ambiente do Cárcere, sob os pontos de vista da política de “*descarcerização*” e “*não prisão*”, operando o que podemos chamar de “*repersonalização de procedimentos*”.³⁴

A possibilidade de tratar de maneira diversa alguns delitos ou alguns procedimentos com o intuito de resolver – ou pelo menos amenizar – os problemas do cárcere brasileiro, está intimamente ligada a necessidade dessa mudança. Como citamos alhures, os problemas de cunho social têm como ‘vigilantes’ a própria população que vai às ruas e às urnas na tentativa de modificar aquilo que não respeita os ditames do Estado Democrático de Direito. A população carcerária, no entanto, depende das autoridades para ver garantido aquilo que a própria carta magna brasileira – sem sucesso – já garante: a dignidade da pessoa humana.

Com jeito de Introdução, questiona-se: Pode a Justiça Restaurativa solucionar os problemas do sistema penal, sobretudo os de superlotação carcerária?³⁵

É o que se pretende responder.

³³ “*Se a justiça restaurativa apresenta especificidades face à justiça penal, parece razoável admitir-se uma certa margem de desconformidade nas soluções. O que deve questionar-se é se essa desconformidade é ainda suportável à luz das linhas orientadoras de que o nosso ordenamento jurídico não prescinde em um modelo de reação ao crime.*” SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014

³⁴ O êxito e o acolhimento do modelo de Justiça inspirado na mediação e na reparação inserido no sistema penal um pouco por toda a Europa – Sirvam de exemplo os sistemas alemão, austríaco, francês ou belga – resulta de uma convergência de exigências, de um lado, eminentemente práticas, de racionalização e simplificação do sistema de justiça penal e, de outro lado, de natureza principal: Humanização das respostas penais, igualdade na sua aplicação, desburocratização e repersonalização dos procedimentos. *Op. Cit.* RODRIGUES, Anabela Miranda. “A propósito da introdução do regime de mediação... p. 132

³⁵ “... o que importa perguntar é se existem especificidades na realidade criminal brasileira que condicionem de forma decisiva o sentido da resposta quanto à admissibilidade e à conveniência da implementação de práticas restaurativas.” *Op. Cit.* SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta Restaurativa em face da realidade criminal brasileira... p.212

CAPITULO I - JUSTIÇA PENAL E CÁRCERE: POR QUE SE PRENDE TANTO NO BRASIL? O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E SUAS CARACTERÍSTICAS.

1.1 A INFLAÇÃO LEGISLATIVA PENAL, PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA E HASSEMER

As agruras das casas penais que vimos outrora, oriundas principalmente das superlotações do cárcere, têm relevância quando tratamos de resolver os problemas originados pelo crime. Tais problemas perpassam principalmente pelo o que conhecemos como Política Criminal, a forma como determinado Estado reage ao crime. O problema da Expansão e o conseqüente problema do aumento do encarceramento em várias sociedades fundamentam a instauração da Justiça Restaurativa como um modelo diverso de resposta ao fenômeno criminoso.

A realidade controlada por estas perspectivas de criminosos e vítimas, hodiernamente se encontra principalmente estampada pelo que conhecemos como o Direito penal simbólico, citado outras vezes no corpo do presente trabalho. Isso significa que as penas e o tratamento voltado para os arguidos cada vez mais está a se pautar, como bem menciona WINFRIED HASSEMER em elementos pedagógicos e político Jurídicos como o “*efecto intimidatório*” e “*defensa del ordenamiento Jurídico*” quando analisada a atuação da prevenção geral no seio destas realidades.³⁶ Estes elementos, como assevera o autor, trabalham em prol de uma condicionante que estabelece que a diminuição ou o aumento delitivo estão diretamente relacionados com a forma que se pune os delinquentes³⁷.

Ora, mas acreditar que a diminuição da prática delitiva está diretamente relacionada com o excesso de punição é algo que já fora provado de maneira contrária nos ordenamentos jurídicos que dessa forma trabalham, exemplo do Brasil. Fazer crer, por exemplo, que operar a diminuição da maioria penal no Brasil de 18 para 16 anos³⁸ diminuirá os crescentes vetores da criminalidade é o mesmo que acreditar que a dureza das penas fará com que os mesmos vetores diminuam. Não há nada provado, em sede de política criminal, que a Pena severa e o cárcere têm função possível no recuo da atividade delituosa.

³⁶ HASSEMER, Winfried. LÜDERSEN, Klaus. WOLFGANG, Naucke. Principales problemas de la prevención general. Editorial B de f. Buenos Aires, 2004

³⁷ “*Es claro que este argumento se apoya en una hipótesis latente, a partir de la cual la praxis de la justicia penal influye específicamente en el cambio social: las penas benignas provocan el aumento del índice delictivo, mientras que las más severas, lo disminuyen.*” (HASSEMER, Winfried. LÜDERSEN, Klaus. WOLFGANG, Naucke. Principales problemas...) *Ibidem*, p.48

³⁸ Ainda em trâmite está a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 171/1993 que busca alterar cláusula pétreia que estatui a maioria penal no Brasil de 18 anos (Artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil).

A Prevenção Geral, fim que almeja a forma de aplicação das penas, nada tem a ver realmente com a possibilidade de voltar a delinquir. Isso porque as práticas delineadas por tais possibilidades, colocadas por HASSEMER, nada mais fazem do que o inverso na atual conjuntura carcerária de alguns países do qual destacamos a todo tempo o Brasil.

Na mesma linha de raciocínio com relação ao tratamento dispensado aos criminosos, se coloca o pensamento de que a expansão do direito penal - entendida como tipificação de condutas modernas e criada de acordo com comportamentos igualmente modernos - é contrária aos ditames que visam as políticas criminais pautadas na resolução de conflitos, na preservação dos direitos e garantias fundamentais e no afastamento do cárcere e o do direito penal como *ultima ratio*.

Essa realidade mencionada em que existe certa flexibilidade de regras processuais em prol do afastamento do cárcere e do Direito Penal sem a imposição da pena privativa de liberdade é o que teoriza Hassemer, como simplifica Ana Carolina Carlos de Oliveira quando analisa o que o autor denomina de Direito de Intervenção.³⁹

O criminólogo Alemão evidencia que o direito de intervenção não representaria um direito penal mais brando ou um mero direito administrativo, nas palavras de OLIVEIRA. Ocorreria uma relação maior de alguns outros ramos do direito na seara penal para que a resposta ao crime (aqui entendido como comportamento tipificado de condutas da modernidade) cada vez mais obstaculizasse a aplicação das penas privativas de liberdade. Nesse sentido, integrariam o Direito de intervenção o caráter sancionador de diversos ramos do Direito a saber: O próprio direito penal na tipificação de condutas modernas (Crimes tecnológicos, Crimes Ambientais, os crimes classificados como delitos de mera conduta ou delitos de perigo abstrato, etc), Ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de Polícia e o Direito Tributário.⁴⁰

Esta não imposição de penas privativas de liberdade como principal característica do Direito de Intervenção⁴¹ acaba se coadunando com o que estabelecemos para resolução dos problemas criminais que elegemos para discutir (no caso, as penas privativas de liberdade como um dos problemas para o inchaço penitenciário; As políticas Criminais de Encarceramento; e a instituição da Justiça Restaurativa como meio de evitar essa realidade).

³⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. 1. Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2013.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 62

⁴¹ *Ibidem*, p. 63

Desta maneira, atribuir o Direito de Intervenção de Hassemer como possibilidade de permitir a atuação do Direito Penal apenas com relação aos *Tipos* tradicionais (*núcleo duro*⁴²) e limitar a sua atuação para as condutas tipificadas de acordo com os anseios modernos ao Direito de Intervenção, seria “falar a mesma língua” usada pelos anseios da Justiça Restaurativa e o seu caráter de eliminar o tratamento penal (como usualmente conhecido onde destacam-se a atuação policial, o processo penal e a execução da pena privativa de liberdade) das condutas modernas e daqueles tipos tradicionais que não requerem a mesma atenção que deve ser dispensada a criminalidade grave.

Como se demonstrará nos tópicos que seguem no presente capítulo, isso infelizmente não é o que acontece no ordenamento jurídico do Brasil. Enquanto pode-se demonstrar na teoria que o direito de intervenção de Hassemer pode e deve ser relativizado na prática, sobretudo quando incisivo em condutas de menor potencial ofensivo, algo que ainda ocorre com certa dificuldade no processo penal brasileiro. A prisão preventiva e as prisões em flagrante delito ainda somam números altos à população penitenciária nacional. É disso que passaremos a tratar no presente capítulo, um ambiente diverso daquele proposto por Hassemer: propositura de ações penais como regra, cárcere contínuo, dificuldade de aceitar a possibilidade da liberdade provisória e sobrelotação carcerária.

1.2 O NASCEDOURO DA CONSTRIÇÃO PENAL: O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O CÁRCERE.

Legalmente, digo por força de determinações judiciais ou inquisitoriais advindas da lei, existem diversas maneiras e fundamentos de constrirem a liberdade do indivíduo envolvido no ambiente do crime. Enquanto o atual processo penal brasileiro se esquece de dar mínima atenção à vítima (pois pede-lhe muito e oferece-lhe pouco⁴³) que tão somente serve como alguém que ajuda na persecução penal através de informações que buscam a famosa verdade real dos acontecimentos pertencentes a prática do delito, o indiciado/acusado/réu pode ser obrigado a suportar as duras penas (absurdamente, *pena* ainda não no sentido técnico, no sentido de pena como imposição de sentença penal condenatória, aquela segundo Renato Brasileiro de Lima⁴⁴, decisão judicial que decide por afirmar que a conduta objeto da

⁴² *Ibidem*, p.63.

⁴³ Como bem acentuou Cláudia Cruz Santos em artigo voltado a análise dos preceitos da Justiça “retributiva” e dos “restaurativos”. SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo... *Op. cit.* p.468-469.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo penal. 3ª Edição Rev., Amp. e Atual. Editora Jus Podivm. Bahia:2015.

persecução do Estado é típica, ilícita e culpável, à luz dos preceitos legais e dos limites e fundamentos da peça acusatória oferecida pelo *Parquet*) da realidade do cárcere. Mandados de prisão são expedidos todos os dias com o objetivo de tornar presos cidadãos envolvidos no crime sob os mais variados fundamentos que muitas vezes não são capazes de fundamentar efetivamente ato tão rigoroso e extremo que é o da prisão, ato este que limita direito do quilate dos direitos fundamentais, o constitucionalmente consagrado ir e vir.

Se um ato do Juiz, presidente da *persecutio criminis*, fundamentado na lei penal e motivado pelas circunstâncias do delito é capaz de tornar legítima a prisão, o mesmo ato sem fundamentação idônea também o é. Mas não deveria ser em um país como o Brasil, o quarto Estado que mais encarcera junto com os norte-americanos, chineses e russos. Digo isso pois apesar de toda a limitação da lei quanto as possibilidades de encarceramento, a *prisão sem pena* ainda é a regra quando na verdade deveria ser a exceção uma vez que a própria carta magna brasileira de 1988 estabelece que ninguém será considerado culpado sem que haja sentença penal que estabeleça a referida condenação.⁴⁵ Mas isso não é o que todos os dias ocorre nas cidades brasileiras, onde a prisão como já asseverado é regra onde deveria ser exceção.

Como demonstrado a frente, o processo penal brasileiro (processo no sentido que corresponde ao conceito de José Frederico Marques, para quem o processo é uma união dos princípios com a atuação policial e a estrutura dos órgãos voltados a persecução penal⁴⁶) é dividido em dois grandes eixos que se materializam no Inquérito Policial e no procedimento penal⁴⁷ propriamente dito, presidido pelo Juiz de Direito auxiliado pelos que compõe o Juízo.

O Inquérito Policial (IPL) é procedimento guiado pela autoridade policial (no Brasil) com o auxílio dos demais membros da Polícia Civil. O delegado vai indiciar o cidadão que vai formalmente passar da condição de investigado para indiciado. Isso tem algumas consequências práticas negativas para o cidadão que por exemplo tem seu nome vinculado ao sistema integrado da polícia que pode ser objeto de pesquisa de qualquer pessoa. O cidadão já tem a “marca” de quem formalmente responde pela existência de um delito. O indiciamento configura automaticamente o chamamento da pessoa a delegacia para prestar esclarecimentos a respeito do delito, sem poder (pasmem) se defender efetivamente daquilo que foi produzido contra o mesmo. Em outras palavras o princípio da ampla defesa e do

⁴⁵ Sobre o conceito de prisão de Nestor Távora cf. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Op.Cit.* p.515

⁴⁶MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal.2.ed Campinas:Millennium,2003.v.1.p.16

⁴⁷ “É a seqüência dos atos praticados no processo” ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Op.Cit.*p. 40

contraditório não reina neste momento processual, momento este que embasará, posteriormente, o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

A sorte guiará este cidadão pois os princípios oferecidos pela Constituição da República e pelas normas penais não tem valor no IPL, é o que parece. As hipóteses de prisão neste momento (notadamente a prisão em flagrante delito) serão demonstradas em momento oportuno, ocasião em que de fato nos debruçaremos com maior atenção a esta fase preliminar do processo, esta fase de investigação ou pré-processual⁴⁸.

Como veremos, a Denúncia vincula o cidadão ao processo penal de maneira que ele seja mencionado como *Réu*. É o início do penoso e moroso processo penal em que irá se decidir, através de sentença penal, se o mesmo pode ser atribuído como responsável criminalmente por determinada conduta. Além de ser considerada um marco para o início do procedimento, a denúncia também pode conter requerimentos outros, inclusive relacionados as constringões. Pode o Promotor de Justiça, titular nesta ação, propor a prisão preventiva do indiciado/denunciado se demonstrar os requisitos que permitam o cárcere.

Recebida a exordial acusatória, os procedimentos são seguidos pela extração de provas por parte do *Parquet* e da defesa do denunciado. A fase de instrução probatória possibilita o réu estar em liberdade ou estar sob o efeito da prisão preventiva, a depender das circunstâncias do processo ou da necessidade de mantê-lo encarcerado. Finda a instrução, a fase de colheita de provas é encerrada com os memoriais de ambas as partes, ou seja, argumentam, com base em tudo o que fora juntado ao processo a necessidade do *edito* condenatório ou da sentença absolutória.

1.3 CRISE CARCERÁRIA: A FALTA DE APARELHAMENTO ESTATAL FRENTE AOS PROBLEMAS *INTRA MUROS* NO BRASIL

Crise Carcerária é uma expressão que comporta um gênero onde inúmeros problemas podem ser considerados como espécie. No berço do ambiente penitenciário brasileiro, além da superlotação existem uma série de outras problemáticas que compõe esse cenário, problemáticas essas que imploram por uma mudança de paradigmas tanto do funcionamento da justiça penal hodierna, extremamente seletiva, quanto de uma mudança de procedimentos, pleiteando a incorporação de procedimentos que afastam a pena privativa de liberdade ou o

⁴⁸ Assim menciona Eugênio Pacelli de Oliveira. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal.13.ed.,rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2010.)

encarceramento preventivo uma vez que não existem mais dúvidas de que essas escolhas já não atendem as finalidades com as quais foram instituídas inicialmente.

Proliferação de doenças, fábrica de violências de diversos tipos, desrespeito velado com os direitos humanos (tratam os encarcerados como se animais fossem), cooperação com a reincidência de crimes graves (sobretudo porque não há divisão da espécie de presos: o homicida é encarcerado junto com o traficante de drogas, estes dois, juntos com o emissor de cheques sem fundo e o agressor da namorada, sem distinção de quem já fora condenado ou daqueles que não podem estar em liberdade simplesmente porque a “ordem pública” deve ser garantida) e formação de verdadeiros grupos de criminosos (que não raro comanda organizações criminosas de dentro dos presídios, mandam e desmandam na prática de crimes por seus subordinados) são algumas das características do sistema penitenciário brasileiro, ambiente este que é o fim daqueles que se debruçam na vida criminosa e já carregam o estigma de serem negros, pobres e desprovidos de educação colegial básica.

Nesse ambiente inescrupuloso, o Estado brasileiro cruza os braços na ausência de aparelhamento para uma mudança que perpassa sobre a forma de julgamento dos crimes e a política criminal ali estabelecida. Praticou crime? Vai para cadeia. Não possui condições financeiras de garantir uma defesa qualificada operada por advogado igualmente qualificado? Deverá esperar a sorte dentro dos ambientes os quais já nos referimos: inescrupulosos.

Nessa realidade o processo penal se amontoa representada por um conjunto de folhas que não cessam de sair das mãos do promotor em direção as mãos do Juiz e vice-versa, num eterno movimento de tramitações que parecem não se importar com o cidadão objeto daquela acusação (está preso, sujeito a contrair doenças, morrer em motins, ser assassinado por companheiros de cela). Não raro, direitos fundamentais como o direito de audiência não são respeitados sob alegações mais grotescas⁴⁹ bem como os direitos fundamentais relacionados à saúde, resguardadas pelo Estado a todos os cidadãos, quer presos ou não, quer respondam por infrações criminais ou não.

A problemática por nós delimitada quer demonstrar todo o andamento do processo penal brasileiro (enquanto, muitas das vezes o cidadão está encarcerado) para poder embasar a estrutura que quer afirmar que os parâmetros da justiça restaurativa podem ser viáveis nesta realidade. Demonstrar-se-á no decorrer do presente capítulo, todas as fases processuais juntamente com todas as aporias delas advindas o que poderá (e deverá) justificar a

⁴⁹ No exercício da advocacia Criminal, já me deparei com falta de viatura policial para transportar o réu da casa penal para o fórum criminal. Ocasão em que a audiência fora redesignada para 3 meses depois. (!)

propositura deste novo sistema na busca da humanização das relações entre o Estado (dono legítimo da Persecução criminal) e o “*inimigo*”, aquele que é assim visto sob os olhos da população, ferida de morte pelas garras da prevenção geral.

Vamos ao processo penal Brasileiro.

1.3.1 INQUÉRITO POLICIAL E PRISÃO EM FLAGRANTE-DELITO

Muitas são as formas conhecidas do inquérito. Pode este procedimento administrativo inquisitivo ser tombado pela polícia judiciária tendo como presidente os delegados de polícia de carreira⁵⁰. Como preleciona Fernando Capez, este procedimento também pode ganhar forma como inquérito policial militar, inquérito da polícia federal ou no berço das famigeradas Comissões Parlamentares de Inquérito, as CPIs⁵¹. No entanto, o que de fato interessa para os nossos estudos para o caminho possível de inserção dos paradigmas restaurativos é o inquérito Policial enquanto procedimento administrativo e informativo para o representante do Ministério Público que visa elucidar os fatos aparentemente delituosos para o posterior oferecimento da Denúncia e formalização da *persecutio criminis*.

Como visa meramente informar os fatos ao órgão competente para oferecimento da Denúncia, o inquérito tem natureza inquisitiva, o que quer dizer que nesta fase pré processual não incidem os direitos de Ampla Defesa e Contraditório pelo fato de que, argumentam uns, ainda não existe acusação formal e que por isso não há *do que* se defender. Em nosso sentir isso é demasiado negativo para o indiciado uma vez que, apesar de não existir acusação propriamente dita, tudo aquilo que se constituir de prova vai embasar a Denúncia e futuramente o édito condenatório, provas estas que o acusado/indiciado não pode contraditar.

No Brasil, O IPL é operado pelas Polícias Judiciárias dos Estados, por força constitucional, as polícias civis, onde, como já dito, são lideradas pelos Delegados de Polícia de Carreira.

A finalidade deste procedimento é angariar provas relacionadas a autoria e materialidade do crime, remetendo as mesmas ao Ministério Público para embasar a peça vestibular que visa dar início ao processo criminal propriamente dito (é tema que tratamos a seguir).

A polícia Civil é a instituição que estará no local do crime logo após o seu cometimento buscando produzir provas que facilitem o desenrolar do processo penal para a condenação do ato praticado, tipificado em norma penal.

⁵⁰ À luz da Constituição de 88, em seu artigo 144,§4.

⁵¹ CAPEZ, Fernando/COLNAGO,Rodrigo. Processo Penal I. 3.ed. São Paulo: Saraiva,2009.

Além de se tratar de ato estritamente administrativo com o fito de ajudar a persecução criminal com a elucidação de provas, circunstâncias e fatos o IPL pode ajudar a Autoridade Judiciária a trabalhar na possibilidade de aplicar alguma medida cautelar (objeto de tópicos seguintes) ou até mesmo a Prisão preventiva (e também a prisão temporária, em certos casos) do indiciado, antes mesmo do oferecimento da denúncia⁵².

Um ponto que deve ser destacado se refere ao valor probatório nesta fase produzido. Como não incidem os direitos fundamentais da Ampla defesa e do Contraditório, as provas colhidas em sede inquisitorial precisam ser revalidadas dentro do processo judicial correspondente. Isso significa que não existe a possibilidade das provas produzidas no inquérito, sozinhas, servirem de sustentáculo a uma sentença condenatória sob pena de ferir os preceitos mínimos da constituição de 88.

Ocorre que algumas provas exigem certa urgência já que o perecimento no decorrer do tempo impediria sua produção. Nestes casos, instaura-se um processo perante a autoridade Judiciária que objetiva somente a produção da referida prova, elencadas as partes dotadas de todos os direitos (aqui sim, estamos diante da possibilidade do exercício da Ampla Defesa) a elas inerentes.

Algumas provas do IPL também precisam ter validade para fundamentar as requisições que ocorrem dentro deste procedimento, a exemplo da instituição de uma medida cautelar. Isso é válido pelo simples fato de que somente no final do procedimento inquisitorial e com o relatório do Delegado presidente do ato, o Ministério Público venha a ter instrumentos para oferecer a denúncia ou requisitar *e.g.* a prisão preventiva e não ser necessariamente a esta altura, que se verifique a necessidade da imposição destas medidas.

A eficácia probatória então é limitada, apenas se aduz eficazes aquelas provas produzidas dentro do/e para o próprio procedimento,⁵³ as demais precisam de validação no procedimento judicial respectivo.

Ainda sobre o IPL brasileiro, insta destacar o procedimento das prisões em flagrante. O flagrante delito e a sua respectiva análise é objeto de análise pelo Magistrado em até 24 horas da ocorrência dos fatos. Isso possibilita o mesmo, o mais rápido possível (até para evitar que a prisão se protraia no tempo, indefinidamente e sem fundamento idôneo) decidir sobre a continuidade da mesma (o que acarreta a prisão preventiva), sobre a possibilidade de conceder liberdade provisória (incidindo, talvez, uma ou umas das medidas cautelares diversas da prisão) ou relaxar a prisão do investigado. Esse procedimento tem sido

⁵² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Op. Cit.* p.90

⁵³ LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

substituído, em muitas vezes, pela própria audiência de custódia que será objeto de análise mais detida à frente.

Em poucas palavras e fundamentando a necessidade de falar sobre esta fase do processo, esclarecemos que é senão o nascedouro da constrição. É o primeiro contato que o indivíduo tem com o cárcere e as suas mazelas no Estado brasileiro. É aqui que os preceitos e as operações do paradigma restaurativo já podem se apresentar na busca das soluções pacificadoras e, sobretudo (e neste caso) não encarceradoras.

Apenas por rigor e apego à didática, cumpre mencionar brevemente a respeito deste instituto em Portugal.

Existem algumas especificidades que diferem o inquérito local daquele operado no Brasil. Antes de mais, o IPL português é parte do processo penal propriamente dito segundo depreende-se do conceito de Paula Marques Carvalho⁵⁴, para quem o Inquérito “*é a fase do processo penal destinada à investigação da existência de um crime (...)*”. E posteriormente acrescenta que “*a descoberta e recolha de provas relevantes com vista a sustentar a decisão sobre a acusação, é uma das finalidades desta primeira fase do processo penal.*”⁵⁵

Em terras lusitanas, quem preside o Inquérito são os representantes do Ministério Público, sendo que são apenas auxiliados pelos órgãos de política criminal, (exemplo da polícia) que recebem ordens diretas da autoridade Judiciária, consubstanciadas nas figuras do Juiz, o Juiz de instrução e o MP, respeitadas as regras de competência em razão do lugar. Como no Brasil, a decisão que visa atribuir alguma medida coativa, inclusive a prisão preventiva, é competência do Juiz da Instrução⁵⁶. Como demonstra Cláudia Cruz Santos, a atividade policial em Portugal visa auxiliar as autoridades judiciárias, sendo funcionalmente dependentes destas⁵⁷ no que concerne a produção de provas para o andamento normal do processo penal. A competência só seria própria para a prática de medidas cautelares e de polícia, situações que sempre guardam o caráter urgente fundamentador de seus atos.⁵⁸ Os demais atos guardam a necessidade de serem requisitados ou simplesmente aprovados pelo *parquet*.

A possibilidade de operar a mediação ou qualquer outro ato representante da Justiça restaurativa nesta fase processual - será objeto de análise em capítulo próprio - onde

⁵⁴ CARVALHO, Paula Marques de. Manual pratico de Processo Penal.7ª.ed. Coimbra: Almedina,2013.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 208

⁵⁶ À luz do especificado nos artigos 194.º,2 e 204.º do Código de Processo penal português, este último, fundamentando a necessidade da medida de coação adotada.

⁵⁷ À luz do n.º 2 do artigo 263 do Código de Processo Penal português.

⁵⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. O crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal) Coimbra Editora: Coimbra,2001 p. 236-237

elucidaremos de que maneira conseguiríamos, como primeira visão, evitar a instauração do processo penal formal (no Brasil) ou a continuação deste procedimento (em Portugal).

1.3.2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A (DES)NECESSÁRIA PRISÃO PREVENTIVA E OUTRAS ESPÉCIES DE PRISÃO.

A problemática concernente a crise carcerária relacionada com a superlotação, por óbvio, se dá pela frequência com que o Poder Judiciário opta por encarcerar os cidadãos supostamente autores dos delitos. Se no berço dos processos penais a prisão passa a ser a regra (quando deveria ser exceção, todas as leis se comportam dessa maneira até pela gravidade que representa a constrição, a quebra do direito de ir e vir) não há como esperar uma consequência diversa daquela que mostra o inchaço das casas penais e todos os problemas daí advindos.

Além de rechaçar o caráter extraordinário do ato de encarcerar, no Brasil a quantidade de espécies de prisão demonstra o quanto o Estado brasileiro recorre a este meio para resolver problemas de política criminal baseados na ineficiência do sistema penal, que recorre a ferramenta do encarceramento de maneira desmedida e em outras até disfarçada de prevenção geral e prevenção especial. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar⁵⁹ dividem as prisões em diversas espécies sobretudo pelas circunstâncias com que ocorrem, precisam ser classificadas e o são com acerto.

Pode o indivíduo ter o seu direito de ir e vir relativizado no berço de diversas espécies de prisão: Prisão em flagrante (intrínseca ao inquérito policial como já delineamos); Prisão preventiva; Prisão temporária (O encarceramento ainda em fase de inquérito policial ou no decorrer da instrução criminal, regulamentado pela lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, que tem como objetivo encarcerar o indivíduo por tempo determinado quando (i) for imprescindível para as investigações no inquérito; (ii) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não forneça elementos de clareiam sua identidade; e (iii) quando houver fundadas razões, de acordo com provas admitidas no processo que o indivíduo seja autor o participe nos crimes relacionados pela legislação alhures citada⁶⁰); e outras prisões

⁵⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Op.Cit.*, p. 515-598, páginas que compreendem um capítulo todo voltado ao estudos das prisões.

⁶⁰ São passíveis de prisão temporária, de acordo com o rol da lei 7.960/89 os indivíduos indiciados pelos crimes: Homicídio doloso; Sequestro ou cárcere privado; Roubo; Extorsão; Extorsão mediante seqüestro; Estupro; Atentado violento ao pudor; rapto violento; Epidemia com resultado morte; Envenenamento de água potável ou substancia alimentícia ou medicinal qualificada pela morte; Quadrilha ou bando; Genocídio; Tráfico de

decorrentes de atos específicos, dentre elas a prisão decorrente da decisão de pronúncia⁶¹, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão domiciliar, entre outras.

O que precisa se destacar no corpo do presente trabalho são as especificidades daquelas espécies de prisão que importam em definir a problemática aqui estudada, ou seja, cumpre destacar o problema que temos e tentar vislumbrar a possibilidade de resolver o referido problema de acordo com os parâmetros restaurativos. Como na prisão em flagrante, já estudada, vamos nos ater acerca dos números e do funcionamento da prisão preventiva, tópico seguinte.

1.3.2.1 A PRISÃO PREVENTIVA E AS ALTERAÇÕES DA LEI 12.403/2012

No Estado de Sergipe, território brasileiro, 73% dos presos são presos provisórios. Este alto percentual é acompanhado por outros estados como o Maranhão, Bahia e Piauí. 66%, 65% e 64% respectivamente⁶². Isso significa que no Estado de Sergipe existem pouco mais de 4 mil presos, 3 mil deles presos sem condenação.⁶³

O número total do território Brasileiro para presos provisórios é de 250094, o que representa 41% dos presos⁶⁴.

Essa realidade está diretamente relacionada com um dos questionamentos pilares do nosso trabalho, sobretudo por ela é que estudamos a instituição do modelo restaurativo como uma solução para este problema. Por que se prende tanto no Brasil? Existem muitas prisões todos os dias por uma série de elementos que juntos não pensam em fazer dessa realidade mais humana. Não é humana pois enquanto as casas penais forem lugares onde se despejam corpos, continuarão figurando como lugares dantescos. Qual o papel da prisão preventiva nessa realidade? Vamos a ele.

Drogas; e Crimes contra o sistema financeiro. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Ibidem*, p.566

⁶¹ Nos processos de competência do Tribunal do Júri, onde o acusado de crimes contra a vida será julgado por um conjunto de jurados, pessoas comuns do povo que irão responder a uma série de quesitos após as alegações do advogado de defesa e da acusação. A decisão de pronúncia divide as duas fases bem definidas dos processos de competência do tribunal do júri. Uma delas, como no processo de conhecimento que a pura a conduta definida como crime, o Juiz vai avaliar a possibilidade de remeter o feito para o julgamento perante os jurados (*judicium causae*) e o faz através de uma decisão de pronúncia que pode ser acompanhada de um mandado de prisão.

⁶² MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.21

⁶³ *Ibidem*, p. 17

⁶⁴ *Ibidem*, p. 20

O Código de Processo penal Brasileiro estabelece que haverá prisão preventiva quando alguns requisitos forem preenchidos, no decorrer do processo⁶⁵. Será recolhido a prisão todo aquele indivíduo que demonstrar que a sua liberdade representa um perigo para a comunidade e para o andamento do processo pelo qual responde formalmente. Além da comprovação da materialidade e dos indícios de autoria é necessário que se demonstre com clareza a situação que deu ensejo a prisão: o *Periculum Libertatis* consubstanciado nas hipóteses elencadas na lei. São elas: Periclitando a ordem pública; a garantia da aplicação da lei penal; a conveniência da instrução criminal; e a garantia da ordem econômica (no caso dos delitos dessa natureza, por óbvio).⁶⁶

Existe entre nós, advogados atuantes nas causas de natureza criminal, certa repulsa quanto ao requisito elencado na Ordem Pública. É certo que os demais elementos protegem aquelas situações em que o cidadão possa evadir-se do distrito da culpa ou até mesmo ameaçar testemunhas e pessoas relacionadas ou arroladas para esclarecer os fatos na seara criminal ali julgados. Agiu corretamente o legislador ao estatuir que um requisito fundamental para que a prisão preventiva seja decretada é a conveniência da Instrução criminal e a garantia da aplicação da lei. Até porque se a evasão, a fuga, o afastamento do réu não fosse algo a ser protegido muitos crimes deixariam de ser punidos pelo simples fato do corpo, do indivíduo em pessoa não está presente para a sua parte fazer⁶⁷. A conveniência da Instrução criminal evita, por sua vez, a ameaça de testemunhas ou a destruição de provas que venham a facilitar a resolução da investigação criminal e a consequente aproximação da verdade real.

Mas qual o sentido de elencar como requisito a garantia da ordem pública? Ou melhor, o que vem a ser “ordem pública” como fundamento para relativizar a liberdade de locomoção do indivíduo? Os autores brasileiros de uma maneira geral⁶⁸ tendem a relacionar o requisito da ordem pública com a possibilidade de continuar a delinquir no decorrer da persecução criminal. Apesar de ser um requisito que autoriza a prisão preventiva, nada de concreto nos mostra a possibilidade abstrata de continuar a delinquir. Há quem entenda que deve-se respeitar o trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*⁶⁹ para se conjecturar a imposição da prisão preventiva com base na ordem pública, o que não deixa de ser um critério imensamente vago apesar de tripartido.

⁶⁵ Artigo 312 do CPP brasileiro.

⁶⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal... *Op.Cit.* p. 550

⁶⁷ A este respeito foi o que motivou a fuga do Brasil do então réu no Processo do Mensalão, Henrique Pizzolato, em meados do ano de 2013, para evitar o cumprimento da pena a ele atribuída no STF – Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸ Nesse sentido Nestor Távora, Fernando Tourinho Filho, Fernando Capez, entre outros.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo penal e execução penal.3. ed. São Paulo: RT,2007.p.547

Em nosso sentir, o argumento vago e desproporcional que usa a possibilidade de cometimentos de novos delitos durante a instrução criminal acaba por ensejar a prisão preventiva sempre que o próprio magistrado entender necessário, sem grandes fundamentos. Afirmar que o cidadão é perigoso e que por isso vai cometer novos delitos, ou até mesmo relacionar a prática de alguns delitos com a prática de outros (como e o caso do Tráfico de drogas em que comumente é relacionado a furtos, roubos, homicídios por parte dos traficantes e usuários) é vagar por trilhas escuras que têm como destino o cerceamento da liberdade, direito fundamental insculpido na Constituição de 88. Acreditar que o cometimento de novos delitos é fator esperado uma vez que o cidadão apresenta vasta folha de antecedentes criminais também não pode contribuir para se estabelecer o que vem a ser *Ordem Pública*, uma vez que a própria Suprema Corte brasileira já estabeleceu que os antecedentes criminais não são maculados com a existência de inquéritos ou processos criminais em andamento, bem como a existência de cumprimentos de pena ocorridos em cinco anos ou mais.⁷⁰

Além dos requisitos autorizadores da preventiva, pode ser preso preventivamente aquele cidadão que descumprir medida cautelar alternativa a constrição imposta pela lei 12.403/11.

Com a percepção unânime de que a prisão preventiva não deve servir de regra – mas sim exceção – nos processos criminais, o legislador promulgou a lei em questão alterando o código de processo penal e criando as medidas cautelares correspondentes a algumas medidas impostas ao réu para responder ao processo em liberdade. São elas⁷¹: comparecimento periódico em juízo; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno; suspensão do exercício da função pública; Internação provisória nas hipóteses de inimputabilidade ou semi-imputabilidade; fiança; e monitoração eletrônica.

Para que a possibilidade do decreto de prisão preventiva se torne escassa, as medidas cautelares devem ser aplicadas com maior frequência nos processos criminais, o que consequentemente reduziria este coeficiente alto de 41% de presos provisórios, reclusos que não raro estão cumprindo pena antecipada. Com a possibilidade ampla de evitar o cárcere de natureza cautelar, não há mais necessidade alguma de repelir o crime com a prisão, nem

⁷⁰ Neste sentido *cf.* 1. *Inquéritos policiais, processos em andamento, absolvições ou condenações criminais extintas há mais de cinco anos não podem ser valorados negativamente na fixação da pena-base, a título de maus antecedentes, conduta social ou personalidade desfavoráveis, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).* (HC 125586/SP, Rel. Min. Dias Tofoli, j. 30.06.2015) e no mesmo sentido: HC94620 e HC94680, Ambos julgados no ano de 2015 do Supremo Tribunal Federal.

⁷¹ Estão elencadas no artigo 282, §4 do Código de Processo Penal.

mesmo argumentar que a prisão é necessária para o salutar andamento do processo. Todas as cautelares – E os Juízes podem arbitrar cumulativamente, uma a uma – tem capacidade para fazer com que a lei penal e o frenesi processual sejam preservados e respeitados. Na hipótese de descumprimento recorre-se a medida cautelar mais grave, a prisão preventiva.

O Código de Processo Penal português, por sua vez, elenca a prisão preventiva como uma das medidas de coação⁷² presentes no Livro IV, Título II, correspondente aos artigos 196.º e seguintes. Similar ao direito brasileiro, o Juiz aplicará tal medida se verificar a inadequação ou ineficiência das demais medidas não privativas de liberdade, como preleciona o artigo 202.º do referido corpo normativo.

As estatísticas relacionadas a população carcerária em Portugal permitem afirmar com segurança que a realidade da prisão preventiva de fato é existente somente após as tentativas das demais medidas de coação. Segundo dados da Direção-Geral de reinserção e Serviços Prisionais, órgão vinculado ao Ministério da Justiça português, a população carcerária portuguesa em meados de 2014 (mesmo época da pesquisa que orientou a afirmação quanto aos números brasileiros) mais especificamente no dia 31 de dezembro do referido ano, era de 14003 presos onde 13162 eram homens e 13814 deles com idade superior a 21 anos. A população de presos condenados era de 11673, totalizando 84% de toda a população em questão⁷³.

Enquanto que 41% dos presos no território brasileiro são presos provisórios, em Portugal chegamos a pouco mais de 16%, 2330 presos, à época.

1.3.2.2 A NOVA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

O projeto que instituiu as novas audiências de custódia no Brasil tem como finalidade precípua a diminuição do número de encarceramentos ocorridos no país bem como modificar tal cultura de encarcerar sem respeitar os parâmetros mínimos de proporcionalidade e necessidade.

É bem verdade que o projeto vem acatar norma de caráter internacional, isso porque desde 6 de novembro de 1992 através do Decreto n.º 678 o Brasil é signatário da Convenção

⁷² O Código de Processo Penal português as elenca a partir do artigo 196.º. São elas: Termo de identidade e residência (196.º CPP português); Caução (197.º); Obrigação de apresentação periódica (198.º); Suspensão do exercício da profissão, função, de actividade e de direitos (199.º); Proibição de Imposição de condutas (200.º); Obrigação de permanência na habitação (201.º); e finalmente, e em caráter de “*ultima ratio*” a prisão preventiva, quando as anteriores não forem suficientes (202.º).

⁷³ Fonte: Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Disponível em <http://www.dgsp.mj.pt/>. Acesso em 13 de Março de 2016.

Americana dos Direitos Humanos⁷⁴ (O pacto de São José da Costa Rica) que além de disciplinar objetivos para o tratamento condigno da pessoa humana, elenca alguns destes direitos voltados para o tratamento dos que se relacionam com o ambiente delituoso.

De acordo com o corpo normativo citado, mais especificamente em seu artigo 7.º, número 5, todo cidadão preso, detido ou retido (genericamente, impedido de exercer o direito de locomoção) deve ser levado à autoridade judiciária sem demora devendo ser julgado em prazo razoável ou posto em liberdade, ocasião em que terá prosseguimento o processo que julgará a referida conduta.⁷⁵

O problema do procedimento de apuração de conduta delituosa no Brasil acaba por cooperar com a incidência de muitos desrespeitos aos referidos direitos humanos, sobretudo aos relacionados ao cárcere e ao tempo que o preso fica detido sem que a prisão preventiva seja minuciosamente apreciada. A necessidade do aprisionamento cautelar mais é fundamentada na inconsistente condição de perigo que o cidadão apresenta para a sociedade, fator que nem mesmo é provado nas decisões que motivam os mandados de prisão ou as conversões de flagrante delito em prisão preventiva. Nesse cenário, o cidadão fica detido sob o argumentado justificador da prisão preventiva entre 100 e 180 dias (à mercê de toda a sorte que no ambiente carcerário encontra) antes de ser levado à presença de um Juiz que em poucos minutos fará exame da condição da prisão e das circunstâncias do crime.

Outro problema não deve deixar de ser citado, o concernente ao tratamento autoritário que recebem os investigados por parte da polícia judiciária no ato da lavratura do auto de prisão em flagrante. Em um ano de funcionamento das novas audiências de custódia, foram relatados 2,7 mil casos de tortura e violência policial ocorridas necessariamente entre o auto de prisão em flagrante e a apresentação do indiciado ao Juiz.⁷⁶

A atenção dispensada à superlotação carcerária, o tratamento recebido por parte das polícias judiciárias e polícia militar e o respeito com a condição única daquele que supostamente efetuou ação delituosa são alguns dos principais argumentos que fundamentam o uso cada vez contínuo das audiências de custódia no cenário brasileiro. No ano de 2015 foram efetuadas em todo o país em torno de 50 mil audiências desta natureza e pôde-se apurar o não decreto de prisão preventiva em 50% dos casos. Em outras palavras,

⁷⁴ Segundo o site do poder executivo brasileiro, www.planalto.gov.br.

⁷⁵ *Ipsis Verbis*: “Art. 7.º, 5: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. ”

⁷⁶ Fonte: www.cnj.jus.br.

evitou-se que 25 mil pessoas fossem direcionadas ao sistema prisional brasileiro, o 4º que mais aprisiona no mundo como dito alhures.⁷⁷

Com 27 Estados Brasileiros aderentes ao Termo de Cooperação técnica⁷⁸ celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça brasileiro e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (que instituiu o funcionamento das audiências) o procedimento começou a se tornar comum nos dias atuais e obriga que todo cidadão preso em flagrante delito seja encaminhado a um Juiz competente no prazo máximo de 24 horas, contadas do ato da prisão.

A audiência oferece ao acusado a possibilidade de esclarecer pontos de caráter objetivo do crime e a respeito de sua pessoa, podendo alegar tudo aquilo que lhe seja factível de interpretação a favorecer a sua liberdade naquele momento, não devendo, entretanto, o Juiz analisar o mérito e já realizar um pré-julgamento daquele fato ali apresentado já que o momento apropriado é a Audiência marcada para instrução ou juntada de provas. Será assistido no ato por advogado constituído ou (como na maioria dos casos) por defensor público que é o profissional vinculado a Defensoria Pública de cada Estado e qualificado para atuar tecnicamente em favor das pessoas que não possuem condições financeiras para os honorários de profissional qualificado.

Conclusivamente o “Projeto Audiência de Custódia” visa retaliar os casos de prisão ilegal cometidos no seio dos autos de prisão em flagrante, bem como evitar que violências policiais venham a ser deflagradas contra os indiciados, ficando tais atos impunes perante a sociedade e a própria corporação. Além de resolver as ilegalidades daí advindas é forte aliado na busca de resoluções para o problema carcerário brasileiro, sobretudo para a instalação da superlotação carcerária, objeto principal da nossa pesquisa.

1.3.3 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS COMO SUBTERFÚGIO PARA AS MAZELAS BRASILEIRAS

Se separamos um tópico exclusivo para tratar da fase processual que diz respeito a execução de penas é porque tudo aquilo que é defendido por nós em termos de relativização de prisão, processo penal e condenação falhou.

Este é o momento de executar (o nome inclusive, mais autoexplicativo não pode ser) a sanção criminal estabelecida pelo Juiz, na representação do Estado para responder ao

⁷⁷ Dados extraídos do 2º Forum Nacional de Alternativas Penais (FONAPE) que ocorreu no final do mês de fevereiro em Salvador, Brasil, presidido pelo até então Presidente do Conselho nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal Ministro Ricardo Lewandowski.

⁷⁸ TCOT 007/2015. Fonte: www.cnj.jus.br.

cometimento (objeto de denúncia, colhidas as respectivas provas e já julgado) de determinado delito. Tem objetivo dual ou dúplice, uma vez que além de respeitar o caráter punitivo intimidador tanto para o infrator (prevenção especial) quanto para a sociedade (prevenção geral), busca-se também prevenir a prática delituosa através da ressocialização⁷⁹ do autor do tipo penal respectivo.⁸⁰

A natureza jurídica da execução penal não é uníssona. Alguns acreditam que reina nesta fase o caráter administrativo das forças do Estado, enquanto que outros defendem que a jurisdicionalidade ainda prevalece após o transito em julgado da sentença penal condenatória. Isso enseja, sobretudo no Brasil, a defesa de correntes distintas que estão a defender o caráter administrativo ou judicial deste procedimento e também aquelas consideradas correntes híbridas, onde ocorre a preponderância de um ou outro modelo (administrativo ou judicial). SILVA e SILVA NETO delimitam a natureza jurídica da execução penal como mista, uma vez que se desenvolve nos planos administrativos e judiciais, com preponderância deste último.⁸¹ Anabela Miranda RODRIGUES ao se debruçar sobre a localização da execução dentro do “*Sistema*” Direito e também ao discutir o caráter administrativo ou judicial de sua natureza, preleciona que a despeito da existência de conflitos e fricções entre as mais variadas fases do processo (inquérito policial, processo penal propriamente dito e execução), deva haver indispensavelmente, essa *fragmentação* funcional na medida em que isso facilitaria a identificação das estratégias voltadas a bom funcionamento dos diferentes órgãos do sistema penal⁸², se posicionando desta maneira - mas não atribuindo isto como algo inquestionável – pelo caráter judicial da execução de penas. Há também os que tratam o Direito Penitenciário com certa autonomia. Apesar de guardar uma estreita relação com as demais fases do processo penal, AGAPITO estabelece que a execução penal tem denominação própria e distinta de outros setores do ordenamento jurídico, o que fundamentam a referida autonomia.⁸³ Definitivamente não vamos nos alongar na discussão que delimita a natureza jurídica desta fase processual que visa duplamente punir e ressocializar, sobretudo porque não é tarefa fácil como podemos perceber.

⁷⁹ Como demonstra o artigo 1º da Lei de Execução penal brasileira, o qual enuncia *in verbis*: “a execução tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

⁸⁰ Nesse sentido SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Editora Aufiero, 2012

⁸¹ *Ibidem*, p.35

⁸² RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. Separata do Boletim do Ministério da Justiça: Lisboa, 1988.

⁸³ AGAPITO, Luís Roca. El Sistema de sanciones en el derecho penal español. Bosch Editor: Barcelona, 2007

Inaugura-se um novo processo Judicial que vai tratar exclusivamente dos aspectos práticos do “pagamento” da pena pelo autor do delito julgado em sede do procedimento penal judicializado.

No Brasil, esta “fase processual” é regulamentada pela lei de Execução penal – a lei 7.210 de 11 de julho de 1984, enquanto que em Portugal a norma que disciplina a execução penal está insculpida na lei 115/2009 de 12 de outubro, com as alterações mais recentes propostas pela lei 21/2013 de 21 de fevereiro.

A lei brasileira estabelece o funcionamento e resguarda e reafirma todos os direitos fundamentais⁸⁴ relativos às pessoas encarceradas e conta com um conjunto de normas extremamente benéficas para estes indivíduos, o que por falta de aparelhamento estatal e também pelo baixo investimento do Estado em políticas públicas direcionadas à estruturação e resolução dos problemas oriundos do sistema de execução penal⁸⁵, muitas vezes deixa de ser percebido na prática. Dura e secamente a lei não funciona e o eterno vazio que separa os ditames do *Law in books* para o *Law in action* prevalece.

O texto legal resguarda a total possibilidade de se buscar novas diretrizes para a execução da pena, mas a falta de políticas públicas concordantes com o fato de que a assunção destas novas diretrizes é fundamental para a resolução dos problemas do cárcere, acaba evitando que a lei seja aplicada de maneira correta ou até mesmo mais efetiva, sobretudo as normas que permitem o fortalecimento de medidas descarceradoras⁸⁶ que estão voltadas a realização de uma execução da pena tal qual estão voltados os paradigmas restaurativos, sobretudo aqueles que afastam a necessidade do cárcere por meio da pena não privativa de liberdade.

No ambiente carcerário que se estabeleceu no Brasil, não é preciso muito esforço para verificar a falta de condições com que a legislação pertinente a execução de penas tem para fazer valer as normas que ali se encontram. Se optarmos para efetuar pequena olhadela na lei em tela, já perceberemos que beira a utopia estabelecer certos comportamentos por parte do Estado brasileiro com relação à população reclusa. Estabelece a lei de execuções que é dever do Estado dar *assistência* ao recluso, na medida em que é responsável em sua totalidade por estas pessoas. A assistência que mencionamos está subdividida em vários atos bem delineados na legislação, atos que não se verificam na prática por todos os motivos elencados incansavelmente no decorrer do presente trabalho.

⁸⁴ E nesse sentido, entende Anabela Rodrigues que o resguardo dos direitos fundamentais atua tanto para criar uma atmosfera favorável para a ação reeducativa e para evitar o aprofundamento da separação entre recluso e sociedade. RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas.... *Ibidem*, p 27.

⁸⁵ SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal... *Op. Cit.* p.40

⁸⁶ *Ibidem*, p.41

Estabelece o artigo 10º da LEP brasileira⁸⁷ que é dever do Estado garantir a assistência ao recluso objetivando a sua ressocialização como ato finalístico da possibilidade de retornar a viver em sociedade, ou seja, sem conjecturar novamente a prática de crimes. O dever do Estado é garantido quando, por meio da lei, estabelece que todos os reclusos e internados (em cumprimento de medidas de segurança, aqueles agentes que por algum motivo são considerados inimputáveis) têm direito a assistência material⁸⁸, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa nos termos da lei.

Dentre outros direitos voltados especificamente para a ressocialização, destacamos o direito ao trabalho, disciplinado pelo artigo 28 e ss. da LEP, e o direito às saídas temporárias, implícito ao ato de averiguar a “evolução” do recluso quanto à possibilidade de retornar ao convívio social, mesmo que sejam fundamentas por finalidades específicas como a morte ou doença grave do cônjuge.

Em nosso sentir, todas as normas garantidoras dos respectivos direitos fundamentais insculpidos na lei de execução penal guardam consonância com o que é estabelecido na Constituição da República de 1988 (mesmo concordando, por outro lado, que como a lei de execuções penais do Brasil foi promulgada a mais de 30 anos, ainda no século passado, no ano de 1984, temos que afirmar com segurança que existem dispositivos ali inseridos que necessitam de atualização, conferindo assim o respeito máximo à Lei maior) sobretudo o respeito amplo a um dos princípios basilares do estado de direito, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, luz do artigo 1.º, III da Carta magna brasileira.

O estabelecimento destas normas, no entanto, não é o suficiente para garantir a eficácia dos textos normativos. A execução penal insana⁸⁹ caracterizada na prática pela sobrelotação carcerária e as condições insalubres a que são submetidos os presos seguidos pela total ausência estatal na prestação de direitos como a saúde e a realização de providências paliativas que apenas mascaram a real situação dos cárceres⁹⁰ faz com que o respeito ao princípio da dignidade humana “*do qual se irradia os demais princípios para formar um*

⁸⁷ Artigo 10 – “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”

⁸⁸ Consistente ao fornecimento de alimentação, vestuário e locais apropriados para higiene, conforme preleciona o artigo 12, da LEP.

⁸⁹ Nomenclatura citada por José Adaumir e Arthur Correa se referindo ao jurista Denilson Feitosa. (FEITOSA, Denilson. Direito Processual Penal. 6.ª Ed.rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009 *Apud* SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal... *Op. Cit.* p.61.

⁹⁰ *Ibidem*, p.62.

*todo principiológico*⁹¹ não seja respeitado retirando por sua vez todo o caráter humanístico⁹² com que é escrita a lei de execução de penas no Brasil.

O paradigma restaurativo, nesse ambiente, daria lugar a providências paliativas e tentaria com veemência retirar do cárcere aqueles que estão presos em circunstâncias degradantes que nada contribuem para a finalidade ressocializadora. É que enquanto tentarmos dar respostas à sociedade a partir de uma visão da pena como vingança, a situação animalesca a qual são submetidos os reclusos continuará passando despercebida diante do olhar da população de bem, que vê no recluso o *inimigo*.⁹³

Em Portugal, como já mencionado e apenas para citar o procedimento de execução pertencente ao ordenamento português, a execução de penas e de medidas de segurança está disciplinada na lei 115/2009 de 12 de outubro. Muitos dos seus dispositivos estão em consonância com a lei de execução penal brasileira, sobretudo aqueles relacionados aos direitos fundamentais dos reclusos, que obviamente por estas terras, tem maiores chances de funcionamento sobretudo porque a população carcerária de Portugal pouco passa de 15 mil pessoas no cenário atual o que quer dizer que a possibilidade de sobrelotação não é tão incisiva como no Brasil, país que amarga a posição de quarto país que mais encarcera, com mais de 600 mil presos.

A despeito dos números relacionados a população carcerária serem tão desiguais quando comparamos os dois países, a legislação é amplamente parecida, primeiro porque as finalidades (insculpidas nos primeiros artigos de ambas as leis) procuram ressaltar a possibilidade de reinserir os reclusos na sociedade de maneira a que não voltem mais a cometer crimes⁹⁴. Ambas as legislações arrolam os direitos fundamentais das pessoas encarceradas e ressaltam que a execução deve ocorrer de acordo com o sistema de evolução

⁹¹ *Ibidem*, p.62.

⁹² Humanização, bem menciona Anabela Miranda Rodrigues, ao citar Castanheira Neves, “*atribuída ao Direito Penitenciário “tem a ver, não com o adoçar de costumes e, conseqüentemente, das condições da detenção, outrossim com a afirmação do recluso como sujeito de direitos ou, se preferirmos, como sujeito da execução.”* (CASTANHEIRA NEVES, Antonio, In tratamento penitenciário de A. Malça Correia... *Apud* RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas... *Op. Cit.* p.15

⁹³ Trataremos disso com especificidade no tópico 3.4 que demonstrará a possibilidade de se operar a mediação mesmo após a sentença penal condenatória, fator que contribui em primeira mão para a soltura e depois para o entendimento do apenado acerca dos fatos delituosos por si anteriormente apresentados.

⁹⁴ Nesse sentido, aponta Anabela Miranda Rodrigues que “*A finalidade assim apontada traduz-se, concretamente, “em oferecer ao recluso as condições objectivas necessárias, não à sua emenda ou reforma moral, sequer a determinar a aceitação ou o reconhecimento por aqueles dos critérios de valor da ordem jurídica, mas à “simples” prevenção da reincidência por reforço dos “standards” de comportamento e de interação na vida comunitária...”* RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas... *Op. Cit.* p.14

dos reclusos⁹⁵, ou seja, o seu comportamento prisional vai entregar-lhe o direito de cumprir a pena sempre em regime mais brando⁹⁶.

A lei portuguesa 115/2009 estabelece que existem diversos tipos de regime prisional, determinados sempre de acordo com o tipo de crime, a pena em abstrato, o comportamento e a periculosidade real do recluso. Os regimes estão dispostos no artigo 12º da referida lei e se subdividem em Comum (artigo 12º,2 estabelecimentos de segurança alta); Aberto (Estabelecimentos de segurança baixa) – que ainda comporta a subdivisão de *aberto no interior e aberto no exterior*⁹⁷; e em regime de segurança, compreendido por aquele regime que comporte reclusos que apresentem comportamento prisional que revele “*perigosidade incompatível*”⁹⁸ com qualquer outro regime de execução.

Depreende-se conclusivamente que a *perigosidade incompatível* atinente a este regime da execução esteja relacionada com a prática do crime de terrorismo ou que se apresente como um ato delituoso apto a ser classificado no bojo da criminalidade violenta ou altamente organizada. Sem prejuízo da demonstração dessas características que vêm fundamentar a colocação no referido regime pode ainda incidir o perigo sério de evasão, constante no artigo 15.º,2, c.

Os direitos relacionados à higiene, proteção à saúde e instalações para as atividades diárias, como na lei brasileira, estão devidamente estabelecidos. Outros dispositivos chamam atenção, sobretudo pela possibilidade clara de sua operabilidade face o número da população carcerária no país, a exemplo da regulamentação das visitas aos reclusos em prisão preventiva que podem ocorrer durante todos os dias (artigo 123.º,5 da Lei 115/2009) e da operabilidade da liberdade condicional com equipamento eletrônico de controle à distância (artigo 188.º,1 do mesmo corpo normativo). Com uma sobrelotada população carcerária onde se somam mais de 600 mil presos nas casas penais brasileiras e com a falta de recursos

⁹⁵ “*sino que su duración depende, en parte, de la conducta que el recluso observe en prisión. De este modo se pretende estimular en él determinadas conductas que se consideran como positivas y que le conducirían a obtener la libertad. En nuestro país ya se puso en marcha em 1836 um sistema de este tipo, concretamente por parte del coronel Montesinos, en el presidio correccional de Valencia. Con posterioridad, ha tenido mucha importancia el sistema desarrollado en Irlanda por Crofton, que llegaría a denominarse sistema irlandés. De ahí, luego ES sistema progresivo se iría extendiendo por la mayoría de los países.*” AGAPITO, Luís Roca. El Sistema de sanciones... *Op. Cit.* p.482-483

⁹⁶ “*“Progressividade” consiste, não na existência de diferenças àquele nível, mas na evolução e desenvolvimento do sentido de responsabilidade de cada recluso.*” RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas.... *Ibidem*, p.24

⁹⁷ A lei disciplina (por meio do artigo 12º,3, a e b) que o cumprimento da pena em regime aberto no interior se caracteriza pela possibilidade de realizar atividades dentro do estabelecimento prisional ou em suas imediações com a devida vigilância, enquanto que o regime aberto no exterior, permite ao recluso efetuar atividades profissionais ou de ensino totalmente fora da casa penal sem que para isso precise ser vigiado.

⁹⁸ Nesses termos mostra o artigo 15º,1 da Lei 115/2009.

voltados para a problemática do cárcere por parte dos Governos, é que não se pode esperar que dispositivos que objetivam a humanização do cárcere possam migrar magicamente do ordenamento português para o Brasil, sob pena de mau – ou impossível – funcionamento.

Na Espanha, também a título de exemplo e informação complementar, a lei que regulamenta o Direito Penitenciário é a *Ley Orgánica General Penitenciaria* que disciplina a maioria das normas pertencentes ao corpo português e brasileiro, inclusive o sistema progressivo implantado nestes ordenamentos. Preceitua seis títulos, seguidos de um título preliminar, que preceituam ditames como a classificação dos estabelecimentos penais (Título I da LOGP), a assistência ao regresso (Título IV), a competência do Juiz da execução (Título V), entre outros.

O que quer o presente tópico, ao demonstrar as informações atinentes aos ordenamentos jurídicos que foram usados como exemplo, é mostrar que a falha operabilidade prática da lei de execuções penais brasileira acaba sendo um dos fundamentos principais para a crise que ora se instala, vestida de sobrelotação. Se todos os dispositivos – igualmente regulados e aplicados em Portugal e na Espanha – fossem atribuídos aos termos práticos das condições em que são submetidos os reclusos, a lei de execuções certamente desempenharia um papel muito mais digno de aplausos, sobretudo por ser escrita com esse objetivo: oferecer efetivamente condições dignas para uma possível ressocialização daqueles envolvidos no ambiente criminal, evitando por conseguinte, que se tratem de amontoados de seres humanos, sem acesso a saúde, ao lazer e as condições igualmente dignas daqueles que vivem a vida normalmente, ínsitos na realidade *extra muros*.

1.3.3.1 PRISÃO DEFINITIVA

A prisão definitiva – terminologia que usamos aqui para distinguir a medida da prisão preventiva, outrora analisada – é a constrição corporal reflexo de uma pena privativa de liberdade imposta por ocasião de sentença penal condenatória, desfecho da instrução probatória no processo penal.

Coincidentemente, a proporção de presos em regime fechado alcança 41% - 250.094 - de toda a população carcerária, que é exatamente a mesma porcentagem observada para os presos em prisão preventiva⁹⁹. Este regime – o regime fechado – é estabelecido na sentença que impõe uma pena superior a 8 anos à luz do art. 33, §2º, *al.* a) do código penal brasileiro.

⁹⁹ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.20

A lei também disciplina o que consiste cada um dos regimes impostos na pena privativa de liberdade, explicando que no regime fechado o estabelecimento prisional deverá ser de segurança máxima ou média (art.33 §1º *al. a*) enquanto que no regime semiaberto – nas hipóteses em que a pena privativa de liberdade estabelecida na sentença seja superior a quatro anos mas que não exceda oito¹⁰⁰ – os detentos devem iniciar a execução penal em colônias agrícolas, industriais ou casas similares tudo de acordo com o art.33 §1º *al. b*).

Os demais cumprem pena em regime Aberto, ocasião em que deverão recolher-se a casa de albergado nos finais de semana ou em outro estabelecimento similar. A jurisprudência brasileira já assentou com veemência que na falta de estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime que fora estabelecido o apenado deverá ser inserido em regime imediatamente mais brando, nunca mais severo¹⁰¹. Isso significa que na falta de casas de albergado ou similares para o cumprimento da pena em regime aberto deverá o Juiz da execução inserir o condenado em regime de prisão domiciliar.

Da mesma forma que muitas críticas não puderam ser evitadas com relação aos elevadíssimos números das prisões preventivas no país, é o que se destaca com relação a proporção dos que já cumprem pena em uma sociedade cada vez mais manchada pela *cultura da sentença*¹⁰², sentenças que atribuem mecanicamente penas desproporcionais que apenas querem representar uma falsa ideia de segurança, um dos pilares da política criminal brasileira afetada pelo *simbolismo*¹⁰³ de um direito penal que há muito já se desviou dos seus objetivos.

Como a legislação penal, sobretudo as alterações mais recentes, está se comportando para atenuar a necessidade da PPL? É o que cuida o próximo tópico.

¹⁰⁰ Os detentos em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto totalizam 15% do total, o que representa 89.639 pessoas de acordo com o levantamento do DEPEN, em constante análise. (MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Ibidem.*, p.20)

¹⁰¹ Nesse sentido se posicionou o Desembargador Rubens Gabriel Soares, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em Agravo em Execução nº 1.0084.12.002309-2/001, julgado em 20 de abril de 2016. (Fonte: tjmg.jus.br/jurisprudência); no mesmo sentido Ag. Em execução nº 70068340033, julgado em 20 de abril de 2016, Relator Desembargador Dálvio Teixeira do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Fonte: tjdf.jus.br/jurisprudência).

¹⁰² PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição.” In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra, 2016

¹⁰³ Nesse sentido *cf.* tópico 3.7.

1.3.4 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E O FOMENTO DE UMA MUDANÇA DE PERSPECTIVAS PARA A PUNIÇÃO (PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE)

Como mencionado algumas vezes no decorrer do presente trabalho, acreditamos que a política criminal do Brasil é Pendular.¹⁰⁴ Isso significa que ao mesmo tempo em que são promulgadas leis que endurecem o tratamento com as pessoas envolvidas no ambiente delituoso, cria-se leis brandas relacionadas a flexibilização do cárcere fazendo com que sua necessidade seja despicienda.

A partir da promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988 (carta magna em vigor nos dias atuais) esse caráter dúbio da política criminal mostrou-se acentuado a partir da criação de algumas leis que ora demonstravam um caráter autoritário no funcionamento de seus procedimentos, ora flexibilizavam a liberdade dos arguidos.

Já em 1990 foi promulgada a lei de crimes hediondos (Lei 8.072 de 25 de julho de 1990) que disciplinava um tratamento diferenciado para aqueles crimes cuja a gravidade se mostrava diferenciada pelas circunstâncias em que foram cometidos. Estes crimes (estão arrolados na própria lei – Homicídio quando praticado em grupo de extermínio, Lesão corporal de natureza gravíssima (onde se percebe a perda de um membro, órgão ou função), Latrocínio, estupro de vulnerável, exploração da prostituição de menores, entre outros) tem um tratamento processual diferenciado e seus autores geralmente suportam duras (e longas) penas de prisão tendo os benefícios de progressão de regime e liberdade condicional efetivados de maneira diferenciada.¹⁰⁵

Após a entrada em vigor da CF88 outras legislações foram criadas que podem servir como parâmetro para a afirmação de que a dureza da política criminal era a “bola da vez” do legislador. Isso tem demonstração na promulgação de leis que visavam tipificar condutas outrora não consideradas como crime de acordo com os anseios sociais. As leis 8.176 de 08 de Fevereiro de 1991 e 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998, que tratam da criminalização contra a ordem econômica e contra o meio ambiente respectivamente, demonstram que a Política Criminal estaria voltada ao endurecimento desta relação entre o Estado e o Delinquente.

¹⁰⁴ Assim classificou Hélio PINHEIRO. (PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. Cit.* ps. 101-162)

¹⁰⁵ Progridem de regime prisional, de acordo com a lei brasileira, aqueles que cumprirem 1/6 da pena de prisão e apresentem bom comportamento prisional. No caso crimes hediondos, de acordo com a nova redação dada pela lei 11.464/2007, a progressão se opera a partir de 2/5 ou 3/5 no caso dos reincidentes.

Nos parece que a partir do início do Séc. XXI esse caráter pendular ficou mais evidente pois enquanto a promulgação de leis penais duras continuavam a todo instante, tentando fazer valer os gritos do direito penal simbólico, outras leis entraram em vigor com o intuito de abrandar os tratamentos. Dizemos isso embasados na promulgação de leis como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006), a lei de drogas (Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006¹⁰⁶) e a lei de crimes virtuais (Lei. 12.737 de 30 de novembro de 2012) que demonstram o tratamento voltado ao encarceramento mais efetivo dos que resolvam por cometer os delitos aqui delineados, não lhes apresentando flexibilidade de tratamento processual na persecução e condenação dessas condutas.

Por outro lado (o outro lado do pendulo) muitas foram as leis promulgadas com a intenção de flexibilizar o tratamento que não fora conferido nas leis duras. Como exemplo paradigma, a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 veio alterar vários dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro no sentido de ali enxertar diversos artigos voltados a instituição de medidas cautelares diversas da prisão, o que está dissonante com aquela política criminal dura e voltada ao cárcere. De acordo com esta lei, o Magistrado pode aplicar diversas cautelares para evitar que se recolha o arguido à prisão preventiva, algo que está plenamente voltado a humanização do processo penal e conseqüentemente dos cárceres brasileiros.

Além da legislação referida, insta destacar as leis 12.433 de 29 de junho de 2011 que altera a lei de execuções penais no que diz respeito a remição de parte da pena para os reclusos que estudarem ou trabalharem e da lei 12.313 de 19 de agosto de 2010 (também vindo alterar a lei, 7.210 de 11 de julho de 1984) para atribuir assistência jurídica dentro dos presídios aos reclusos que não gozarem de condições para constituir advogado, tudo de acordo com a flexibilidade de tratamento, completamente discrepante com relação às leis endurecidas pelos anseios simbólicos de prisão a todo custo.

No meio de todo esse caráter pendular da política criminal atual, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei no Senado (PLS) de n. ° 236 de autoria do Senador José Sarney que visa alterar o Código penal em vigor no Brasil que fora promulgado em 7 de dezembro de 1940. O lado do Pendulo em que trabalha a novel lei penal é o de extremo punitivismo, o que vai totalmente de encontro ao que defendemos com relação a novas alternativas para a resolução dos problemas relacionados ao cárcere, como a Justiça Restaurativa.

Alterações como a redução da maioria penal no Brasil, a transformação da corrupção em crime hediondo e o uso de provas ilícitas por parte do Ministério Público Federal, bem

¹⁰⁶ Que substituiu a lei 6368/1976 e endureceu o tratamento relacionado aos usuários e traficantes de drogas).

como o aumento significativo de algumas penas base para diversos delitos demonstram que o Novo Código penal vai acabar totalmente com a possibilidade da inserção de novos tratamentos (mais humanos) com relação a pratica dos mais variados delitos, ficando os paradigmas restaurativos como a mediação penal e a reparação muito distantes de um cenário que cada vez mais pede pelas suas inserções. Prova disso são algumas medidas observadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como veremos adiante.

1.3.5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CÁRCERE

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ é um órgão criado pela Constituição Federal Brasileira a partir da Emenda Constitucional n. ° 45/2004 que promoveu algumas alterações relativas ao poder Judiciário e o seu funcionamento.

As atribuições do CNJ estão basicamente delimitadas em contribuir para uma aplicação da lei por parte do Poder Judiciário de maneira que a moralidade, eficiência e efetividade sejam características comumente visíveis na prestação jurisdicional do Estado Brasileiro, atribuição relacionada com a política judiciária.

Ao mesmo tempo em que funciona como um órgão controlador dos Tribunais, das atividades de seus servidores e da qualidade dos andamentos processuais, o CNJ também tem um caráter auxiliar com relação aos serviços prestados aos cidadãos na medida em que pode receber reclamações por parte dos usuários do poder Judiciário direcionadas contra membros ou servidores pertencentes a este quadro.

Com todas essas atribuições, é plenamente aceitável que o CNJ não obstaculize a sua participação em assuntos concernentes aqueles aqui tratados uma vez que guardam ampla relação com os dois esteios que destacamos: a atuação do Poder Judiciário com relação a aplicação da lei penal e da pena privativa de liberdade como voz desta lei; e a atenção com os cidadãos brasileiros pertencentes ou que dependem dessas atenções no andamento de suas vidas, seja através da participação em um processo litigioso de qualquer natureza, seja por fazer parte da população carcerária e que por esse motivo necessita do auxílio de órgão controlador das condutas dos Juízes, agentes penitenciários e os demais profissionais presentes neste ambiente.

Imbuído da responsabilidade de operar da melhor maneira possível as suas atribuições, o CNJ desenvolve e coordena alguns programas voltadas a populações específicas. Os projetos “conciliar é legal”; “Pai presente”; “ lei maria da penha”; “Começar de Novo”; e “Cidadania

nos presídios” são alguns exemplos de que as práticas relacionadas ao controle do Judiciário e aos assuntos a este Poder pertencentes são acompanhadas de perto, sempre auxiliando da melhor maneira possível os envolvidos.

Para a nossa problemática, duas medidas são de fundamental importância para a concretização dos anseios relacionados a melhoria do ambiente carcerário e da satisfação da população reclusa: (1) o projeto “Começar de Novo” e (2) a Resolução n.º 125 de 29 de Novembro de 2010, que dispõe sobre a política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.¹⁰⁷

O Projeto “Começar de Novo” visa sensibilizar órgãos públicos e a sociedade em si para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos promovendo assim a cidadania e reduzindo a incidência de crimes.¹⁰⁸

Muitos outros projetos viabilizam uma mudança de paradigmas com relação ao tratamento do recluso. É exemplo do Projeto “Cidadania nos Presídios” que visa atualizar os processos daqueles que estão presos, bem como reconhecer os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana ao rever a fiscalização das penas, o funcionamento das varas de Execução penal e a superlotação dos presídios, o que coopera para a aproximação do Juiz e da sociedade ao Jurisdicionado.¹⁰⁹

Finalmente e com relação a Resolução 125 citada anteriormente, destacamos que uma das medidas mais importantes foi a determinação voltada a todos os tribunais do País para que criassem *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos* que significariam, no âmbito penal, os NJR – Núcleos de Prática Restaurativa¹¹⁰ que teriam por atribuição, por sua vez, estimular a mediação penal com a finalidade de resolver os conflitos originados através da prática de algum crime.

Hélio Pinheiro PINTO destaca que tal ato normativo é um importante instrumento para implementação da mediação no Brasil uma vez que claramente é capaz de disseminar a

¹⁰⁷ Confira-se em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf

Acesso em 15 de Maio de 2016.

¹⁰⁸ Como demonstra a apresentação do projeto no Site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 15 de maio de 2016.

¹⁰⁹ Nesse sentido <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 15 de Maio de 2016.

¹¹⁰ Nesse sentido também destacou a criação destes núcleos Hélio Pinheiro Pinto em artigo voltado a aplicação na mediação penal no Estado Brasileiro. (PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. Cit.* ps. 101-162).

cultura de paz¹¹¹ através do contato direto entre as partes com fins a extrair delas todos os anseios e motivos que culminaram na conduta delituosa.

1.3.6 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: EXCESSO DE PRISÃO E EXCESSO NA PRISÃO

Se as leis continuam a preferenciar a condição da prisão como algo a ser escolhido em prol da liberdade (algo antagônico face ao caráter de *ultima ratio* do direito penal) entendemos que o papel do Poder Judiciário ganha uma desenvoltura significativa nos problemas relacionados ao encarceramento e ao cárcere. Sé é competência de um Juiz – representando o Estado – presidir a persecução dos crimes atribuindo medidas voltadas aos delinquentes, também será dele a decisão de flexibilizar o uso do instrumento normativo para humanizar cada vez mais essa relação.

A partir dessa liberdade de escolhas, esta livre apreciação permitirá que o Magistrado aceite por subsumir ao caso concreto a melhor interpretação da lei a fim de que o tratamento do delinquente com relação a possibilidade ou não de encarceramento seja flexibilizado.¹¹²

Na prática não é o que ocorre no Brasil. Nos parece que as circunstâncias judiciais do art.59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima) são mensuradas sempre negativamente (sem o menor fundamento, muitas vezes) o que permite grave desrespeito aos direitos fundamentais na dosimetria e a conseqüente fixação de altas penas, retirando dos condenados a possibilidade de começar a cumprir a pena nos regimes que não exigem a reclusão.

Por isso mesmo encontramos o *Excesso* de sentenças penais condenatórias com penas fixadas em patamares elevados acompanhado, por sua vez do *excesso* de tratamento com os reclusos que têm, diariamente, benefícios negados na fase de execução onde igualmente não existem condições para o julgamento livre, desimpedido, imparcial e conseqüentemente voltado a humanização do ambiente carcerário.

Em meio a todo esse ambiente envolto ao *excesso* (de prisões e nas prisões) a jurisprudência relacionada a presunção de inocência (preceito constitucional) parece mudar. Mudar para pior. É que esclareceremos no tópico seguinte.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 151

¹¹² Por exemplo, a partir do uso das circunstâncias judiciais para fixação da pena à luz do artigo 59 do Código penal Brasileiro.

1.3.6.1 O NOVÍSSIMO JULGAMENTO DO HC126.292 E A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA¹¹³

Sabemos que um dos princípios norteadores de toda a política criminal existente no mundo é pautado na presunção de inocência do cidadão. Até que se consiga provar cabalmente o envolvimento ou a autoria de determinado indivíduo no crime, ele é considerado presumidamente inocente. Isso porque há mais valia em considerar alguém inocente quando não se consegue provar o que se alega na acusação do que considerar o mesmo culpado quando as provas se mostrem insuficientes. Considerar alguém culpado e o condenar com uma sentença penal traz ao sentenciado inúmeros dissabores na vida cotidiana: o estigma se avizinha, os direitos são limitados e na grande maioria das vezes a liberdade em si é limitada com uma pena privativa de liberdade. Por estes motivos a presunção de inocência é cláusula pétrea na CR de 88¹¹⁴. Em outras palavras só é (era) considerado culpado aquele que tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

O mais importante neste tópico é justamente o *Transito em julgado* da referida decisão, dele precisaremos para esmiuçar a recente decisão da Suprema corte brasileira e quais os impactos que a mesma tem para o andamento do processo penal brasileiro nas fases recursais e as consequentes privações de liberdade oriundas desse ato. Mais uma vez, a constrição, o cerceamento do direito fundamental da liberdade de locomoção é o foco.

No regular andamento do processo penal brasileiro, recorre-se da sentença penal condenatória em busca da mudança dos paradigmas que aquela sentença considerou suficientes para relacionar a conduta do indivíduo com a ocorrência do delito. Nesta decisão se mostrou com as provas carreadas aos autos juntamente com os entendimentos construídos pelos tribunais em casos semelhantes, que o réu deve suportar a uma pena pela sua conduta. Os advogados de defesa farão detida análise do documento decisório a fim de encontrar argumentos frágeis, controversos e não demonstrados na instrução para condenar os seus clientes. Ocorre o recurso da Sentença penal que será julgado pelo colegiado dos Tribunais dos Estados e dos Tribunais Federais. Daqui extrai-se o acórdão, nova decisão a respeito do processo penal contra o indivíduo, agora com os argumentos de ambas as partes (Réu e

¹¹³ Nota 31.

¹¹⁴ Artigo 5.º - LVII – “ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória.” Sem prejuízo do que consta no artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro, *ipsis litteris*: Artigo 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ”

advogado de defesa x Procurador do Estado/Ministério Público) em sede de recurso. Por último, ainda há outras espécies de recurso que os advogados manejam para que o processo, depois de julgado e exarado o acórdão, sejam manejados pelos tribunais superiores: O Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial) e a Suprema corte (STF) (Recurso Extraordinário).

Note, leitor, que o *transito em julgado*, como todos sabemos, ocorre quando não há mais possibilidade jurídica de recorrer de determinada decisão, hipótese em que os seus ditames devem ser efetivados, seus efeitos devem ser executados. Isso quer dizer que só pode ser considerado efetivamente culpado e objeto da execução penal o cidadão que já usou de todos os meios jurídicos representados pela sua defesa e todas as instâncias consideraram a sua culpa. A presunção de inocência reina (reina) no processo justamente para evitar que antes da resolução completa do litígio criminal se instaurasse algum tipo de resposta ao delito. Em outras palavras, antes de esgotados todos os meios para a defesa da acusação imposta, deva existir uma inocência presumida pelo simples fato de que as provas carreadas à acusação ainda não foram objeto de julgamento por todas as instâncias possíveis.

No entanto, a simplicidade com que era defendido esse preceito constitucional acabou por ser obstada em recente julgamento no Supremo Tribunal Federal. Em julgamento de Habeas Corpus o colegiado reviu entendimento a respeito da presunção de inocência e do momento em que se deve começar a execução da sanção penal e antecipou este ato antes mesmo da possibilidade de se recorrer aos tribunais superiores. Dito em outras palavras, o cidadão condenado em segunda instância deve imediatamente começar a cumprir a pena mesmo que os recursos endereçados aos tribunais superiores venham a existir. Dito ainda de outro jeito, o cidadão pode ser levado ao cárcere enquanto o recurso impetrado pela defesa fica pendente de julgamento nos Tribunais superiores. Isso pode nos causar ligeira estranheza se formos analisar os números relacionados ao manejo do REsp e do RE, no ordenamento jurídico brasileiro, onde é possível manejá-los. Ora, de acordo com o boletim informativo do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2012¹¹⁵, informa-se que foram providos 15,73% de todos os 371.618 julgados (sendo que nos anos anteriores este percentual se encontrava acima dos 20%) no STJ e na Suprema Corte, o STF.

Efetuando minuciosamente a análise dos dados levando em consideração cada recurso possível de manejo para os tribunais superiores (Recurso Especial para o STJ (REsp); Agravo de Instrumento (Ag); Agravo de Instrumento no Recurso Especial (AREsp); e o

¹¹⁵ Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 13 de abril de 2016.

Recurso Extraordinário para o STF (RE)) temos que 15,73% dos recursos foram providos, 53,67 negados, 14,04 não conhecidos e 16,56 se encontram na situação “outros” significando que efetuou-se a homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflito de competência, entre outras. Ora, isso significa que pouco menos de 16% das pessoas que ingressaram nos tribunais superiores buscando modificar a situação penal do seu cliente, obtiveram êxito. De acordo com a decisão em tela, poderíamos dizer que todas as situações julgadas em segundo grau são passíveis de execução imediata o que faz com que se mergulhe em profunda insegurança jurídica consubstanciada em afirmar que a presunção de inocência está relativizada na medida em que o cumprimento da pena passa a ser executado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sob diversos argumentos entre os quais a desnecessidade de julgar os processos em instâncias superiores uma vez que os mesmos não analisam o contexto probatório dos autos; respeito aos anseios populares relacionados à impunidade e prescrição no Brasil; inexistência do efeito suspensivo das decisões no âmbito dos recursos especiais e recursos extraordinários (oriundo do – completamente diverso – processo civil); e o baixo número de recursos admitidos (15% a 20%) em sede de tribunais superiores, fizeram com a que Suprema corte ferisse de morte o estabelecido pela constituição de 88 já que a presunção de inocência se faz basilar no seio do devido processo legal¹¹⁶ em processos de natureza criminal.

O efeito da polêmica decisão nas linhas do nosso trabalho é catastrófico. Se estamos estabelecendo uma ideia da instituição dos paradigmas restaurativos para a relativização da necessidade do aprisionamento e conseqüente resolução das superlotações carcerárias, alterar o procedimento criminal de maneira que a possibilidade de prisão seja alargada é trilhar em caminhos completamente diversos daquilo que se espera com a justiça restaurativa. Não é preciso fazer grande esforço intelectual ou ter grandes conhecimentos da processualística do crime para entender que a partir da decisão referida, todo aquele cidadão que, aguardando em liberdade o julgamento dos recursos nos Tribunais superiores deva ser imediatamente recolhido ao cárcere uma vez que já teve contra si a decisão condenatória monocrática da Vara criminal e o colegiado de Desembargadores confirmou a condenação em sede de recurso para a 2ª instância. Nestes termos, acreditamos muito veementemente que figurando em 4º lugar dos países que mais encarceram no planeta, em alguns anos o Brasil seguirá subindo colocações nessa infeliz e desumana lista de países encarceradores.

¹¹⁶ Artigo 5.º LIV da Constituição cidadã.

1.4 CRIMINALIDADE E CÁRCERE EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS: POR QUE SE PRENDE MENOS EM OUTROS PAÍSES?

Talvez o esclarecimento dos motivos que fazem com que o Brasil figure entre os quatro países que mais encarceram no mundo inteiro se encontre na comparação do comportamento pouco aprisionador de outros países, o que pode demonstrar com clareza e responder o porquê dos encarceramentos em massa ocorridos no País nos últimos quinze anos, período em que a população prisional alcançou patamares assustadores.

Como asseverado anteriormente, muitos são os motivos que destacam o Brasil dessa maneira. Motivos que estão sempre relacionados com a tipificação de condutas inofensivas, a cultura da sentença e o direito penal simbólico (e do inimigo). Resta-nos questionar então o que faz com que outros ordenamentos jurídicos tenham um comportamento mais flexível com relação a prisão para além da ausência dos requisitos que fazem o Brasil ter comportamento contrário.

Em nosso sentir e de maneira muito simples uma vez que não se pode desviar do que se pretende, acreditamos que a cultura da sentença e da prisão não se faz presente em outros ordenamentos jurídicos devido a ausência de vetores preponderantes como a (i) cultura do crime (consubstanciada no habitual ato de praticar crimes mesmo após reiteradas condenações e aprisionamentos – hábito que vai buscar seu fundamento nas condições precárias de determinada parcela da população que busca, através de meios ilegítimos, condições de subsistência – e fazem dos furtos, roubos, estelionatos e etc. verdadeiras carreiras no crime); (ii) a *cultura da sentença*¹¹⁷ do sistema clássico de justiça penal onde busca-se a imposição da pena “*emprestando pouca ou nenhuma relevância para o réu, para a vítima e para a necessidade de (auto) pacificação do conflito (inter) pessoal subjacente a qualquer crime*”¹¹⁸ frente aos anseios do direito penal simbólico; (iii) e a banalidade que se instalou no cometimento da criminalidade grave, capaz de ferir bens jurídicos em perspectivas catastróficas.

Pela ausência destes três elementos é que consentimos que a criminalidade se comporta de maneira diversa a depender do país estudado, sobretudo porque vetores como o desenvolvimento (educação, respeito mútuo, igualdade de recursos, etc.) de cada país se mostra diverso ensejando um tratamento igualmente diverso (respeitante sempre à lei) por parte do Poder Judiciário no julgamento de condutas típicas o que por obvio consectário,

¹¹⁷ PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. Cit.* p. 135

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 135

modifica e flexibiliza a necessidade da prisão e os números relacionados às populações carcerárias.

Veremos um pouco sobre alguns ordenamentos jurídicos e o que se lê das prisões de cada um deles, através da política criminal ali operante.

1.4.1 O CÁRCERE EM PORTUGAL

Antes mesmo da entrada em vigor da lei que estabelece parâmetros para a aplicação da mediação de adultos, os Códigos penal e de processo penal português já traziam vários dispositivos que terminariam por possibilitar a reparação do dano oriundo do comportamento ilícito por parte do infrator¹¹⁹. Na mesma medida em que possibilitava essa realidade, afastava o cárcere, finalidades estas consonantes com a realidade da Justiça Restaurativa que aqui queremos apresentar.

Estas realidades estão consubstanciadas no Arquivamento em caso de dispensa de pena (Artigo 280º do Código de Processo Penal Português); Suspensão provisória do Processo (art. 281º do mesmo diploma legal); na realidade dos processos Sumaríssimos (Arts. 392º e ss do CPP português) e a Suspensão da Execução da pena, esta sobre o mando Código Penal, mais precisamente o artigo 50º,1, dispositivos estes que serão elencados e explicados em momento oportuno, momento este voltado as formas de diversão no seio dos processos penais pertencentes aos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, mais especificamente.

Com relação ao cárcere propriamente dito, ao tratamento que é dispensado na execução de penas em Portugal, achamos importante delinear alguns pensamentos de Anabela Miranda RODRIGUES, na persecução de estabelecer novos pontos de partida para alguns problemas deste âmbito do direito penal,¹²⁰ problemas oriundos também da “*falta de atenção*” que é dispensada a esta fase do processo penal, pós sentença penal.¹²¹

¹¹⁹ É o que nos apresenta João Lázaro e Frederico Marques, em artigo voltado para a apreciação do paradigma restaurativo com vista a introdução da mediação penal de menores e de adultos em vários países da Europa, sobretudo em Portugal. (LÁZARO, João/ MARQUES, Frederico. “Justiça restaurativa e Mediação.” Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.65-83)

¹²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. 2ª ed. Coimbra editora: Coimbra,2002.

¹²¹ “*É preciso insistir nessa alteração deste estado de coisas, em que o direito penitenciário se obscurece face ao direito penal, abandonado por teóricos e sistematizadores, ocupados com a sempre inacabada polémica sobre os fins das penas e as construções dogmáticas relativas à teoria geral da infracção e a teoria das consequências jurídicas do crime.*” RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária.... *Ibidem*, p.11

O caráter subordinado a regeneração do delinquente, desde meados do século XIX já era ponto crucial de importância no direito penitenciário português o que levou estudiosos como Eduardo CORREA a ressaltar que Portugal era apontado com um dos países mais progressivos em matéria de direito penitenciário.¹²² Essa afirmação vai buscar sustentáculo principalmente no fato de que, apesar do declínio do conceito de socialização no direito penitenciário em vários países de igual ou semelhante cultura jurídica, Portugal se manteve fiel ao movimento de estabelecer firmemente a socialização como um dos objetivos colimados da sanção penal, travestida em pena de prisão.

Esses objetivos foram muito bem delimitados pela autora ao defender que a socialização do recluso estaria consubstanciada em um viés duplo: Evitar a dessocialização do preso (o que viria a concretizar conceitos como o de “*subcultura prisional*”) e por outro lado, promover essa não-dessocialização – não abstando-o dos direitos fundamentais concernentes ao cidadão (que, apesar de recluso ainda o é) e reduzindo ao mínimo a marginalização oriunda do encarceramento em si, efetivando um tratamento condizente a sua condição de recluso mas que não o afastasse totalmente da vida em sociedade ou pelo menos dos hábitos à essa vida atinente.¹²³ Isto, esclarece RODRIGUES, pode ser feito a partir do delinear de “três proporções de raízes normativas”: (1) o respeito pela liberdade de consciência do recluso; (2) a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso; e (3) e a obrigação constitucional de intervenção do Estado.^{124e125}

¹²² Citado por Anabela Miranda RODRIGUES. RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária.... *Ibidem*, p.14

¹²³ *Ibidem*, p.47 e s.

¹²⁴ *Ibidem*, p.53

¹²⁵ Esses objetivos que proporcionam a socialização do recluso é o que talvez (além das outras coisas específicas) justifique o cenário de abandono com que se encontram os reclusos nas casas penais brasileiras. Note-se que a Constituição Federal de 88, em diversos artigos tratou por normatizar os direitos relativos aos reclusos, sem prejuízo dos já instituídos com a LEP (Lei 7.210/84 – Lei de execução penal). É o exemplo do artigo 5.º, incisos XLIX e L que tratam da integridade física e moral dos reclusos, bem como do direito de as presidiárias permanecerem com seus filhos no período da amamentação. A Lei Maior brasileira ainda trata de outras questões no mesmo dispositivo, o artigo 5.º o qual arrola uma série de direitos fundamentais (Incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, entre outros.) certamente diuturnamente despercebidos pela estrutura competente para lidar com a população *intra murus* brasileira. É de bom alvitre ressaltar que estes dispositivos são voltados especificamente para a população carcerária sendo que todos os outros dispositivos constitucionais, sejam na via constitucional brasileira ou portuguesa, referente aos direitos fundamentais dos cidadãos, também se aplicam a esta faixa da população, pois como mencionamos até mais de uma vez na presente dissertação, os reclusos ainda são e sempre serão cidadãos. A relativização dos direitos é claro vai sofrer alguma modificação até pelo caráter da pena, que visa restringir o direito fundamental da liberdade, mas não são todos os direitos, sobretudo os de caráter fundamental, que devem ser relativizados. Isso está muito bem delineado na Constituição da República Portuguesa, mais especificamente em seu artigo 30, n.º5 que preleciona: “*Os condenados a que sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas de liberdade, mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.*”

Essa intenção de socialização funcionará na medida em que forem respeitados os elementos apresentados e se o recluso, especialmente consentir com os programas a ele apresentados e voltados para a sua reinserção na sociedade. Ora, este caráter consensualista no ambiente prisional foi também objeto de análise por parte de Anabela RODRIGUES que sempre logrou por demonstrar este caráter humano em que o recluso tem voz e precisa responder ativamente em um procedimento que lhe faz (fazia) de objeto sob as rédeas controladas pelo Estado.¹²⁶ Isso possibilitaria “*realizar um equilíbrio entre o dever de ajudar os reclusos a evitar a passagem ao acto criminoso e o dever de os proteger contra os abusos de poder fundados no arbítrio e na repressão.*”¹²⁷

Sobretudo por essa consciência relacionada a atribuir voz ao recluso e também por considerar que a socialização é fator fundamental para neutralizar os resultados oriundos do delito, é que o cárcere em Portugal, pode ser, de longe, um exemplo a ser oferecido ao comportamento do mesmo assunto no Brasil, onde a população carcerária é assustadoramente maior. Apesar de termos analisado em outro momento a comparação das referidas estatísticas prisionais em determinada época (ano de 2014) importa mostrar com mais atenção a atualidade dos números relacionados a estatística prisionais lusitanas nos dias de hoje.

Segundo o relatório da Direção Geral dos serviços prisionais, órgão vinculado ao Ministério da Justiça em Portugal¹²⁸ a população prisional portuguesa consistia em (colheita efetuada no dia primeiro de maio de 2016) 14305 reclusos. 94% de homens, o que significa uma população de 13307 homens presos e 6% de mulheres, um total de 848 detentas e ainda 152 pessoas em internação consistente a medidas de segurança pelo seu caráter de inimputabilidade.

No que diz respeito a natureza da prisão, os números a serem comparados aos brasileiros também são imensamente menores. Segundo a colheita dos serviços prisionais portugueses, 84,3% dos reclusos já tivera contra si sentença penal condenatória transitada em julgado e consequentemente estão cumprindo pena privativa de liberdade. 15,7% por sua vez, é a estatística relacionada a população em prisão preventiva. Resta destacar ainda que de toda a população em espeque, temos 17,10% de reclusos que não são portugueses.¹²⁹

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária.... *Op. Cit.* p.153

¹²⁷ *Ibidem*, p.153

¹²⁸ Fonte: Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Disponível em <http://www.dgsp.mj.pt/>. Acesso em 10 de maio de 2016.

¹²⁹ *Ibidem*.

1.4.2 O CÁRCERE E A POLÍTICA CRIMINAL NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

Os paradigmas relacionados a introdução de pensamentos *garantistas* voltados também para a adoção de um direito penal mínimo, ganharam corpo na Europa a partir da segunda guerra mundial com a introdução de novas Constituições (a italiana e alemã, por exemplo) e a rigidez com que protegeriam os sistemas jurídico-criminais aos quais se destinavam¹³⁰ sob a égide de princípios garantistas: lesividade e materialidade dos delitos; culpabilidade; *garantías del juicio*; valor probatório e direitos de defesa.¹³¹

Estes princípios vieram a embasar o comportamento garantista principalmente na Itália (com mais força em Ferrajoli) na medida em que disciplinaram que não poderia haver delito sem lei, lei sem necessidade (diante de uma ofensa clara a ofender bens jurídicos) a partir da ofensa perpetrada com culpa o que conseqüentemente desaguaria no ajuizamento da acusação a partir de determinadas provas, todas sobre o crivo da defesa e do contraditório.¹³²

Com maior rigor de críticas voltadas ao sistema penal compreendido como meio de instituição de penas de prisão, o movimento abolicionista (*que declaran como objetivo estratégico la abolición del sistema carcelario*)¹³³ ganhou força entre os países Baixos e Escandinavos nos anos sessenta e setenta do século XX, onde efetivamente e pela primeira vez começou-se a se pensar em soluções alternativas concretas ao pensamento penal tradicional¹³⁴ como na Suécia, Dinamarca, Noruega e Holanda, onde especificamente pode-se relatar as primeiras experiências em mediação entre arguido e vítima já que o delito deveria ser visto como um problema social.¹³⁵

O que temos em comum entre o pensamento garantista e o abolicionista acima mencionados é exatamente a tentativa de diminuir a incidência penal¹³⁶ e conseqüentemente modificar a necessidade do recurso da prisão nos mais variados ordenamentos jurídicos

¹³⁰ BEIRAS, Iñaki Rivera. Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas/Iñaki Rivera Beiras (Coord.). – Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial;Barcelona: Observatório del Sistema Penal y los derechos humanos de la UB,2005.

¹³¹ *Ibidem.* p.196

¹³² *Ibidem.* p.198

¹³³ *Ibidem.* p. 205

¹³⁴ Mencionou Roberto Bergalli (BERGALLI, Roberto (1983). “IX. El pensamiento crítico y la criminología”, en El Pensamiento criminológico, Vol.I, Bogotá:Temis. (181-208)) *Apud* BEIRAS, Iñaki Rivera. Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas... *Ibidem.* p.208

¹³⁵ BEIRAS, Iñaki Rivera. Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas... *Ibidem.* p.210

¹³⁶ BEIRAS, Iñaki Rivera. Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas... *Ibidem.* p.208 Ao citar Hulsman.

européus, o que possibilita o controle (e a manutenção de baixos números relacionados a população carcerária) do contingente populacional recluso nos países da União Europeia.

A mudança de paradigmas para se chegar a este estado das coisas tanto na Europa quanto nos demais países da América Latina, norte americanos e os demais perpassa por morosa evolução no que diz respeito a pena privativa de liberdade enquanto punição pela prática de uma conduta definida como crime. É nesse sentido que elucidaremos tal evolução no tópico seguinte.

1.4.3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM TORNO DO GLOBO: ALGUMAS ESPECIFICIDADES HISTÓRICAS NO DIREITO COMPARADO.

Meramente ilustrativo e com um tom básico das entrelinhas que desenvolverão este tópico, resolveremos tecer algumas considerações sobre a evolução histórica da pena privativa de liberdade e isso nos é possível com a ajuda de bibliografia especializada, a saber a obra de Pedro Correia GONÇALVES¹³⁷ que trata a respeito do assunto. Para tanto, o autor dividiu a pena privativa de liberdade a depender do período em que era aplicada, remontando a idade antiga, a idade média, passando pela idade moderna até tecer algumas considerações relacionadas as críticas direcionadas a prisão nos dias de hoje, algo amplamente relacionado com o cerne do nosso trabalho.

Foi na idade antiga que a pena enquanto *castigo* era usualmente desempenhada. A própria pena de morte não era suficiente para responder a conduta delituosa pois a execução da referida pena era feita sob a fundamentação grotesca de causar dor física insuportável ao apenado.¹³⁸ A *Lex Talionis* que foi o primeiro corpo legislativo a tratar a pena não como algo voltado a fazer sofrer ou causar dores insuportáveis aos apenados, mas sim como algo feito para retribuir a conduta delituosa antes perpetrada. O exercício do *Jus Puniendi* tal qual hoje conhecemos tem aí a sua essência, na medida em que o cárcere era operado somente para garantir a presença do acusado no julgamento e no “cortejo” realizado até o local do sacrifício¹³⁹ que era acompanhado por multidões fazendo o que podemos chamar de um embrião da prevenção geral atualmente designada.

Esse contexto era bem praticado por diversas civilizações. Na china, encontrávamos claramente a presença da crueldade na imposição de penas na medida em que as mesmas

¹³⁷ GONÇALVES, Pedro Correia. A pena privativa de liberdade. Evolução histórica e doutrinal. Editora Quid Juris?: Lisboa, 2009.

¹³⁸ *Ibidem*, p.17

¹³⁹ Assim elucidou Foucault, citado por GONÇALVES, Pedro Correia. A pena privativa de liberdade... *ibidem*, p.19

eram divididas em diversos atos voltados ao apenado. As *Cinco grandes penas* (marca a ferro quente, amputação de partes do corpo – como o nariz e os pés -, a castração dos homens, o encarceramento para as mulheres e a pena de morte) representam ainda o caráter cruel pertencente a este tipo de resposta ao delito na idade antiga. O cárcere aqui não desempenhava em si a forma com que se cumpria uma pena, mas somente funcionava como algo que garantiria a presença do arguido em sua futura execução.¹⁴⁰

Na sociedade antiga Egípcia, apesar de reconhecidamente existir um mínimo conjunto de normas que atribuíam benesses aos bons e penas aos criminosos, pode-se também destacar a selvageria com que estes povos aplicavam as suas penas, sobretudo no império novo (correspondente aos anos de 1550-1070 a.C.) onde ocorriam espancamentos, mutilações e empalhamentos¹⁴¹ e a própria pena de morte, prevista para diversos crimes naquela época tipificados. O encarceramento aqui também consistia em apenas segregar o arguido até que o julgamento pudesse ser feito ou que a pena viesse a ser executada, não havendo relação alguma o ato de encarcerar com o cumprimento da pena imposta.

Foi na Babilónia que um dos primeiros registros de uma legislação com um procedimento jurídico bem delineado tratavam das questões relacionadas ao cárcere, naquele que é considerado o primeiro código da História – o *Código de Hammurabi*¹⁴² que não deixava de prescrever também penas cruéis como o desmembramento e a pena de morte em alguns casos.

Na Grécia antiga, alguns séculos mais tarde a considerar as penas inescrupulosas advindas das civilizações acima citadas, podemos já enxergar o cárcere como espaço destinado a constringir a liberdade de quem se envolveu no ambiente delituoso. Os tipos de estabelecimentos prisionais inclusive já tinham sido objeto de – apesar de escassa – classificação por Platão, quando mencionou que o indivíduo deveria ser encarcerado em determinado tipo de lugar a depender da gravidade do delito por ele praticado¹⁴³ e se a prisão era a finalidade de obrigar ao pagamento de determinada dívida.

O encarceramento em Roma, na idade antiga também tinha finalidade preventiva ou disciplinar e não relacionado a imposição de uma pena,¹⁴⁴ podendo subdividir-se em cárceres públicos ou cárceres privados que eram destinados ao encarceramento de escravos por parte dos seus senhores ou de devedores até que suas dívidas fossem quitadas. Com relação aos

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.23

¹⁴¹ *Ibidem*, p.28

¹⁴² *Ibidem*, p.35

¹⁴³ *Ibidem*, p.44

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.56

cárceres públicos – que mais se assemelham como hoje o conhecemos – as detenções se operavam a depender da gravidade do crime onde eram usados instrumentos que dificultavam os movimentos corporais dos reclusos, como correntes de ferro, grilhões, etc.

Mesmo com as imposições de privações da liberdade, o Direito Romano também se destacou historicamente pela imposição de algumas penas cruéis por parte de alguns de seus imperadores. Remonta-se à 215 e ao imperador *Caracala*, a imposição de penas capitais que poderiam ser executadas através da crucificação, pelo fogo, pelo lançamento às feras ou por afogamento.¹⁴⁵ A simples detenção era considerada à época como uma pena não capital, juntamente com a prisão com trabalhos forçados e as penas corporais consubstanciadas em mutilações de membros do corpo e o açoite.

Foi ainda na idade média que puderam ser percebidos grandes avanços no que diz respeito a evolução do encarceramento como pena e as condições de aprisionamento dos indivíduos envolvidos em delitos. A consolidação da Igreja Católica no cenário deste momento possibilitou que alguns atos atentatórios aos homens atentavam também as leis divinas, fator que possibilitou um tratamento mais brando com o recluso por parte da comunidade cristã, através de vários atos específicos como a *Indulgentia Pascalis*, O direito de Asilo e – propriamente relacionado ao nosso tema – o Direito de Mediação.¹⁴⁶ O caráter mais expiatório da pena se destacou nos cárceres canônicos pois a pena era relacionada ao arrependimento pelo ato transgredido. O caráter de Prisão como Pena foi verificado com maior veemência na idade média quando o *Pecado* (prática do crime) deveria se originar a *penitência* que se operava na separação absoluta do *pecador* da sociedade, o que lhe possibilitava ter um contato mais incisivo com a vida religiosa.

Os cárceres relacionados a imposição de uma pena por parte do Estado (“Sistema penitenciário” Laico) também significaram extrema limitação de condições respeitantes a dignidade da pessoa humana nesta época – mesmo que este termo vinha a ser cunhado em tempos posteriores -. A ausência do respeito pela saúde dos presos, aglomerações de presos e inexistência de um sistema penitenciário propriamente dito permitiam que os presos dividissem o mesmo local de encarceramento com doentes, inimputáveis, idosos e crianças.¹⁴⁷

Foi no Século XVIII que as concepções humanitárias de tratamento com os encarcerados passaram a fazer parte dos pensamentos de alguns estudiosos da época, fazendo com que os

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.63-64

¹⁴⁶ *Ibidem*, p 72-73

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 81

nossos pleitos de humanizar os cárceres não representem pensamentos novos na senda de entregar condições dignas à população carcerária através de uma reformulação do Direito Penitenciário no Brasil e em algumas outras comunidades do mundo.

Pedro Correia GONÇALVES atribuiu este feito – o de conjecturar novos horizontes à comunidade presa – as convicções de três grandes pensadores da época, a saber: John Howard, na senda de um comportamento altruísta voltado à comunidade carcerária onde formulou ideias respeitantes a educação religiosa, condições alimentícias e de higiene, trabalho para os presos, entre outras; Cesare Beccaria, que figurou como importante jurista na tentativa de oferecer modificações no plano do direito penitenciário com vista a melhorar estes ambientes; e Jeremy Bentham seguidor dos princípios humanitários outrora pensados por Howard,¹⁴⁸ que institui a estrutura do *Panopticon*, casa penal em forma de edifício circular que facilitava a vigilância dos internos e que foi fundamental para influenciar o regime *filadelfiano* ou *pensilvaniano* de prisão¹⁴⁹.

A discussão traçada com o intuito de resolver os problemas oriundos do cárcere – sejam eles de caráter extremamente moribundo onde não se respeita o mais mezinho dos direitos dos homens, sejam eles os que exageram na aplicação da disciplina e torna o homem são em louco – foi que originou, em 1864, o que conhecemos como “*regime penitenciário progressivo*” consistente em um sistema que permita a progressão do recluso para regimes e condições mais brandas até alcançar o direito da liberdade condicional, tudo isso de acordo com os seus comportamentos carcerários,¹⁵⁰ tal qual é o utilizado hodiernamente no sistema Brasileiro.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 95-106

¹⁴⁹ Estes regimes representam nada mais do que o inverso de um ambiente penitenciário entregue a promiscuidade, desorganização, proliferação de doenças e etc.. Alguns doutrinadores inclusive não se omitiram em apresentar críticas relacionadas ao sistema *filadelfiano* pois acreditavam que o excesso de disciplina que ali se fazia existir acabava por deixar o ser humano louco na medida em que o mesmo vivia em intenso isolamento de tudo e de todos. Estas críticas vieram a embasar o sistema prisional Auburniano onde o referido isolamento se operava somente a noite, podendo o recluso ter uma vida em comum com os demais durante o dia, mas em profundo silêncio, no seio de um regime disciplinar também muito rigoroso, mas que possibilitava o acompanhamento espiritual e religioso dos internos bem como a formação escolar e profissional mínimas. Nesse sentido cf. GRECO, Rogerio. Direito penal do Equilíbrio. Niterói: Impetus, 2005 *Apud* SILVA, José Adamir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal... *Op. Cit.* p. 38-39

¹⁵⁰ GONÇALVES, Pedro Correia. A pena privativa de liberdade... *Op. Cit.*, p.118

1.5 CONCLUSÕES

A análise estatística da população carcerária dos países pertencentes aos 20 que mais encarceram pode nos trazer respostas significativas com relação aos porquês da atual situação prisional de grande parte dos que cometeram algum delito. Essas respostas ficam mais claras, no entanto, se analisarmos juntamente com a referida estatística as legislações penais que servem de parâmetros para que estes aprisionamentos se tornem cada vez mais comuns, e mais, se tornem com mais frequência desrespeitadores de princípios duramente estabelecidos pelas Cartas Magnas, as leis maiores.

No caso do Brasil, muitos teorizam (e criticam) o inchaço e a pluralidade cada vez mais evidente de condutas aptas (ou não) ao ferir bem jurídicos. Por isso mesmo que Hassemer tratou de diferenciar as condutas e estatuir aquilo que satisfazia a punição administrativa e aquilo que deveria ser objeto da *ultima ratio*. A teoria, nesse sentido - e infelizmente - não foi brindada com a prática, e no Brasil continua a se criar todos os dias novos tipos, novas leis penais, novos comportamentos dentro do velho frenesi do processo-prisão-pena.

Apesar de alguns (poucos) remarem na contramão, buscando humanizar o cárcere (no esteio da criação da audiência de custódia, da criação da lei das medidas cautelares aptas a substituírem a prisão preventiva e do humanismo com que foi escrita a Lei de execução penal) outros julgam ao sabor da literalidade e vão mais além, relativizam a presunção de inocência, rasgando a CF de 1988 e tudo aquilo que foi preciso (de luta) para a imposição da inocência como um dos pilares das garantias oferecidas pela mesma Constituição.

Outros ordenamentos jurídicos estão no sentido contrário e podem exibir seus cárceres, destacando a verdadeira finalidade do encarceramento. No Brasil, precisamos de novos paradigmas e do consenso no conflito penal para evitar o cárcere. A Justiça Restaurativa certamente é o modelo mais apto a resolver muitos dos nossos problemas.

CAPÍTULO II - JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA NOVA LEITURA DO CRIME, SEUS ATORES E A HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO.

2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Pode parecer que a Justiça Restaurativa represente uma grande reformulação extremamente nova no contexto jurídico-criminal em torno de todo o mundo. Isso porque não é raro indagar aos colegas, protagonistas do direito de maneira geral, sobre a sua existência e encontrar pessoas que nem ao menos ouviram falar do que consiste esse novo paradigma que defendemos ser a resolução de alguns problemas relacionados ao sistema penal brasileiro e de outros que encontram no encarceramento, uma resposta múltipla já que múltiplos são os problemas. A Justiça Restaurativa, no entanto, (e com certa relativização pois se formos analisar alguns conceitos de direito penal, dizer que emergiram a pouco mais de 50 anos, é dizer que são novos no meio de tudo o que existe e já fora criado e teorizado acerca da matéria) não é uma novidade que ouvimos falar em uma conversa no corredor do fórum, com outros colegas advogados. Basta parar e efetuar uma pequena pesquisa no sentido de identificar as suas origens e as suas manifestações mais expressivas, como no final da década de 60 em que ocorreram propostas e projetos de justiça restaurativa na Inglaterra e nos Países Baixos ou a partir da década de 80 em que os projetos passaram a ser encorajados com maior veemência, sobretudo por órgão supranacionais (como o Conselho da Europa) através principalmente de suas Recomendações R(85)11 e R(87)21 que voltavam atenção mais do que especial para a figura das vítimas na circunstância da apuração delitiva e da Recomendação R(99)19 que tratou mais detidamente sobre a mediação penal.¹⁵¹

Advindos dessas Recomendações, vários projetos começaram a ganhar corpo no cenário europeu e em todo mundo em medidas de maior atenção com a vítima e com os procedimentos de mediação penal propriamente ditos. A criação do “*European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*”, do projeto de investigação “*Victim-Offender Mediation: Organization and Practice in the Juvenile Justice Systems*” na Itália e do “*Protection and Promotion of Victims’ Rights under the Framework Decision regarding the standing of Victims within the Criminal Proceedings* (este coordenado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima) são alguns exemplos de que as Recomendações exaradas pelo Conselho Europeu surtiram efeitos positivos.

¹⁵¹ AERTSEN, Ivo. PETERS, Tony. “As Políticas europeias em matéria de Justiça Restaurativa. Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps. 37-46

Sobretudo pelo sucesso destas Recomendações e pelo fato dos paradigmas restaurativos começarem efetivamente a fazer parte do sistema de justiça criminal em muitas políticas criminais em torno do mundo é que muitas instituições de caráter público (ou até mesmo privado) resolveram por se manifestar com a intenção de fomentar o objetivo e a finalidade destes paradigmas. Em meados dos anos 2000 a ONU exarou um conjunto de princípios básicos para a aplicação destes programas de justiça restaurativa em matéria penal o qual delineou com especificidades a maneira como o uso e o funcionamento deste novo modelo deveria seguir além de versar sobre os facilitadores e pessoas envolvidas neste respectivo funcionamento. A União Europeia, por sua vez, através da Directiva 2004/80/UE delineou o tratamento conferido às hipóteses de indemnização das vítimas da criminalidade e como se dá o procedimento que busca tal finalidade. Ainda com enfoque na vítima e de que maneira a mesma pode ter seu direito resguardado dentro do novo paradigma, a União Europeia anteriormente houvera adotado a Decisão-quadro de 15 de março de 2001 concernente ao que à época fora nomeado como o “Estatuto da vítima no processo penal” onde proclamava um conjunto de direitos obrigatórios às vítimas, como o Direito à protecção (art. 8º) e a indemnização no processo penal (art. 9º). Mais recentemente, através da Directiva n. º2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/10/2012, pode se ler o que consiste a Justiça Restaurativa: *“processo que permite que a vítima e o autor do crime participem ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução das resoluções de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais.”*¹⁵²

As manifestações na Europa também se destacaram com a busca deste cenário por parte dos estados membros. A Bélgica, com a declaração de *Lovaina* sobre a importância de aceder ao método restaurativo, bem como com o projeto de Mediação para a reparação (trataremos um pouco a frente) e o Reino Unido com a Declaração de Princípios de Justiça Restaurativa, são alguns exemplos.

Mas e o Brasil? Como estão estruturados os projetos-piloto de Justiça Restaurativa e Mediação penal em terras canarinhas?

Noticia-se, segundo Conrado Ferraz, Defensor Público atuante da cidade do Rio de Janeiro, Brasil, que as práticas restaurativas tiveram início do ano de 2002 quando a 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e juventude da Comarca de Porto Alegre aplicou os

¹⁵² É a redação do art.2º, n. º1, al. d) da referida Directiva.

paradigmas da JR em um conflito envolvendo dois adolescentes.¹⁵³ A notoriedade a nível nacional, segundo complementa o autor, ocorreu com o acordo de cooperação entre a Secretaria de Reforma do Judiciário com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD que visava a implementação da JR no Brasil, acolhendo os projetos-piloto já existentes nas cidades de Porto Alegre, Brasília e São Caetano do Sul.¹⁵⁴

Com o crescimento das discussões relacionadas ao tema no Estado brasileiro fora encaminhado à Câmara dos Deputados o projeto de lei (PL n.7006, de 10/05/2006) que disciplina o uso de procedimentos da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, acrescentando dispositivos aos códigos de penal e processo penal, bem como a lei dos juizados especiais que possibilitariam o ingresso destes paradigmas.¹⁵⁵

Nesse diapasão, vislumbrou-se a criação de muitos projetos com a finalidade de efetuar as práticas restaurativas em várias cidades brasileiras, como o projeto *Justiça para o Século 21*, com a finalidade de aplicar a metodologia restaurativa para a resolução de conflitos nas escolas e na comunidade, bem como no ambiente pertencente a criminalidade juvenil, no berço de delitos como o furto, lesão corporal, roubo, ameaça e homicídio.¹⁵⁶ O sucesso do projeto em tela contribuiu para uma nova mentalidade no Estado do Rio Grande do Sul, onde inauguraram-se projetos como o *Projeto Especial de Justiça Restaurativa* sediado na Comarca de Caxias do Sul, inserindo ideias restaurativas no primeiro grau de jurisdições em projetos que discutam problemas da infância e juventude, Violência doméstica e familiar contra a mulher, da execução penal e do direito de família.¹⁵⁷

Em outros Estados brasileiros, alguns projetos foram sendo instituídos. Além da atenção voltada a criminalidade juvenil, claramente preponderante nos projetos descritos acima, começou-se por dar atenção aos conflitos criminais de adultos no seio de diversos projetos. Resolvendo dar atenção de maneira mais flexível aos problemas criminais, sejam eles da criminalidade juvenil ou adulta, temos no Brasil a concretização do “*Justiça e Educação: parceria para a cidadania e Restaurando justiça na família e na vizinhança*” na cidade de São Caetano do Sul. O *Programa de Justiça Restaurativa* por intermédio da Portaria

¹⁵³ FERRAZ, Conrado. A justiça Restaurativa e o Sistema Jurídico-Penal Brasileiro. Breve análise sobre os antecedentes normativos, as experiências práticas e os procedimentos adotados no Brasil. In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra,2016).

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 42

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 42-43

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 48

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 50

Conjunta n.52 de 9/10/2006 na cidade de Brasília no Distrito Federal, bem como a manifestação da JR em Minas Gerais através da Portaria Conjunta n. 221 de 18/07/2011.¹⁵⁸

2.2 ALGUMAS DEFINIÇÕES

Vários são os pontos de vistas delineados por aqueles que pretendem definir o fenômeno restaurativo. É unanimidade, por outro lado, entender que a justiça restaurativa representa a possibilidade de associar com maior facilidade os envolvidos no crime, fazendo com que a necessidade da pena – tal qual conhecemos como privativa de liberdade ou restritiva de direitos – seja substituída por uma pena que mais tenha relação com a reparação do dano causado com a atuação delituosa, seja efetivamente para a vítima, seja para a comunidade e até para si.

Neste sentido, é o que estabelece Vanessa de Biassio MAZUTTI, transportando o centro de gravidade da punição para a reparação, ao entender que “*há que consignar que a justiça restaurativa também se apresenta como oportunidade de célere reparação do prejuízo, afastando-se da preocupação central do direito penal – que é a punição do infrator – e focalizando a atenção para o binômio autor do fato e vítima.*”¹⁵⁹ No mesmo sentido, preleciona Marcelo PELLIZZOLI ao enaltecer que o paradigma reparador “*visa o concerto ético e a restauração inter-humana antes que a punição e retribuição penal; além do mais seu entendimento é sempre sistêmico*”¹⁶⁰

Ademais, existem conceitos mais vastos que delineiam por sua vez as espécies ou práticas restaurativas que podem suceder a partir do conflito entre os seres humanos. Foi dessa maneira mais ampla que a ONU adotou a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico (ECOSOC), que traz os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça restaurativa em Matéria Criminal. Assim conceituou o tema principal do nosso estudo:

“Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, participam geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*)”¹⁶¹

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 60

¹⁵⁹ MAZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e direitos humanos: O processo penal sob a perspectiva da vítima. Editora Juruá: Curitiba, 2012.

¹⁶⁰ PELLIZZOLI, Marcelo (Org.). Cultura de paz: educação do novo tempo. Recife: Universitária de UFPE, 2008

¹⁶¹ Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolucao%202002-12.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2016

Ainda na esteira dos conceitos ou pontos de vistas da Justiça restaurativa, destaca-se a visão de Ivo AERTSEN e Tony PETERS que delimitam este novo modelo a partir da efetiva prática dos agentes operadores do paradigma restaurativo entendendo que as pessoas que aceitem debruçar-se e entregar os seus problemas a este meio de resolução de conflitos, devem concordar em “*assumir a responsabilidade, encontrar soluções, suportar e respeitar acordos e restaurar a paz*” já que para os autores estas são algumas das características principais da mediação e da JR.¹⁶²

Como não pode deixar de ser – inclusive nós mesmos fazemos alusão ao pensamento de colocar em posição de enfrentamento a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva (entendida como a Justiça consubstanciada no processo penal que visa punir, encarcerar e atrelar estigmas aos agentes) – existem autores que usam de artifícios comparativos com o paradigma usual de repressão e punição ao crime. Com isso estabelecem o objeto centro do conceito como sendo o próprio direito criminal, é o Caso de Caetano DUARTE quando entende que “*O direito Criminal deixa de estar centrado no criminoso e na sua punição para passar a encarar como primordial a posição da vítima e a reparação do mal que lhe foi infligido. Por outro lado, o crime deixa de ser, essencialmente, uma ofensa à sociedade a que o Estado tem de dar uma resposta para ser algo que se passa entre dois indivíduos (autor x vítima) e que tem de ser regulado por ambos.*”¹⁶³

Ainda na senda conceitual de relacionar as partes envolvidas no crime, afirmando que são elas que devem medir esforços para atribuir uma conclusão válida para o problema ainda sobressaem conceitos de Tony MARSHALL (Citado por Cláudia SANTOS) para quem a mediação (como voz da Justiça Restaurativa) é “*processo através do qual os sujeitos envolvidos numa particular infração se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e as suas implicações futuras.*”¹⁶⁴ No mesmo sentido ainda cumpre destacar o conceito de Howard ZEHR¹⁶⁵, para quem a mediação “*é um processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender coletivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o propósito de sanar e remediar os danos da melhor maneira possível.*”

¹⁶² AERTSEN, Ivo. PETERS, Tony. “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica. Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps. 25-36

¹⁶³ DUARTE, Caetano. Justiça Restaurativa... *Op. Cit.*, p49

¹⁶⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta Restaurativa em face da realidade criminal brasileira... *Op. Cit.* p. 215

¹⁶⁵ *Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta Restaurativa em face da realidade criminal brasileira... *Op. Cit.* p. 215

A simplicidade com que apanhamos os conceitos de justiça restaurativa e de mediação alhures citados, daquilo que vem a ser justiça restaurativa é de fato afastada quando se tenta fazer uma análise mais minuciosa do que pode ser e onde está inserida a JR no campo das ciências. É assim que Cláudia Cruz SANTOS entende por analisar a JR, aquela que foi objeto da Tese de Doutorado, submetida à apreciação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em maio de 2012. Primeiramente é contundente a afirmação da autora no sentido de estabelecer a dificuldade de catalogação pelo fato de que a justiça restaurativa “*é várias coisas*” sobretudo porque as suas facetas são multiplicadas em torno do globo a partir do ponto de vista que cada comunidade a pratica.¹⁶⁶ Continua ao afirmar que a teoria da JR pode ser vista como uma teoria “tendencialmente anárquica” sobretudo porque - a depender do ponto de vista e daquilo que quer seus variados objetivos - suas principais funções podem ir beber no cálice Jurídico, no cálice filosófico, sociológico ou psicológico na gama dos *drinks* das diversas ciências e também pela dificuldade de delimitação do objeto das demais ciências criminais (o crime).

Em contrapartida dessas dificuldades de definição por sua natureza interdisciplinar, aparentemente capaz de ser fundamentada segundo pontos de vistas advindos das diversas ciências, SANTOS atribui um conceito ou delimitação voltada as finalidades e pretensões deste paradigma que por sua vez sustentam a afirmação de que “*a justiça restaurativa deve ser vista como um modo de responder o crime que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução.*”¹⁶⁷

Para estabelecer a designação a qual usamos para nos referir ao paradigma restaurativo, o Nome em si da figura que no Brasil chamamos Justiça Restaurativa é bastante variável quando estudamos o assunto em outras partes do globo. Assim a nomenclatura em vários países, é diversa – “*justice restaurative*” em França e nos países francófonos ou “*Justice réparatrice*” ou mesmo “*justice restauratrice*”. Na Alemanha “*restaurativen*

¹⁶⁶ *Idem*, SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal... *Op. Cit.* p.299

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 304-305

reschtprecghungsprogramm”. Nos Estados Unidos e na América do Norte – “*justice restorative*”¹⁶⁸. Em Portugal, há quem adote a expressão “*justiça reparadora*”

A esta altura, vem a calhar no pensamento ansioso do leitor de que maneira esses conceitos são aplicados na vida prática do sempre curioso entorno do ambiente do crime. Os conceitos, aqui são de particular relevância pois estão o tempo todo se referindo à prática propriamente dita, o que quer dizer que só se materializam quando as finalidades ocorrem de maneira clara. Essas finalidades podem ser claramente reconhecidas nas próprias práticas que são as diversas maneiras como se materializa de fato o fenômeno restaurativo, ou seja, a vida real mostrando o acordo, a conciliação, a reparação que quer este novo modelo. Vejamos detidamente algumas das práticas e como as mesmas funcionam, bem como algumas legislações que tratam de disciplinar a operação da mediação penal e de outras práticas.

2.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Este tópico tem por responsabilidade delinear os diversos pontos de vista ou as diversas maneiras que constituem o que delineamos como “justiça restaurativa” consubstanciada principalmente na ideia de resolução do conflito interpessoal originado pelo crime. É claro que, como afirmamos, embasados pelos pensamentos de Cláudia SANTOS, a possibilidade da multiplicação de conceitos ou pontos de vista, acaba por viabilizar também a multiplicidade de práticas cada uma alicerçada de acordo com conceitos da política criminal de cada sociedade enquanto Estado que visa fortalecer as barreiras contra o fenômeno do crime. O crime então, abandonando a esfera de “Objeto” das práticas restaurativas, passa a ser o motivo pelo qual se tenta resolver um conflito interpessoal que dali se originou. Isso de fato se fará de maneira diversa sobretudo porque (basta fazermos uma rápida reflexão) tanto a forma de responder ao delito (Política Criminal) quanto a cultura de resolução de conflitos (*e.g.* as diversas formas de operar a Mediação) é diversa quando analisamos várias sociedades em torno do globo.

¹⁶⁸ ESTEVEZ, Raul. “A novíssima justiça restaurativa e a Mediação Penal.” Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.53-63

2.3.1 JOSÉ DE FARIA COSTA – DIVERSÃO (DESJUDICIARIZAÇÃO) E MEDIAÇÃO¹⁶⁹

“Como se expressam as necessidades e expectativas de agressores e vítimas? Como constroem a realidade do que aconteceu e como definem essa realidade no decurso do processo de mediação? Qual o significado dado a certas formas de reparação, compensação e restituição? Qual a importância do acordo escrito? Qual é o papel das pessoas que rodeiam as partes? Qual o papel desempenhado pelos advogados (ou conselheiros jurídicos) face a mediação? Até onde conduz a mediação a uma participação activa no processo de justiça criminal?”¹⁷⁰

Como se destacou em artigo que trata de uma espécie de mediação na Bélgica e todas as suas especificidades, nota-se que os procedimentos deste modelo são completamente opostos ao que observamos nos procedimentos de persecução criminal ao redor do mundo.

Enquanto que no primeiro existe a forte valorização do diálogo – não que o diálogo esteja por todo ausente no sistema de Justiça “retributiva” – nas hipóteses em que primeiramente se estabelece uma conversa atenciosa com as partes (agressor e vítima ou vítima e agressor¹⁷¹) para a resolução do conflito que os envolveram, no sistema de justiça criminal acusatório existe o chamamento do agressor ao processo com uma conduta exclusiva de acusação, ambiente em que o Ministério Público o tempo todo atribui ao cidadão o cometimento do crime enquanto que esquece completamente a atenção as vítimas.

A diferença sempre palpante entre os dois sistemas (e isso será abordado com mais veemência no tópico 2.4, a seguir) nos leva a refletir sobre os pontos abordados pela Mediação (Justiça Restaurativa) e pelo Juízo Criminal (Justiça Penal como a conhecemos). Enquanto que o Ministério público trava um debate público com os advogados de defesa sobre a prática do delito e sobre as possíveis agravantes e atenuantes da conduta criminosa (e está aí a comunicação que não pode ser negada), o mediador opera uma verdadeira intrusão nos fatos de acordo com dois pontos de vista (e digamos que sejam pontos de vista demasiadamente qualificados já que se trata de pontos de vistas daquelas pessoas que presenciaram [senão viveram] a experiência do crime em vestes distintas) conhecedores do delito e seus respectivos motivos. Ocorre, como mencionam AERSTEN e PETERS o foco

¹⁶⁹ COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?”, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol 61,1985, ps.91-158

¹⁷⁰ AERTSEN,Ivo. PETERS,Tony. “mediação para reparação: a perspectiva da vítima... *Op. Cit.* p. 10-11

¹⁷¹ Ressaltam os autores que a postura de priorizar o contato com a vítima ou com o agressor oferece alguns efeitos para o andamento da mediação em torno das civilizações que resolvem por tentar atribuir ao ambiente do crime, a possibilidade de mediar ou compor litígios. Contatar a vítima em primeiro lugar e externar todos os efeitos que pretende a mediação e após ver que o agressor não tem interesse algum na prática, seria oferecer à vítima, uma espécie de desilusão na composição de um problema que não raro, abalou significativamente a sua vida. Nesse sentido cf. AERSTEN,Ivo. PETERS,Tony. “mediação para reparação: a perspectiva da vítima... *Ibidem*, p.14

de muitos pontos importantes: a discussão dos fatos, a história dos fatos, o significado dos fatos a partir dos pontos de vista de agressor e vítima, o prejuízo aferido com o crime, as pretensões das partes dentro do funcionamento da mediação e *last but not least*, a reação que se espera do sistema de justiça criminal tradicional.¹⁷²

A apreciação do fenômeno da Diversão ou desjudicialização por parte do Senhor Doutor José de Faria Costa, é fator fundamental para a composição das ideias que aqui se amontoam a respeito deste novo paradigma e da sua aplicabilidade em um Sistema de Justiça criminal tal qual está o brasileiro, onde o ato de aprisionar se encontra cada vez mais despido daquilo que ele realmente representa: o cerceamento de um direito do quilate dos Direitos Fundamentais.

Tal apreciação é valorada positivamente não só pela perfeita dicotomia que apresenta entre os Sistemas (*Modelos Vermelho e Azul*) detentores da apreciação e manipulação – manipular do sentido de manusear e aplicar – da norma penal, mas também pela simplicidade que explica e elenca a variedade de subsistemas correspondentes a aplicação da lei penal sob o manto da diversão (e mediação), diversão entendida como a tentativa de resolver o conflito oriundo de uma relação entre indivíduos que englobe uma ação ou omissão de natureza criminal fora do processo formal de Justiça (a despeito dos princípios da legalidade e oficialidade, que estão ancorados no preceito de que as questões de natureza criminal devem ser discutidas e resolvidas (julgadas) por instituições formais de controle que devem obediência à lei em sentido estrito.). Diversão é, pois, um ato divertido ou desviado do processo penal tal qual o conhecemos,¹⁷³ se diferenciando da mediação pela figura neste último presente - do *mediador* - o rosto diferente de um terceiro.¹⁷⁴

Estabelece como *simples* a diversão em que a resolução do conflito é operada antes pela polícia ou pelo ministério Público; a diversão *encoberta*, por sua vez, depende da perfectibilidade da reparação a infração criminal por parte do infrator, ocasião em que o Ministério Público condiciona o andamento e continuação da ação penal ao não cumprimento desta reparação estabelecida.¹⁷⁵ Além de estabelecer as referidas classificações, está o tempo todo comparando com outros sistemas, sobretudo aqueles submersos na formalidade dos processos penais, diz isso ao comparar as estruturas operantes da diversão com os “*tribunais dos camaradas*” presente em algumas sociedades socialistas,

¹⁷² *Ibidem*, p.14

¹⁷³ COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos...” *Op. Cit.* p. 97

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 97

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 112-113

à época. A comparação pode, *a priori*, não fazer muito sentido uma vez que os referidos sistemas tendem a fazer parte da estrutura formal da Justiça penal e por isso estão sob os olhos e procedimentos impostos pela lei. Ocorre que as finalidades estão a se coadunar em seus desígnios básicos: Evitar que se remeta ao formalismo dos Tribunais comuns, a simplicidade com que pode se responder a condutas elencadas em leis penais, mas que não apresentam potencial ofensivo que justifique a sobriedade e morosidade de um processo penal formal. Aí está a finalidade com que se aplica a diversão.¹⁷⁶

Se então pensarmos no ordenamento jurídico brasileiro, é que as coisas tendem a vestir o manto da racionalidade do *porquê e para quê* de realizar os procedimentos fora dos tribunais penais tal qual os conhecemos. Se adequarmos a política criminal a esta realidade, afastaremos alguns casos da seara do Juiz togado, traremos o mediador para o centro do procedimento (não centro do processo, pois este espaço está reservado aos que operam propriamente o conflito de natureza criminal), delimitaríamos os casos que apresentam uma apreciação mais minuciosa, diminuiríamos o número de processos em atraso no Tribunal e resolveríamos dois problemas: o da prescrição e consequente impunidade dos detentores da culpa (não comprovada simplesmente pelo término do prazo prescricional e consequente extinção da punibilidade¹⁷⁷) e a do encarceramento proveniente de sentenças condenatórias em fase de recurso e de prisões preventivas no decorrer do processo, constrição que aguarda julgamento pelos Tribunais competentes.

2.3.2 MEDIAÇÃO NO ÂMBITO CRIMINAL E A LEI 21/2007 DE PORTUGAL – MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS

Os primeiros passos a serem dados com relação a mediação penal de adultos, tiveram como parâmetros a lei 166/99 de setembro, a Lei Tutelar Educativa – LTE que cuidou de regulamentar as mediações cujo objeto eram crimes em que as partes envolvidas, ou vítima ou agressor eram menores.¹⁷⁸ As bases de fato podem ser usadas para se atribuir o comportamento da lei que normatiza a mediação penal de adultos, que cuidaremos de elucidar neste tópico, no entanto muitas especificidades deste procedimento foram alterados para se chegar ao ponto maduro. Algumas delas relacionadas a pontos fundamentais como a não obrigatoriedade de participação da vítima e a própria questão fundamental que trazia

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 139-140

¹⁷⁷ Artigo 107,IV do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

¹⁷⁸ BASTOS, Maria Manuel. “Breves considerações sobre a mediação penal.” *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 37, outubro-dezembro 2006, ps.85-91

este dispositivo legal que era a de educar o menor para o direito.¹⁷⁹ A exposição de motivos da referida lei não pôde ser mais clara quando afirmou que o interesse do menor é o principal eixo de atuação da mediação.¹⁸⁰

Com relação a Lei que disciplina já a mediação penal entre adultos, a lei 21/2007 (criadora de um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março, relativa ao Estatuto da vítima em processo penal), muitos autores portugueses se debruçaram sobre seus arestos, sobretudo para introduzir ou até mesmo clarificar os ideais da mediação enquanto prática da Justiça Restaurativa em Portugal. A participação ativa da vítima foi ponto culminante da análise inicial de André Lamas LEITE quando analisou criticamente este corpo normativo dedicado a mediação penal de adultos no país¹⁸¹. As conclusões acerca de detida leitura da referida obra não nos remete a outra coisa a não ser aquela que concorda com a referida participação. Não participação livre a ponto de o Estado simplesmente voltar as costas para o conflito e simplesmente devolver ilimitadamente o conflito penal aos sujeitos, mas uma participação condizente com aquilo que seguramente não representa um *monumental retrocesso civilizacional*,¹⁸² representa, por outro lado, a devolução do conflito por parte do Estado às pessoas que de fato são os seus detentores, depois do “roubo” da conflitualidade penal por aquele operada.¹⁸³

Ainda na senda do referido autor, informa-se que existem várias legislações supranacionais que fundamentam a promulgação de leis voltadas a mediação de natureza penal. O próprio Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 estabelece, mais especificamente no artigo 7º que a mediação é mecanismo de resolução informal de conflitos que deve ter utilização privilegiada sempre que, analisadas as circunstâncias práticas, se mostre a possibilidade clara de proceder a conciliação e a reparação das vítimas.¹⁸⁴ Sem prejuízo das já mencionadas na presente dissertação, LEITE enumera uma série de legislações que dão sustentáculo para a operabilidade da lei que estabelece a mediação penal de adultos, como a Resolução (77)27 do Conselho da Europa; As Recomendações n.º

¹⁷⁹ Cf. art.2º, LTE

¹⁸⁰ Assim referiu-se Susana Castela em artigo publicado que trata com minúcias a questão da mediação penal para jovens infratores em Portugal. Cf CASTELA, Susana. “ Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo.” Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.93-107

¹⁸¹ LEITE, André Lamas. A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica da lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹⁸² *Ibidem*, p.16.

¹⁸³ *Ibidem*, p.21.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.32.

R(83)7, R(85)11, R(87)18, R(87)21, etc. todas voltadas para as problemáticas por nós delineadas, a saber: a preocupação com a vítima no processo, a adesão da mediação como vantagem para esta vítima ou até mesmo a recomendação da *guilty plea* como forma de acelerar a administração da justiça no que diz respeito aos processos penais.¹⁸⁵

As finalidades do instituto da mediação também são pontos de análise por parte de LEITE na persecução de estabelecer parâmetros de atuação e funcionamento da lei 21/2007¹⁸⁶. Esclarece o autor que muitas são as finalidades incluídas na mediação, estando consonantes com a legislação em esboço, especificamente nos artigos 3.º,n.º1¹⁸⁷ e 4.º,n.º1¹⁸⁸ de onde pode se retirar algumas finalidades em destaque como “a reparação dos danos causados pelo fato ilícito” e “a restauração da paz social”, vozes das necessidades preventivas-gerais e especiais¹⁸⁹ sem prejuízo de outras mais gerais que também são mencionadas como o “interesse das vítimas”; a “proteção da ordem pública” e a “atuação sob o delincente”.¹⁹⁰

Obviamente, muitos foram os autores portugueses a se debruçar perante o projeto de lei que instituiria aquela que seria considerada para os cultores do Direito penal como mencionou Cláudia SANTOS um “*travo amargo*”¹⁹¹: a mediação penal de adultos em Portugal (hoje lei 21/2007 de 12 de junho). Na senda de acreditar – como todos nós acreditamos – que a justiça penal já não seria capaz de dar a resposta satisfatória às partes envolvidas no crime, sobretudo por ser incapaz de oferecer, *e.g* a reparação para a vítima dos delitos, os pensamentos voltados a JR e a mediação propriamente dita, ganhariam enfoque a partir da década de 80 do século passado (com o impacto do movimento

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.32.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁸⁷ *Ipisis Verbis*: “Art. 3.º n.º1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo” Lei 21/2007 de 12 junho.

¹⁸⁸ *Ipisis Verbis*: Art. 4.º n.º2 - 1 - A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.” Lei 21/2007 de 12 de junho

¹⁸⁹ LEITE, André Lamas. A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça? *Op. Cit.* p.49-50

¹⁹⁰ Aqui remete citação a JACQUES FAGET para quem existe uma hierarquização de finalidades no processo de mediação. (FAGET, Jacques. La Médiation. Essai de Politique Pénale, Ramonville Saint-Agne: Editions Érès, 1997 *Apud* LEITE, André Lamas. A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça? *Op. Cit.* p. 51.

¹⁹¹ SANTOS, Cláudia; “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, In REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL, Ano 16, n.º1, 2006 (Janeiro-Março), pp.85-2013.

vitimológico¹⁹²) para a resolução de alguns problemas à essa escassez de representatividade da justiça penal perante os envolvidos.

Fato é que essa escassez de representatividade não pode fundamentar a total ausência do Estado enquanto Ente competente frente a criminalidade – sobretudo a criminalidade grave – ou total desistência da comunidade perante aos fundamentos do direito e processo penal. Isso seria – perigosamente - atribuir ao fenômeno delitual uma faceta única ou limitar em poucas todas as facetas que este pode ter, esquecendo que além do problema da vítima existem outros problemas, tais quais a necessidade das prevenções geral e especial, consubstanciadas na incidência do consciente individual (nesta) e coletivo (naquela) de que o delito é uma ofensa e precisa ser afastada.

Neste diapasão, e antes de adentrar na análise do projeto de lei propriamente dito, a autora afirma que não se pode pensar em um confronto entre os paradigmas na medida em que seria muito mais interessante considera-los ferramentas aptas a caminhar juntas, “*sistemas que podem potenciar mutuamente os respectivos sucessos.*”¹⁹³

Desviando um pouco esse caráter comparativo – até porque isso será objeto de análise de tópicos futuros que remeteram a reflexões relacionadas a relação na prática dos dois “sistemas” – SANTOS passou a relacionar detida análise sobre o projeto de lei que instituiu a mediação de adultos, começando por elencar aquilo que deveria ser indispensável no corpo normativo, sobretudo por fazer parte do cerne da mediação enquanto prática restaurativa. Atribuir de maneira taxativa a finalidade à mediação penal, na visão da autora, é algo que se deixou a desejar no anteprojeto e até mesmo na versão promulgada em 2007. Acreditar que a finalidade de “*aproximar arguido e o ofendido e os apoiar na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social*”¹⁹⁴ é algo suficiente quando pensamos na possível deslocação das finalidades propriamente ditas da mediação é ser demasiado simplista diante da gama de possibilidade e até das exigências provenientes das partes envolvidas e da própria comunidade.

Cláudia SANTOS quis alargar estas gamas de finalidades ao analisar o anteprojeto e estabeleceu que a *Reintegração*¹⁹⁵ enquanto finalidade precípua pode se configurar muito mais complexa do que quis o anteprojeto e a própria lei, após promulgada. Esta Reintegração

¹⁹² *Ibidem*, p.85

¹⁹³ *Ibidem*, p.91

¹⁹⁴ Artigo 4.º, n.º1 da lei 21/2007 referente ao artigo 3.º do anteprojeto.

¹⁹⁵ SANTOS, Cláudia; “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões... *Op. Cit.* p.94

poderia se travestir de recuperação da capacidade de reconhecer seu dever enquanto cidadão; reintegração as relações humanas deterioradas; a recuperação emocional outrora abalada pelo cometimento do delito; a reparação das perdas patrimoniais; a recuperação da solidariedade ou compaixão enquanto preocupação com o outro; o fortalecimento da auto-estima ou da auto-determinação; e finalmente e com maior amplitude, a reintegração da paz social.¹⁹⁶

Pelo menos a partir da leitura desta obra em específico, é claro poder afirmar que a autora foi contrária à nossa ideia aqui neste trabalho pululante: a de alargar a gama de delitos aptos a receber tratamento oriundo da JR e da mediação enquanto prática desta natureza (adicionando não só os *Caldinhos de galinha* mas também os *Pulos de Gigantes no Escuro*¹⁹⁷ – sobrepondo-se a uma visão razoável que coloque a mediação para atuar entre os dois universos) e o momento plural para que se proceda o início da tentativa do acordo – inclusive em sede de execução penal -. O momento preciso para que a mediação fosse operada, na ciente visão de Cláudia SANTOS é o início do processo penal, a fase de inquérito.¹⁹⁸

Seguida a análise do anteprojeto com diversas conjecturas a respeito dos mais variados assuntos, todos amplamente relacionados com a operabilidade da mediação (mas que nem mesmo por isso foram recepcionados pela lei 21/2007, ora vigente) - como as espécies de crimes que não comportam a mediação; A possibilidade de mediar situações abarcadas por “crimes sem vítima”; A pluralidade de ofendidos e até mesmo de agentes; e questões relacionadas como a manifestação de vontade para participar do processo de mediação e o respectivo prazo para cumprimento do acordo – Cláudia SANTOS viu como positivo essa nova forma de encarar o crime como sendo, antes de uma ofensa que exija punição, um conflito entre duas pessoas “que têm problemas e angustias”¹⁹⁹

Conclusivamente e ainda a respeito da Lei norteadora da Mediação penal de adultos, Selma Pereira de SANTANA destacou as vantagens do instituto da mediação penal de maneira muito simples. O objeto da lei 21/2007 então é capaz, na visão da autora, de entregar uma participação mais ativa do ofendido no ambiente do crime, o qual neste momento, interessa-lhe diretamente face aos seus prejuízos. Além disso, disponibiliza ao arguido a possibilidade de se embebedar na sua própria consciência com relação ao impacto da sua conduta e da responsabilidade que pode assumir perante a ela. Dentre outras coisas, resulta

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 95

¹⁹⁷ Referente a criminalidade grave? *Ibidem*, p.97

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.97

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 113.

a mediação em uma claríssima aproximação dos indivíduos. Não só se aproximam entre si com a finalidade de resolver o conflito oriundo da prática do delito, mas se aproximam nitidamente da própria justiça penal no seio de um processo gratuito, célere e certamente capaz de descongestionar os tribunais e relativizar a pena enquanto resposta ao delito.²⁰⁰

Os números da realidade da aplicação da mediação em Portugal, no entanto, são demasiado desanimadores. André Lamas LEITE, em artigo voltado a análise pré e pós sentencial da mediação, destacou que entre 23/1/2008 e 31/12/2012 (quatro primeiros anos de vigência da lei em tela) apenas 735 processos deram entrada no sistema, ou seja, 147 processos por ano, em um universo de 25,58% acordos bem-sucedidos, no berço de crimes como a ofensa a integridade física simples, ameaça, dano e furto.²⁰¹ Esclarece LEITE que no mesmo período foram abertos 550000 (quinhentos e cinquenta mil) inquéritos anuais.

2.3.3 A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL – LEI 9.099/95

“Os Juizados Especiais Criminais, à data da publicação da lei 9.099/95 tinham apenas competência para processar e julgar infrações cuja pena máxima não era superior a um ano. Actualmente, e após a entrada em vigor da lei 10.259/2001, passaram a ser competentes para mediar, processar e julgar infracções penais com pena máxima não superior a dois anos.”²⁰²

Como menciona Vinicius Vasconcellos²⁰³, a carta magna de 88 predisps a criação dos juizados especiais, à luz de seu artigo 98, I. À despeito da promulgação de legislação regulamentadora dos juizados especiais acontecer apenas alguns anos depois com a criação da lei 9.099/95, alguns autores consideram os juizados especiais criminais o ambiente promissor da justiça consensual no Brasil²⁰⁴ sobretudo pelo surgimento ou incremento de institutos como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo como veremos em tópico próprio que trata do tema.²⁰⁵ Buscando evitar diversos

²⁰⁰ SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Editora Lumen Juris:Rio de Janeiro,2010. p. 47

²⁰¹ LEITE, André Lamas. Uma leitura Humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial. Separada da Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano XI, Porto: FDUP,2014.

²⁰² ESTEVEZ, Raul. “A novíssima justiça restaurativa e a Mediação... *Op. Cit.* p.61

²⁰³ VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM,2015.

²⁰⁴ Vinicius de Vasconcellos aponta alguns autores como Ada Pellegrini GRINOVER e Luiz Flávio GOMES na certiva de origem dos Juizados. *Ibidem*, p.99. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense,2000; e GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio;GOMES, Luiz Flávio (coord.). Criminologia.8 ed. São Paulo:Ed. RT,2012

²⁰⁵ Ver item 3.5.1 do presente trabalho.

formalismos²⁰⁶ que dizem respeito ao processo penal propriamente dito, a lei dos Juizados Especiais foi um marco para o processo penal consensual no Brasil na medida em que trouxe diversos mecanismos capazes de descongestionar a máquina judiciária sobretudo por, com esses mecanismos, otimizar a resolução de causas²⁰⁷ que o próprio processo penal torna complexas.

Mesmo que o limite da pena seja um requisito que acaba por excluir a atuação dos juizados especiais, a estrutura do órgão não deixa de ser interessante para as ideias aqui expostas acerca de uma mudança de paradigmas com relação a relativização da necessidade do cárcere na política criminal brasileira.

Como a pena imposta aos delitos não supera a dois anos, naturalmente os delitos aqui objetos de julgamento são insensíveis à possibilidade de detenção e reclusão. Mesmo assim (Inclusive por defender que a gama de delitos que podem ser julgados nos juizados podem/devem aumentar²⁰⁸) a estrutura dos juizados é interessante por vários pontos de vista no alargamento e incremento dos paradigmas restaurativos (sobretudo a mediação) e não restaurativos/caracterizados dentro do processo formal como a *plea bargaining* (transação penal).

Dentre outras coisas, pelo menos no ambiente do ordenamento brasileiro foi o primeiro dispositivo a mencionar claramente uma preocupação com a vítima²⁰⁹ como sujeito de direitos, confrontando-a diretamente com o agressor, o que fortaleceu a possibilidade da operação da mediação penal, da reparação e do acordo tal qual como defende os anseios restaurativos.

O procedimento de tramitação processual dos juizados criminais é bem mais célere quando comparamos com o processo penal clássico. O início de ambos os procedimentos é marcado pela atuação policial. Na Justiça Criminal, como já vimos, é tombado o inquérito policial para reunir indícios suficientes para a propositura da ação cabível por parte do Ministério Público. No rito sumaríssimo, no entanto, o inquérito é substituído – e dispensável

²⁰⁶ Nesse sentido prelecionou MAZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e direitos humanos... *Op. Cit.* p. 95

²⁰⁷ *Ibidem*, p.96

²⁰⁸ Ver Item 3.6 do presente trabalho.

²⁰⁹ “O modelo de consenso apresenta enormes vantagens para a vítima criminal. A possibilidade de obtenção da pacificação social para a vítima é sem precedentes se formos compará-la com a justiça comum. Lá ela simplesmente não existe, pois a vítima tem um papel secundário no modelo clássico. Não podendo dar a Justiça Criminal comum solução para todas as causas criminais, o caminho da Justiça Consensual abre-se como perspectiva rápida de solução de problemas.” CALHAU, Lélío Braga. Vítima e direito penal. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

à luz do artigo 69, *caput* da lei 9.099/95²¹⁰ - por procedimento bem mais simples que denominamos Termo Circunstanciado de ocorrência, bem conhecido na prática como o TCO, ou simplesmente TC.

Insta destacar que, sobretudo pela simplicidade que pede o procedimento, o TCO não opera o indiciamento do agressor dotando ainda mais de celeridade na busca da resolução criminal do fato²¹¹. Ocorre a narrativa detalhada dos fatos, registrando-se os dados das pessoas envolvidas, bem como o arrolamento de testemunhas quando necessárias. Em alguns crimes²¹² estes dados são remetidos primeiramente para o serviço de Assistência Social localizado dentro da delegacia policial, que irá questionar às partes a possibilidade de comprometerem-se ao respeito mútuo na sociedade em que convivem, questionando inclusive se existe o interesse de ambos em continuar com o procedimento criminal, ocasião em que o Assistente Social remete os autos ao Delegado de Polícia que extinguirá ou remeterá o caso ao Juizado Especial dependendo da existência ou não da lavratura do Termo de Convivência.

Recebidos os autos em secretaria, o Juiz dos Juizados Especiais procederá com a audiência de conciliação (presentes as partes, acompanhadas de advogado e o membro do MP), hipótese em que esclarecerá à vítima que pode desistir do andamento processual contra o seu agressor requerendo ali uma reparação justa pelo seu dano materializada em um acordo que será homologado por sentença.

Outra hipótese é o oferecimento, por parte do membro do *Parquet*, da transação penal ou a própria Denúncia – em última hipótese – em se tratando de crime de ação penal pública²¹³ quando não conjecturar a possibilidade de acordo entre as partes e nem a aceitação por parte do agressor da transação penal.

O andamento processual vai se assemelhar com o da Justiça Comum. Ceifada a possibilidade de se proceder ao acordo, o Juízo procederá com o recebimento da Denúncia ou queixa-crime e marcará audiência de Instrução e Julgamento, colhidas as provas e ouvidas

²¹⁰ “Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.”

²¹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal para concursos públicos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

²¹² Geralmente os que envolvem conflitos entre pessoas pertencentes a mesma comunidade disposta em um bairro, um condomínio ou até mesmo em conflitos pontuais que não apresente histórico de desentendimentos de qualquer natureza.

²¹³ Ou da queixa-crime por parte do ofendido nas hipóteses em que os crimes sejam processados por ação penal privada.

as partes, prolatando, de pronto, a sentença penal voltada ao cometimento do crime de menor potencial ofensivo naquele momento versado.

2.3.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E REPARAÇÃO

A Reparação sem sombra de dúvidas é uma das maneiras mais concretas de retornar o *status quo* abalado com o cometimento de alguns crimes, sobretudo aqueles de natureza patrimonial onde *e.g.* os objetos centrais do ato delituoso são bens retirados da posse de quem os pertence, no seio do ato que os tipifica (Furto, Roubo, etc.). A discussão relacionada à importância da Reparação – ou da restituição – ganhou corpo juntamente com os paradigmas restaurativos quando acentua que a participação da vítima deve ser modificada nas políticas criminais de muitos ordenamentos ao redor do mundo.

Seguramente, o ato de reparar os prejuízos oriundos do delito ou restituir e retornar a situação anterior – como se o delito não tivesse existido – nunca foi visto como uma das finalidades das persecuções criminais em torno do mundo, mesmo acreditando que muitos ordenamentos normatizam institutos que tem por fim operar a referida situação anterior (Como o *Arrependimento Eficaz* e o *Arrependimento Posterior*)²¹⁴. Nesse sentido, há quem entenda que a Reparação é uma terceira via de resposta do Direito penal colocada ao lado da Pena e das Medidas de Segurança.

O contributo da presente dissertação é ver (e mostrar) a Reparação como uma das diversas forças presentes no paradigma restaurativo, figurando como uma das ferramentas suficientes para clarificar a possibilidade de inserir a JR no Cárcere (ou antes dele e na sua iminência) para a resolução dos problemas daí advindos.

Como menciona Selma Pereira de SANTANA²¹⁵ a discussão a respeito da Reparação como instrumento componente da política criminal e também da dogmática penal componentes do Estado Democrático de Direito, ganhou força a partir da década de setenta juntamente – como já o afirmamos – com a Justiça restaurativa no berço de muitos projetos dos quais se destaca o Projeto Alternativo de Reparação – *Alternativ – Entwurf - Wiedergutmachung* (AE-WGM) publicado por um grupo de professores alemães, suíços e austríacos²¹⁶ onde quatro pilares alicerçavam as ideias ao assunto relacionadas: O aspecto vitimológico fomentado pelo prejuízo da vítima; a análise crítica jurídico-penal da ideia que

²¹⁴ Os institutos versados se encontram insculpidos nos artigos 15 e 16 do Código Penal Brasileiro.

²¹⁵ SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *Op. Cit.* p. 10

²¹⁶ *Ibidem*, p. 10

sustenta a conciliação como substituto de um Direito Processual Penal voltado para a confrontação; O movimento Restaurativo Internacional; e a possibilidade de adicionar a reparação no quadro das sanções-penais e quais as consequências oriundas desta inclusão.²¹⁷

Desde logo cumpre esclarecer que tais consequências são bem delineadas pela Autora no sentido de que atuante enquanto prevenção geral positiva pois restaura o *status quo* anterior – como já mencionamos – e evita o desenrolar custoso de um processo judicial que visa esclarecer e - geralmente – punir aquele ato; e enquanto prevenção especial confronta o autor perante o seu ato delituoso, demonstrando a sua obrigação de reparar a conduta lesiva restituindo o bem ou a situação anterior ao delito bem como evita o efeito dessocializador pertencente as demais sanções²¹⁸, sobretudo as que comportam penas privativas de liberdade em um ambiente carcerário sobrelotado e capaz de catalisar a personalidade criminosa.

Claro está que a reparação enquanto resposta ao delito está apta a trabalhar para todos os lados na medida em que (1) ajuda o delinquente a ser capaz de entender o caráter nocivo de seus atos quando o obriga a proceder com a reparação não só de um bem violentamente retirado da vítima mas também de toda a condição de tranquilidade com que ela exercia suas atividades corriqueiras antes do cometimento do delito, fator que – sem ser preciso fazer grande esforço para perceber – é esquecido pelos procedimentos concatenados no processo penal com finalidades punitivas; (2) A reparação também empresta à vítima aquilo que a mesma já não vê desde que o Estado instituiu-se responsável pela persecução criminal - e afastou os ofendidos do centro do processo na busca de atrelar responsabilidade penal aos agentes, punindo-os severamente -, Importância real no processo que visa apurar a conduta que contra si fora deferida, já que ao reaver bens objetos do crime, ao perceber o retorno da paz e da tranquilidade oriundas de situações de “não delito” ou “não ofensa”, a vítima pode-se considerar parte integrante bem como parte importante para a resolução da sua causa; Tudo isso ocorre no seio de um bem maior – ou mais amplo – que é (3) a pacificação social consubstanciadas na paz social, na conciliação de pessoas que estavam em conflito e na crença mais efetiva nas instâncias formais (ou informais) de controle como instrumentos que possibilitem a vida em comum, o bem estar e a conscientização de “não delito” na população em geral.

Mas como de fato a reparação pode coexistir – ou até em alguns momentos substituir – com as já instituídas sanções penais materializadas na pena e na medida de segurança?

²¹⁷ *Ibidem*, p. xv

²¹⁸ *Ibidem*, p. 10

A resposta a este questionamento vai redundar sobretudo nas diversas teorias e nos diversos pontos²¹⁹ de vista acerca da reparação no âmbito penal. O que queremos ressaltar é: como se opera ou operaria o adição da reparação no ambiente delituoso e a sua consequente ajuda para os fins que queremos, fins estes relacionados a sustentação da JR e suas práticas com fins a eliminar ou começar a eliminar o problema dos cárceres sobrelotados. Pois bem.

Há quem entenda²²⁰ que a reparação inserida no conflito penal não deve perder a sua natureza enquanto instituto do Direito Civil, onde é comumente operada. Essa linha de raciocínio, no entanto, deve por nós ser afastada sobre a simples perspectiva de que atribuir a reparação como algo acessório à pena reveste o procedimento de restituir de uma inutilidade grosseira face os anseios restaurativos de não processo, não cárcere e de maneira mais polêmica, não pena.²²¹

Essa é a realidade, infelizmente, da maioria dos ordenamentos jurídicos. No Brasil, a possibilidade está clara com a incidência do já mencionado *Arrependimento Posterior* na medida em que atribui uma diminuição de um a dois terços da pena para o arguido que repara o dano causado com a conduta nos delitos perpetrados sem violência ou grave ameaça. Ainda dentro do “ordenamento canarinho” cumpre destacar as alterações sofridas pelo Código de Processo penal, pela lei 11.719/2008 que - dentre outras coisas - alterou o artigo 387 do CPP estabelecendo que o Juiz deverá, na sentença, estabelecer o quantum razoável da reparação dos danos causados pela infração considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.²²² Claro está, de acordo com os dois dispositivos enxertados na norma penal brasileira que a reparação é mero acessório, aplicada juntamente com uma pena em horroroso *bis in idem*.²²³

²¹⁹ E esta diversidade de literaturas científicas já foi informada por SANTANA com relação a inserção da reparação no Direito Penal. SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *ibidem*. p 27

²²⁰ Sob diversos pontos de vista que mesclam-se sobretudo na natureza civil original da reparação e até mesmo sob argumentos de que o núcleo do direito penal enquanto ciência destinada a proteção de bens jurídicos pelo Estado e não como conciliador de conflitos entre os particulares, não deve ser modificado para tornar-se apto a receber a reparação como instituto autonomamente penal, situam-se sobre o tema García Arán, Julio Maier, Santiago Mir Puig, Andrew Von Hirsch, Alastuey Dobón, Entre outros.

²²¹ “*Nem reduz o número de processos a serem resolvidos em julgamento, uma vez que isso obriga a indispensável aplicação da pena, nem permite evitar a aplicação de uma pena nos casos em que a reparação, por si só, resolvesse e cumprisse as exigências político-criminais. O papel da reparação, neste modelo, é, pois, muito limitado.*” (MONTE, Mario Ferreira. Da reparação penal como consequência Jurídica autônoma do crime. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra editora, 2003, p.129-155 *Apud* SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *Op. Cit.* p 29.

²²² Vide artigo 387 do CPP brasileiro, que menciona, *in verbis*: “*Art. 387. O Juiz, ao proferir sentença condenatória: IV – Fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*”

²²³ “*Os condenados se sentem suficientemente castigados com a pena de multa ou com uma pena privativa de liberdade e recusam responder, outrossim, pelos danos causados à vítima, pois isso equivaleria a um novo castigo.*” (SESSAR, K. Schadenswiedergutmachung in einer künftigen kriminalpolitik, em kriminologie-

Outros ordenamentos comportam-se de maneira parecida. Na Alemanha a reparação também é mencionada como ferramenta a influenciar a dosimetria da pena trazendo vantagem para o arguido que Compensar, assumir a obrigação de prestar alimentos por determinado prazo ou pagar quantia a instituição pública como compensação do cometimento de ato definido como crime, tudo à luz do 59a do StGB. Outros dispositivos seguem a mesma ideia de acessório da reparação²²⁴, operando-se tais vantagens para o arguido no berço de outro processo de natureza civil. Fica demasiadamente claro que a restituição de valores provenientes do crime ou valores relacionados com danos de qualquer natureza definitivamente não compõe o campo penal.

Em Portugal a reparação figura como ferramenta que possibilita a atenuação da pena ficando claro o seu caráter igualmente acessório quando citamos outros ordenamentos como o Brasil e a Alemanha. Os artigos 71,2 e 206, ambos do Código penal Português confirmam a relação de reparação – inclusive a reparação integral – com atenuação da pena.

As diversas formas de receber a reparação como nova finalidade no processo penal é vista de várias maneiras a depender da forma como as diversas teorias apregoam o problema. Pode a reparação figurar como algo acessório, como vimos em alguns ordenamentos anteriormente. Nesse sentido a reparação vai atenuar uma situação posta diante do julgamento perante determinado delito, o que no nosso ponto de vista²²⁵ não acresce em nada no que diz respeito as possibilidades descarceradoras trazidas pelo paradigma restaurativo já que para o alcance da mesma é preciso que se movimente o Estado através de um juízo civil – em mais um procedimento moroso, cansativo, estigmatizante – que tramitará um processo concomitantemente ao processo penal – que não vai se abster de atribuir ao arguido uma pena privativa de liberdade, no entanto.

A defesa da reparação como ferramenta apta a resolver os problemas do crime e dar voz à JR como algo capaz de operar essa resolução se depreende da concepção maximalista²²⁶

psychiatrie-strafrecht, In: GEBURTSTAG, C.F.; MÜLLER, Heidelberg. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70.1983,p. 145-161 *Apud* SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *Op. Cit.* p.56)

²²⁴ Ver artigo 46, II; 56, II; 59a, II todos do StGB e o artigo 153a do StPO, lei penal alemã.

²²⁵ Um ponto de vista concordante com Regiane FRANÇA, que tratou da falência do discurso jurídico penal tradicional e quais os benefícios trazidos pela justiça restaurativa nos pontos cruciais que ensejam a referida falência, entre eles a reparação como maneira de substituir as penas corpóreas na medida e que podem figurar como algo eficiente no seio do processo penal quando entrega benefícios as partes e á sociedade de maneira geral. (FRANÇA, Regiane Cristhine de Oliveira. A falência do discurso jurídico-penal tradicional e a justiça restaurativa como instrumento de resolução de conflitos ocasionados pelo crime. Dissertação do 2º Ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências jurídico-criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Cláudia Cruz Santos. Coimbra, 2012).

²²⁶ ROXIN, Claus. Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de justiça, t.52,1999 *Apud* FRANÇA, Regiane Cristhine de Oliveira. A falência do discurso jurídico-penal... *Ibidem*, p.60, nota 142.

que pode se extrair dela. Isso quer dizer que o caráter acessório da reparação pode ser alargado como algo capaz de substituir a pena – privativa de liberdade ou pena de multa – e assim trazer efetivamente o benefício para as partes – sobretudo para o arguido que vê na reparação a possibilidade de não enfrentar as agruras estigmatizantes do processo penal e das casas penais em uma eventual detenção.

A apreciação deste tema se torna bastante simples quando atribuímos termos práticos para análise. Senão vejamos.

Como já informamos nas linhas introdutórias, o Brasil possui uma população carcerária de mais de 600 mil presos. Para efeito de analisar a possibilidade de reparação nas práticas delituosas, é imperioso fazermos uma análise dos delitos contra o patrimônio – onde a prática pode ser facilmente compreendida uma vez que o objeto destes tipos de delitos é o patrimônio que pode ser facilmente restituído/reparado - e os seus números dentro dessa realidade carcerária. Segundo dados colhidos pelo departamento penitenciário nacional em junho de 2014, dessa quantidade total de 607731 presos, 97206 respondem por crimes contra o patrimônio (Furtos, Roubos, Extorsão, apropriação indébita, etc.) o que equivale a aproximadamente 16% de toda a população carcerária no País.²²⁷

De acordo com as duas teorias apresentadas, teríamos a seguinte situação: (1) enquanto a reparação figurar como acessório no processamento dos referidos delitos, as penas privativas de liberdade e as prisões preventivas originadas pelo cometimento deles permaneceriam como sendo o modo com que o Estado continuaria a operar a prevenção geral e especial, ignorando desta forma totalmente os benefícios da JR; (2) por outro lado e ouvindo os anseios da concepção maximalista – que substitui a pena pela reparação – basta fazermos uma reflexão do sentido de orientar a possibilidade de se restituir objetos fruto de delitos patrimoniais, excluindo o processamento dos mesmos e conseqüentemente a possibilidade do cárcere.

Isso a primeira vista pode até ser visto com certo ceticismo perante os cultores da Justiça penal, sobretudo porque é claro que a prevenção geral não consegue se sustentar com a simples devolução do bem que fora furtado ou, sob grave ameaça roubado. Nesses casos – e insistindo na substituição – poderia a reparação ser acompanhada de ações voluntárias por parte do arguido – obviamente, ações voltadas a vítima – para além de reparar o bem concreto, restituir e restaurar a paz interior perdida com o cometimento do crime.

²²⁷ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.65

O que queremos, de qualquer maneira, é afastar a possibilidade do desenrolar do estigmatizante processo penal e do cárcere como finalidade-resposta para a conduta delituosa. Excluindo-se a criminalidade grave – e certamente a reparação, a mediação e todas as demais práticas restaurativas têm certa dificuldade para atuar nestes lados – existem uma gama de delitos leves e médios onde podem ser campo para a aplicação destas medidas descarceradoras, como o furto simples, o roubo não efetuado de maneira qualificada e alguns dos demais crimes contra o patrimônio. A reparação enquanto prática restaurativa certamente operaria de maneira positiva na redução da população carcerária, sobretudo em países em que a incidência destes delitos é alta, como no Brasil.

2.4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO DIREITO COMPARADO

Estudar e elencar algumas práticas de justiça restaurativa divergentes entre si em todo o mundo, é importante para unificar o que vem a ser o paradigma restaurativo. Como já acentuamos, não é unicidade entre os vários autores e cultores da JR os seus conceitos e o delimitar de suas práticas, fazendo com que em cada região, em cada ordenamento jurídico movimentado por sua política criminal própria, tende a tratar dos problemas da mediação e da resolução de conflitos ocasionados pelo crime de maneira diferente. A seguir, faremos breve menção a alguns desses tratamentos com a finalidade única de demonstrar essa pluralidade de concepções e práticas em torno dos modelos mais estudados pelos teóricos.

2.4.1 A TRIBO DOS MAORIS NA NOVA ZELÂNDIA

As teorias da Justiça restaurativa estavam apenas começando a surgir quando foi aprovada, na Nova Zelândia, legislação que tratava dos problemas dos menores infratores e as possíveis respostas que poderiam ser dadas nessas circunstâncias.²²⁸ O *Estatuto das crianças, jovens e suas famílias* inseriu princípios relacionados com a participação, reparação, cura e reintegração dos afetados com a conduta considerada infração naquele momento e isso era feito através de alguns procedimentos como as *reuniões de grupo familiar* (*Family group conferences* ou FGC que embasaram vários ordenamentos jurídicos como o da Austrália, Canadá, Estados Unidos, Singapura, Irlanda, entre outros²²⁹) desde a

²²⁸ MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: Justiça Restaurativa, Brasília: MJ/PNUD, 2005, ps. 279-293.

²²⁹ Neste sentido no informa Teresa Robalo em obra dedica à Justiça Restaurativa. Cf. ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do direito. Editora Juruá: Lisboa, 2012.

década de 80 do século passado onde os *wbanau* (famílias) se reuniam com os *hapu* (comunidade/clãs) na persecução de respostas aos conflitos ocorridos naquela região que se subdividiu em várias alternativas: além da reunião de grupo familiar, poderiam optar pelo uso do encaminhamento alternativo de jovens, encaminhamento alternativo pré-julgamento de painéis comunitários e as reuniões restaurativas de adultos.²³⁰

Não nos aprofundando – propositalmente – em todas as formas apresentadas pelos Maoris, resolvemos por tecer breves considerações acerca das reuniões restaurativas dos adultos, o que, em nosso sentir, representa algo de mais valioso para o nosso trabalho, sobretudo porque queremos esclarecer como funciona este procedimento sob o olhar deste grupo específico.

Segundo MAXWELL²³¹, três são os projetos-piloto com características muito semelhantes aos dos anseios e práticas restaurativas: o projeto *Turnaround* (dar a volta); *Te Wbanau Awbina*; e o projeto de Responsabilidade Comunitária (*Community Accountability Programme*).

O projeto *Turnaround* funciona de maneira muito simples. Após comparecer em uma espécie de audiência preliminar no Tribunal competente para o julgamento criminal das infrações desta natureza, o arguido é encaminhado pelo Juiz para um processo divertido de resolução de conflitos consistente na averiguação, discussão e conclusão da infração por parte da comunidade (os painéis). Advindo dessa reunião comunitária (onde normalmente estão presentes os envolvidos, um policial e voluntários selecionados pela comunidade treinados nos princípios de justiça restaurativa) existe um plano a ser cumprido por parte do arguido de maneira a compensar o ato delituoso e entregar à vítima a reparação suficiente dos prejuízos da relação conflituosa ocorrida. Quando todas as obrigações pertencentes a este plano são cumpridas, o arguido é dispensado do comparecimento ao tribunal, ficando desta forma livre para proceder suas atividades normais sem o estigma de uma sanção penal.

As práticas restaurativas e os seus habituais objetivos de resolverem o delito de maneira a conciliar os objetivos dos envolvidos ficam um pouco distantes do que preleciona o *Te Wbanau Awbina*. Neste projeto, são raras as participações das vítimas e os mesmos estão claramente voltados para a conduta futura do infrator que é submetido a um emprego ou treinamento profissional ou participação em programas realizados pela equipe, que podem ou não ter relação com respostas às vítimas. Além de não representar uma prática de justiça restaurativa propriamente dita – pela ausência de um dos seus principais princípios qual seja

²³⁰MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia... *Op. Cit.*p.281

²³¹ *Ibidem*, p. 284

a aproximação entre as partes – o *Te Wbanau Awbina* pode ser classificado como um importante projeto divertido de resolução de conflitos apto a trabalhar na “não reincidência” uma vez que trabalha diretamente com o comportamento do arguido e suas possíveis qualificações.

Os crimes objeto de apreciação por parte da comunidade no seio destes projetos, chamam a atenção pela sua natureza nem sempre “leve”. O crime de Roubo qualificado é o mais constante nas reuniões, assim como outros crimes como ameaça, Morte pela má condução de veículo, crime de dano, furtos, entre outros.

2.4.2 JUSTICE RESTORATIVE NOS EUA

A mediação começou a ser aplicada nos Estados Unidos ainda no final do século XIX no foro laboral dos caminhos de ferro e no foro mercantil, como bem menciona Francisco Amado FERREIRA em obra voltada a apreciação da Justiça Restaurativa.²³² Com relação as mediações de carácter criminal, o autor destaca o registro dos programas alternativos especialmente dirigidos a lesões corporais e uma espécie de intervenção mais flexível no ambiente prisional.²³³

Quase um século mais tarde, em 1990, fora instituído o *Administrative Dispute Resolution Act* impulsionando diversos Estados (Nova Jersey, Massachusetts, Hawaii, Minnessota, entre outros) a adotar a mediação como modo de resolução de conflitos com o financiamento do *National Institute of Dispute*.²³⁴ Essa concepção mais flexível de dirimir os conflitos de natureza criminal propiciou a criação de organismos como os *Community Boards* que correspondem a um conjunto de cidadãos que trabalham na regulação de conflitos, com o auxílio da polícia e dos tribunais, com o intuito de introduzir um “*espírito comunitário*” na consciência de todos os indivíduos envolvidos com o problema do crime e suas consequências.

É muito provável que essa concepção de mediar os conflitos em território estadunidense é advinda de modelos como o *Small Claims Court*, surgido em Nova Iorque baseado em experiências mais antigas, lançadas em outros Estados. Esses modelos permitiriam a existência de verdadeiros tribunais voltados à pratica da mediação, os *Summons Court*, local

²³² FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa – Natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

²³³ *Ibidem*, p. 57

²³⁴ *Ibidem*, p. 57

em que um promotor de justiça recebia a queixa dos particulares sucedida da oitiva das partes envolvidas e da possibilidade de mediar o respectivo conflito.²³⁵

2.4.3 OUTRAS PRÁTICAS

Embasados pelas citações de Teresa ROBALO, resolvemos apenas por apego a didática, demonstrar a pluralidade de práticas da justiça restaurativa em torno do globo. Então nas entrelinhas do que se segue, abordaremos de maneira brevíssima as práticas restaurativas pertencentes ao Canadá, à Austrália, o modelo asiático de Justiça restaurativa, África do Sul, Bélgica e França²³⁶

O Canadá nos oferece uma gama de possibilidades e reflexões restaurativas pelo simples fato de ter uma cultura voltada para isso operada pelos aborígenes, constantes neste país. O código Penal canadense estabelece antes de mais, que se o Juiz observar a possibilidade de relativizar o tratamento penal (programa de medidas alternativas) de determinado caso, procederá à luz do artigo 717º, como menciona ROBALO. Interessante notar que o ordenamento jurídico sofre uma espécie de divisão com relação aos aborígenes – os Índios, os *Inuit* e os *Métis* – uma vez que os mesmos adotam procedimentos próprios²³⁷.

As práticas restaurativas presentes nesta comunidade estão consubstanciadas no *cycle Sentencing* onde a comunidade é convidada a participar da “audiência” que decorrerá da conduta considerada como crime. Todos os participantes terão oportunidade de se manifestar, sobretudo e por obvio o arguido e a vítima, depois de terem consentido com o procedimento. Dali resulta uma decisão unanime a respeito de como o arguido deverá cumprir a “pena” – não no sentido técnico da pena – que será encaminhada ao Juiz do feito que decidirá pela aplicação ou não do que se encontra versado.

No seio destas “audiências” é que será possível a concretização do que John BRAITHWAITE²³⁸ teorizou como *reintegrative shaming*, sendo nada mais do que a vergonha suportada pelo agressor – capaz de reintegrá-lo a sociedade através da

²³⁵ *Ibidem*, p. 59

²³⁶ ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho... *Op. cit.* Capítulo 7, ps. 149-189

²³⁷ Como menciona Teresa ROBALO, não existem tribunais fixos para a apreciação de fatos delituosos. Ocorre que os tribunais são itinerantes e fixados em locais especialmente para alguns fins. O sistema prisional também é inexistente uma vez que, a exemplo dos *Inuit*, se algum dos membros de sua comunidade for condenado a uma pena de prisão, ele é automaticamente excluído de sua comunidade e deslocado para o sul. ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho... *Op. cit.* p152

²³⁸ BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2.^a ed,1992. *Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime... *Op. Cit.* p.365.

ressocialização - ao estar respondendo sobre um ato desviado perante toda a sua comunidade e as pessoas que têm relações próximas.

O *circles of support*, também mencionado por ROBALO como pertencente a realidade restaurativa canadense, pertence a uma maneira pós sentencial de se operar a realidade por nós estudada. Consiste em, após o cumprimento da pena por crime sexual grave, dar a palavra à comunidade perante o apenado, que demonstrará as suas expectativas e anseios com relação ao convívio com o egresso, objetivando dessa forma formalizar um plano de convivência claramente voltado a ressocialização do mesmo.²³⁹

Na Austrália, a procura de resoluções para os problemas penais através das conferências, teve início na década de 90. Foi o *Wagga Model* quem representou o projeto piloto e permitiu que as resoluções de conflitos em Wagga-Wagga, Estado de New South Wales, pudessem ser aproveitadas por toda a comunidade na Austrália, unindo com precisão a teoria de BRAITHWAITE e os FGC dos Maoris, na resolução dos problemas penais que se encontrem ainda nas mãos da polícia.²⁴⁰ Posteriormente as conferências também puderam ser originadas a partir do Tribunal, após a criação dos “*conference convenors*” voltado para a infração de menores. Em algumas outras regiões – Queensland, Tasmânia, Estado de Victoria, Western Austrália – as conferências voltadas as resoluções de infrações penais tiveram origem em legislações voltadas para menores que foram gradualmente sendo aplicadas aos adultos.²⁴¹

A criação dos “*Nunga Court*” efetivou a incidência pululante da teoria de BRAITHWAITE com relação a “vergonha” suportada pelo agente perante seus semelhantes. Os “*Nunga Court*”, que deram origem ao “Modelo *Nunga*” eram formados por tribunais em que faziam parte, em sua totalidade, aborígenes das comunidades locais onde os mesmos eram instalados. Isso possibilitava o reconhecimento do ato criminoso como algo digno de vergonha perante os seus semelhantes sendo um ato reconhecidamente voltado para a ressocialização de um indivíduo que, envergonhado, gostaria de voltar para a sua sociedade e apagar todos os estigmas daquele ato.²⁴²

Na Ásia, pouco era a atenção voltada a vítima antes da década de 70 quando a doutrina começou a refletir sobre os problemas criminológicos que tinham ela como centro de atenção. O legislador por sua vez, entregou real importância a mesma com a promulgação

²³⁹ ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: um caminho... Op. cit.* p152

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 161.

²⁴¹ *Ibidem*, p 163.

²⁴² “*reconhecemos em tais sistemas a (enorme) vantagem de favorecer uma prevenção especial positiva, pois o agente estará perante a sua comunidade e é nela que se pretende que venha a reinserir-se.*” ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: um caminho... Ibidem.* p.166.

da legislação que tratava da indenização que deveria ser entregue à vítima no seio do processamento das condutas delituosas.²⁴³

Naturalmente, como em Portugal e no Brasil a vítima tem o poder de desencadear o processamento do crime a depender da natureza deste, e o faz através dos “*Antragsdelikte*” consubstanciados no que conhecemos no Brasil como crimes privados. As expressões de JR na comunidade nipônica são, por outro lado, tão recentes que autores afirmam que não podem ser encontradas na Ásia, sendo relevante destacar algumas pouquíssimas exceções.²⁴⁴ Apesar da escassez de situações as quais podemos catalogar como pertencentes a realidade restaurativa, existem, mais especificamente no Japão, atos voltados ao não prosseguimento do processo penal. É o caso do artigo 246º do Código de Processo Penal Japonês que permite que a polícia (como no Canadá e Austrália, como vimos) procure resolver imediatamente a questão. Na falta de dispositivos e procedimentos propriamente ditos, podemos entregar a própria cultura japonesa a prática da mediação em seu aspecto original uma vez que os nipônicos muito são conhecidos pelas suas práticas conciliatórias.

Em Singapura, temos a materialização da justiça restaurativa através das “*compounded offences*” incidentes sobre crimes menos graves e que possibilitam o contato entre agente e vítima objetivando a resolução dos seus problemas de modo que o processo penal se extinga.²⁴⁵ Ainda com relação a esta realidade jurídica – de Singapura – encontramos a operabilidade do *victim-offender mediation programmes* e (para os menores) os *Family group conferences*, ambos vocacionados a aproximar arguido e vítima, extrair seus anseios e dar nova resposta ao crime que não o enclausurar de um e o afastar de outro.

Tal qual na maioria dos projetos de justiça restaurativa, o modelo Sul-africano teve suas origens no direito dos menores. É que com a aprovação da lei *Child Justice Bill*, os mecanismos que objetivam a aproximação das partes foram nesse *códex* adicionados como o recurso aos FGC ou a própria mediação, tudo isso de acordo com os artigos 61º e 62º.²⁴⁶ O projeto piloto *victim-offender conferencing* (VOC) é muito semelhante ao FGC da comunidade dos Maoris e obriga a presença da vítima e também conta com o apoio dos

²⁴³ *Ibidem*, p. 169.

²⁴⁴ OTA, Tatsuya. “Introduction: the development of victimology and victim support in Asia”. In: *Victims and Criminal Justice. Asian perspective*, p.1 e ss., Tokio, Japan, Hogaku-Kenkyo-Kai, Keio University, 2003. *Apud* ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: um caminho... ibidem*, p.171

²⁴⁵ ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: um caminho... ibidem*, p.173

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 183

familiares e amigos das partes envolvidas na busca de uma resolução consistente para o problema criminal que os envolveu.

As práticas restaurativas também possuem campo de análise na Europa. Apesar de fazermos uma análise mais detalhada da legislação de Portugal, é de bom grado mencionar algumas práticas decorrentes de outros países europeus.

Como em quase todos os países objeto de análise, na circunscrição belga, os paradigmas restaurativos tiveram início com o direito dos menores, seja para mediar conflitos penais, seja no seio dos *Family group conferences*. A mediação penal na Bélgica começou a se expressar na década de 90, sendo que a partir de 2000 começaram a ser experimentados na fase de execução da pena principalmente em crimes de natureza grave como o homicídio.²⁴⁷ Informa ROBALO que nos termos do artigo 216º,ter. do *Code d'Instruction Criminelle*²⁴⁸ existe um procedimento consubstanciado na mediação, que se concretiza com a reunião das partes e a confecção de um acordo a partir do que fora por elas emitido. Há também que fazer alusão a legislação que objetiva exatamente os fins da mediação que entrou em vigor em junho de 2005, na Bélgica, voltada exclusivamente para introduzir a mediação no *Code d'Instruction Criminelle*,²⁴⁹ definindo o que vem a ser a mediação penal e introduzindo tal definição no código de processo penal.

O modelo Francês foi um dos que mais cedo foi positivado – Sobretudo porque já em 1984 começaram a ganhar corpo experimentos com a mediação penal em Paris -. Já em 1993 vigorou uma lei que introduziu a mediação no Código de Processo Penal, a lei 93-2 de 04 de janeiro de 1993, introduzindo o artigo 41-1 no Código Processual. O dispositivo é muito claro com relação as finalidades de reparação e de ressocialização, cernes da Justiça Restaurativa e do procedimento da mediação em si.²⁵⁰ Para além de Paris, Cidades como Estrasburgo, Uls e Rennes também obtiveram sucesso na inclusão do paradigma

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 186

²⁴⁸ “*Le procureur du Roi peut, sans préjudice des pouvoirs que lui attribue l'article 216bis, convoquer l'auteur d'une infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités.*” Trecho retirado do artigo 216ter do Código de Instrução Criminal Belga. Disponível em <http://www.droitbelge.be/codes.asp#ins> Acesso em 01 de Maio de 2016.

²⁴⁹ ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho... *Op. cit.* p. 187

²⁵⁰ *Ibidem*, p.190

restaurativo da mediação, sobretudo voltada para menores, no âmbito da criminalidade presente em certos bairros ou regiões bem delimitadas da cidade (Mediação “de bairros”)²⁵¹

A inserção, hoje, dos projetos de mediação é notória em muitos países. Como fora demonstrado, desde a década de 70 começaram a emergir projetos voltados a encarar o fenômeno criminológico a partir do encontro entre os envolvidos, dando-lhes as respostas que estes efetivamente classificam como justas, possibilitando fazer da mediação e do paradigma restaurativo algo positivo sob o ponto de vista social. Ocorre que a novidade dos ditames deste modelo certamente encontra um campo em que já existe “vida”. A Dogmática Penal, tão engendrada em conceitos e definições próprias e variadas com relação ao crime e aquilo que esse fenômeno significa, não parece “receber de braços abertos” a Justiça Restaurativa, suas práticas e tudo aquilo que os cultores da mesma defendem.

Há quem diga, por outro lado que o enfrentamento dos dois modelos, apesar de inevitável diante da variação com que veem seu objeto em comum (o crime), pode ser superado diante da cooperação mútua no sentido de que a atuação de ambos pode complementar aquilo em que no outro é deficiente. O próximo tópico cuida exatamente de analisar em que termos cooperariam – ou se enfrentariam? - a JR consubstanciada nas práticas de diversão e conciliação entre os envolvidos, e a Justiça Penal que vai se embebedar na rica dogmática a que esta pertence.

2.5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA PENAL: COOPERAÇÃO OU ENFRENTAMENTO?²⁵²

Responder o questionamento que se coloca para este tópico exige que tenhamos uma coisa muito bem delimitada entendida: Os sistemas de Justiça criminal tradicional e de justiça restaurativa, apesar de não pactuarem com a forma do procedimento para atingir as finalidades almejadas, dividem o mesmo objeto ou os mesmos objetos: O crime, as partes envolvidas e a resposta a que quer se dar para este fenômeno.

O enfrentamento é *a priori* sugerido pois como estão a versar do mesmo objeto de maneira diferente, nos apetece presumir que os ditames são contrários e vão sempre pressionar o outro como um caminho errado ou incapaz do alcance das finalidades. Enquanto que os

²⁵¹ A autora esclarece que na França as mediações ocorrem diante de tres classificações: As mediações “para-judiciárias”; mediações “judiciárias” e mediações “de bairro”. ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho... *ibidem*, p.192.

²⁵² “(...) *questão essencial de saber se este novo modelo se deve conjugar com o actual ou se o deve substituir.*” LÁZARO, João/ MARQUES, Frederico. “Justiça restaurativa e ... *Op. Cit.* p. 69

cultores da Justiça Restaurativa trabalham com a ideia de que a pena deve ser afastada (pena privativa de liberdade) pois sob uns e outros argumentos defendem que já não goza de funcionamento apto a atingir as finalidades que quer, os teóricos tradicionais têm uma postura extremamente reticente quanto aos ditames deste novo modelo.

Ao que nos parece, justamente por trabalhar com o mesmo objeto, a postura mais correta a assumir é aquela que descarta o enfrentamento, sobretudo porque os posicionamentos de ambos os lados estão a alinhar-se para um debate (o enfrentamento) que nos parece não ter fim.

Nesse ambiente de duvidosa cooperação ou presumido enfrentamento, há quem elenque as vantagens que o novo modelo poderia trazer ao que já está instituído. É o que faz bem João Lázaro e Frederico Marques.²⁵³

Neste trabalho dedicam a elencar diversas vantagens que operariam a existência da vítima, do próprio infrator, da sociedade e também do sistema de Justiça Tradicional tal qual o conhecemos. O que chama atenção é que em dois desses universos, a nossa problemática do encarceramento é lembrada quando os autores elencam a redução do encarceramento como vantagem para a sociedade (destacando sempre o regresso dos infratores após a comunicação com o ambiente *intra murus*) juntamente com a redução do volume de processos (similar inclusive a vantagem do favorecimento a ‘*desjudicialização*’ na mediação de menores em Portugal²⁵⁴) e a diminuição dos custos com o encarceramento.

Nos parece que ainda há o que destacar, deixando os pensamentos dos autores.

A viagem que faz o paradigma restaurativo em direção aos parâmetros tradicionais é tão válida quanto a viagem que o Sistema tradicional pode fazer rumando o paradigma restaurativo na medida em que os processos já instaurados sob os variados ritos da justiça tradicional, podem buscar de se embebedar nos princípios mais basilares do novo modelo como a informalidade, a rápida durabilidade de procedimento e a oralidade. A cooperação então em nosso sentir é o caminho mais curto diante da finalidade e do objeto que se quer encontrar. Apesar disso, traremos à baila a posição de enfrentamento, continuando a tratar ambos como de fato o são: sistemas diversos.

²⁵³ *Ibidem*, p. 70

²⁵⁴ *Ibidem*, p.72

2.5.1 CONFRONTO DIRETO COM O MODELO JÁ INSTITUÍDO: A RESISTÊNCIA DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA.

Uma das problemáticas que constituem as bases para a instituição cada vez mais frequente do modelo restaurativo está em se delimitar até que ponto se podem mesclar as práticas tradicionais do Direito e Processo Penal com um modelo radicalmente diverso.^{255e256} Pode-se demonstrar que a impossibilidade de aplicar a Justiça Restaurativa encontra obstáculo na própria prática engendrada do processo penal, preocupada com a aplicação de uma pena e do cálculo matemático que responderá quanto tempo o arguido cumprirá a referida sanção.

Esse contexto permite que o Direito Penal acabe deixando de reconhecer a sua principal finalidade - qual seja a proteção de bens jurídicos - e busca cada vez mais ser utilizado como mecanismo público de gestão de condutas.²⁵⁷ Este comportamento claramente equivocado das práticas punitivas não só se mostra desnecessário quanto não respeita a posição das vítimas que na maioria das vezes também são estigmatizadas por essa condição, como já mencionamos. Prova disso é que os números relacionados ao cárcere, ao cometimento de delitos, e a criação de leis penais mais duras - que em tese reduziriam estes quocientes²⁵⁸ -

²⁵⁵ “Se a justiça restaurativa apresenta especificidades face à justiça penal, parece razoável admitir-se uma certa margem de desconformidade nas soluções. O que deve questionar-se é se essa desconformidade é ainda suportável à luz das linhas orientadoras de que o nosso ordenamento jurídico não prescinde em um modelo de reacção ao crime.” SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime... *Op. Cit.* p. 412.

²⁵⁶ De igual a maneira a Organização das Nações Unidas – ONU através do Conselho Econômico e Social na 37ª Sessão Plenária de 24 de julho de 2002, estabeleceu uma resolução voltada a instauração e funcionamento da justiça restaurativa sem prejuízo da atuação estatal no que diz respeito a punição dos criminosos. Neste documento, claro está um comportamento de tornar flexível a punição para com aquele que cometeu delitos, a partir de uma idéia que visa restaurar tanto a vítima, quanto o agressor e comunidade havendo, se possível, o contato direto entre estes agentes para que haja uma elucidação acerca da conduta criminosa, suas circunstâncias e a possibilidade do perdão e ressarcimento (Hipótese de incidência dos crimes patrimoniais). É cediço que o número de denúncias envolvendo crimes contra o patrimônio vem crescendo em imensas perspectivas. O número inclusive de condenações pelos referidos delitos é crescente, contribuindo para a crise no sistema carcerário. É aqui que os subterfúgios da justiça restaurativa se apresentam como fator que pode contribuir para a problemática, por exemplo, das superlotações carcerárias.

²⁵⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Editora Saraiva: São Paulo, 2014. p 126.

²⁵⁸ Na medida em que o número de delitos que podem ser objeto de apreciação das partes aumenta – dentre eles, furtos, roubos, lesão corporal, contravenções, e etc – a possibilidade de ocorrer a esperada conciliação também aumenta. Isso significa que a possibilidade de se evitar o cárcere também encontra crescimento e com isso, evitando o cárcere, deixa-se de alimentar a crise da superpopulação. De sobra educa as partes envolvidas e ainda contribui de maneira mais veementemente para a ressocialização do apenado, que, por força da justiça restaurativa, cumprirá pena não privativa de liberdade. É uma benesse que trabalha sobre vários enfoques e que por isso se mostraria positiva quando do cometimento do delito e a possibilidade de se restaurar o *status quo ante* sem que a prática do crime em si e suas circunstâncias sejam ignorada.

ao invés de encontrar diminuição, continuam fazendo com que o Brasil figure entre os quatro países de maior população carcerária e com grande quantidade de ações penais em curso.²⁵⁹

As práticas restaurativas buscam contrariar esta realidade na medida em que, como já afirmamos, tentam aproximar os indivíduos pertencentes a esta anormal realidade do crime e suas consequências. No contexto penal a introdução desta realidade acaba fortalecendo movimentos de descriminalização e despenalização de condutas enquanto que no âmbito processual ganha mais desenvoltura o princípio da oportunidade da ação penal nos delitos de menor potencial ofensivo²⁶⁰ fator preponderante para a aplicação de preceitos de leis que buscam amenizar e resolver de maneira diversa o problema penal (a exemplo da Lei dos Juizados Especiais Brasileira, a Lei 9.099/95 e da lei 12.403/11, que tratou, dentre outras coisas, de instituir medidas cautelares diversas da prisão [prisão processual, antes da sentença condenatória] no andamento do processo penal).^{261e262}

A instauração de um modelo de resposta ao delito diverso daquele pautado nas sociedades modernas e instituído por preceitos iluministas²⁶³ é tarefa árdua quando pensamos nos moldes em que foram e ainda são instituídos os valores na seara criminal. Não é necessário fazer grande esforço intelectual para concluir que a prática penal da sociedade é corroborada pela ideia de que quem fez, deve pagar pelo o que fez. Ainda há grande resistência em aceitar que o fenômeno do crime pode ser visto sob outros prismas que viriam a adicionar um caráter mais humano aos problemas da ação delincente face a punição estatal²⁶⁴.

²⁵⁹ São aproximados 550.000 (quinhentos e cinquenta mil) presos, como ressalta ACHUTTI. *Op Cit.* ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa...* p 127. Um contingente um pouco maior, na realidade atualizada. Com as informações do Levantamento do Departamento Penitenciário Nacional, em meados de junho de 2014, já temos a proporção de trezentos presos a cada cem mil habitantes no país: São em torno de seiscentos e sete mil pessoas presas. (MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. *DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... Op. Cit.* p.11)

²⁶⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa... Ibidem*, p 128.

²⁶¹ Ver tópico da Lei dos Juizados Especiais instituídos com a Lei 9.099/95, tópico 2.3.3.

²⁶² A lei 12.403 de 04 de maio de 2011 instituiu as medidas cautelares diversas da prisão sendo adicionado o artigo 319 no Código de Processo Penal, norma que apresenta alternativas à prisão preventiva e consequentemente afasta o indivíduo dos cárceres. São medidas cautelares, de acordo com a norma citada: Proibição de acesso a determinados lugares, proibição de contato com a vítima e seus familiares, monitoração eletrônica, dentre outras.

²⁶³ A “obrigação de Punir” oriunda da *Razão punitiva* do iluminismo acaba se configurando como um dos vários obstáculos à reforma das práticas penais na tentativa de inserção da Justiça Restaurativa com todos os meios a ela atinentes. *Op. Cit.* ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa...* p. 133 – grifos no original.

²⁶⁴ Ao citar Álvaro Pires, com relação a formação e a possível modificação do pensamento criminal, ACHUTTI ressalta que a razão punitiva fora formado por três grandes pensamentos racionais instituídos à época das luzes: se pautava principalmente em uma necessidade prática (Beccaria); uma necessidade moral (Kant); e uma necessidade jurídica (Feuerbach) as quais fortalecem a idéia de que “é preciso punir para ser eficaz, para respeitar a moral, para realizar o direito (penal) e, ademais, por preocupação com a igualdade”. PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*, v.1, n.1,1999. *Apud* ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa... Ibidem*, p 133

A resistência da qual mencionamos está atrelada a ideia de que existe um sistema pré-constituído com relação ao funcionamento da resposta ao crime. Existem operadores que trabalham em prol deste funcionamento – Polícia judiciária, Ministério Público, Poder judiciário – e juntamente com a sua atuação, vigem respeitos a Garantias fundamentais, pedra de toque do funcionamento de todo o andamento processual penal. Os juristas caminham com a ideia de que esses direitos estão sendo resguardados e a sociedade acredita cegamente na atuação deste mesmo jurista juntamente com os demais operadores.²⁶⁵

Neste contexto, é preciso ter grande força e operabilidade a resposta ao crime que pretenda modificar tal funcionamento. É assim que a JR vem encontrar a Justiça Tradicional como resposta ao crime: Algo instituído e desprovido de grandes problemas já que para resguardar os direitos de que precisam os arguidos, as garantias fundamentais norteadoras do processo penal, fazem valer tudo aquilo que os mesmos precisam (Visão Garantista) não sendo necessárias modificações de um sistema estranho (Modelo Restaurativo).

A resposta contemporânea ao crime, então, há muito esqueceu e afastou princípios basilares da ciência penal como a subsidiariedade da intervenção punitiva e o respeito quase inabalável pela dignidade da pessoa humana²⁶⁶, princípios estes que encontram escopo na tentativa de trazer novas leituras para os problemas do crime e dos envolvidos.

Claro está que a delimitação do problema de tentar não substituir, mas relacionar a atuação do modelo restaurativo ao então vigente modelo punitivo encontra obstáculos advindos de problemas de Política Criminal, ou seja, a forma como o Estado vê a prática de condutas consideradas delituosas e a maneira que contra elas atua e responde. É o que SANTANA²⁶⁷ explica quando analisa a problemática por nós desenvolvida e afirma que a limitação da Política Criminal pode ser representada pelo “*como se reagir*” e “*a que deve reagir-se*” com relação ao crime, as penas e as delimitações daí decorrentes.

Esse modo de reação, entretanto, é tão variável quanto a própria evolução humana e tecnológica, ultimamente desenfreada com os pleitos cada vez mais incidentes da globalização. O direito Penal e a respectiva Política Criminal não podem materializar-se estanques. Por lidar com valores da estirpe da dignidade humana concernentes à liberdade

²⁶⁵ Nesse sentido, Claus Roxin: “a concepção teórica do direito penal que defendo pode conceder à prevenção geral um papel importante para a justificação da pena porque, apesar de algum ceticismo, existem motivos preponderantes para aceitar que o direito penal contribui de forma relevante para “impedir fatos delituosos” e para “reforçar a confiança dos cidadãos na existência e prevalência do ordenamento Jurídico”. (ROXIN, Claus. La evolución de La política criminal, del Derecho penal e el proceso penal, tirant lo blanch, Valência, 2000, ps 86-7 *Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo... *Op. Cit.* p 491, nota 781.

²⁶⁶ Nesse sentido cf. SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *Op. Cit.* p xiv

²⁶⁷ *Ibidem*, p 3.

devem acompanhar os passos dados pelo comportamento e pela consciência social e assim atribuir a cada situação uma solução adequada. (Nesse sentido cf. OLIVEIRA, quando trabalha com a ideia de expansão do direito penal na proposta de SILVA SÁNCHEZ).²⁶⁸

2.5.2 NECESSIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA RESOLUÇÃO VÁLIDA PARA OS PROBLEMAS DO OUTRO MODELO?²⁶⁹

A grande falha do modelo repressivo, pelo menos no que diz respeito a referida expansão, está justamente em criminalizar condutas que outrora eram discutidas em outras searas do direito (Problemas cíveis ou administrativos), tentando estabelecer um controle excessivo que nada mais passa de uma tentativa falha do direito penal simbólico²⁷⁰, como já estatuímos. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa tende a tratar determinados casos afastando a punição do outro modelo característico, visando flexibilizar a atuação estatal em face deste problema o que objetiva em maior escala olhar realmente para o problema dos que estão inseridos nesta realidade, para o problema que ensejou e foi causa do delito.

Um dos fatores que ganha especial relevo na problemática da Política Criminal voltada a apreciação de ambos os modelos (Restaurativo e Punitivo) é a participação ativa da Vítima nos processos referentes à resposta penal ao delito nos dois pontos de vista. O discurso triangular que aceita a participação da vítima ensejou a criação de uma disciplina autônoma que trata de tudo o que com a vítima se relaciona, fatores que também se relacionam com a sociedade, o arguido e com o desenrolar do processo penal em resposta ao crime: A Vitimologia.²⁷¹

²⁶⁸ Para quem “*Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de expansión razonable del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se Dan importantes manifestaciones de La expansión irrazonable*” no sentido de que não se deva afastar por completo a expansão e a criação de leis penais que criminalizem condutas fora do núcleo duro do Direito Penal, mas que deve-se cuidar para que esta expansão não acabe por tratar criminalmente condutas ínfimas, condutas que não lesam bem jurídicos a ponto de ganharem relevância para a política criminal vigente. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión Del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: B de F, 2008 *Apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal... *Op. Cit.* p. 77

²⁶⁹ “*A importância da mediação penal, enquanto processo que pode vir a mitigar ou compensar as deficiências do sistema de justiça penal convencional, tem sido, progressivamente, reconhecida em diversos sectores da sociedade portuguesa.*” (BASTOS, Maria Manuel. “Breves considerações sobre a mediação penal... *Op. Cit.* p.85

²⁷⁰ O problema relacionado à expansão e criminalização de novas condutas pode ser tratado com mais afinco em outro momento, mas não se identifica como fator principal para o estudo dos modelos restaurativos e a usual relação com o direito penal de cariz punitivo. Nesse sentido, cf. SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação... *Op. Cit.* p 8.

²⁷¹ *Ibidem*, p 14.

O papel da vítima é de fundamental importância para aqueles que defendem a restauração como caminho a ser seguido no problema do crime. No entanto, há também os que nos trazem perspectivas opostas (como era de se esperar uma vez que, como já dissemos, é uma realidade que vem “afrontar” a dogmática outrora estabelecida da resposta do crime com uma sanção materializada, na maioria das vezes, na privação de liberdade) ao aceite. Exemplo claro está na desconformidade que as teorias e práticas Restaurativas podem apresentar aos princípios estruturais da forma como se responde ao crime na atualidade,²⁷² sobretudo quando analisada a inadequação que a intervenção restaurativa pode apresentar com relação a alguns crimes e algumas práticas.²⁷³

Essa “*desadequação*” (como colocada por Cláudia Cruz SANTOS) se opera no respeito à existência de princípios norteadores da justiça penal tradicional sobretudo àqueles mais importantes como o princípio da Culpa, da Oficialidade, Legalidade e o princípio da Reserva do Juiz. Não é papel abertamente assumido pela nossa problemática, explicar a aplicação de cada um dos nomeados princípios e expor os motivos que não se adéquam aos ditames do modelo restaurativo. Isso seria expressamente longo para o limite que estatuímos para este trabalho. Sobretudo, não nos esquivaremos de continuar a estudar os pontos de encontro e distanciamento destas duas realidades.

Adotado como um sistema de profunda flexibilidade²⁷⁴ já que usuário de perspectivas e interesses muito diversos (Da vítima, do Arguido e da própria sociedade) tende-se a devolver às partes um conflito que a muito foi resolvido por competências do Estado em matéria criminal. Em nosso sentir, parece que a gama de sensações que endurecem o direito e processo penal o tornando procedimento temido pela sociedade, acaba sendo afastada dando lugar justamente a esta flexibilidade de tratamento oferecido pelo modelo integrador. Ora, se existe um afastamento do temor trazido pela pena (neste caso, por óbvio, pena privativa de liberdade) é natural que também haja um afastamento da consciência de que o delito não é caminho a ser seguido, o que vem a acarretar a ocorrência de práticas delituosas com maior frequência uma vez que estamos diante do não funcionamento da prevenção geral como função da pena.

²⁷² SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo... *Op. Cit.* p 412.

²⁷³ E é esta indagação a primeira a se realizar quando apresentamos os paradigmas do modelo restaurativo, sobretudo para aqueles que não têm um contato mais aprofundado com o Direito e com as ciências criminais. É que não precisamos de grande esforço para pensar que a restauração primeiro é mentalmente aplicada a crimes graves e causadores de ferimentos bruscos nos bem jurídicos que estão a tutelar. Por esse motivo é que ainda existe uma impossibilidade prática de relacionar tais práticas com a criminalidade que não se abstêm de chocar a sociedade.

²⁷⁴ VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos humanos. In Justiça Restaurativa, Brasília: MJ/PNUD,2005, p 44.

2.6 CONCLUSÕES

Demonstramos neste capítulo *o que é* efetivamente essa nova maneira de se olhar o crime, que vem ganhando contornos e acalorando discussões desde os anos 90 do século passado.

A JR, sem dúvida, já não mais figura como uma teoria desprovida de qualquer sentido e que muitos viam como algo que viesse afrontar a doutrina clássica do crime, da vítima, das consequências do crime e até das penas.

Hoje podemos claramente verificar que as práticas restaurativas não só não querem fazer com que os procedimentos penais sejam substituídos. Querem mais. O paradigma restaurativo, baseado em tudo aquilo que se demonstrou (como nos Maoris, como nas diversas práticas destacadas em torno do mundo) está mais apto a inaugurar uma mentalidade de atuação mutua, juntamente com o sistema clássico de justiça. E como faz isso? Simplesmente classificando aquela criminalidade relacionada entre duas (ou mais) pessoas que precisa ser discutida a partir dos pontos de vista das próprias partes envolvidas e muitas vezes pela sociedade da qual fazem parte.

Talvez seja por isso que José de Faria Costa, em 1985 se manifestou acerca da *diversão* enquanto procedimento capaz de tratar de alguns conflitos de maneira mais eficiente e voltada para os envolvidos (em troca do Direito imposto)²⁷⁵ o que possibilitou a criação (ou concretização) de um pensamento – cada vez mais presente – de que os procedimentos judiciais – morosos e burocráticos – não podem mais ser a resposta para alguns conflitos.

Por tudo isso, algumas outras necessidades – e saídas – foram ficando cada vez mais claras para os envolvidos no ambiente delituoso e as legislações começaram por acompanhar esse paradigma – como a lei 21/2007 em Portugal e diversas leis brasileiras que, apesar de não tratarem especificamente da mediação penal, dão clara abertura para espaços de consenso como a lei dos Juizados especiais (Lei 9.099/95) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) – sempre com a finalidade de flexibilizar e dar o tratamento adequado ao ambiente do Crime.

Feito isso, delimitados os conceitos e de que forma trabalham os instrumentos restaurativos, nos resta refletir de que maneira os mesmos seriam importantes na política criminal Brasileira e para a população carcerária, na busca no *não* encarceramento ou do descarceramento como finalidade principal para o sucesso no *mister* de tornar o cárcere

²⁷⁵ COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos...” *Op. Cit.* p. 97

brasileiro local ideal para as finalidades que as penas privativas de liberdade almejam.
Vamos a isto.

CAPÍTULO III - JUSTIÇA RESTAURATIVA E O CÁRCERE: A MEDIAÇÃO PENAL (E A DIVERSÃO) COMO MODELO RESTAURATIVO EM PROL DO NÃO ENCARCERAMENTO.

3.1 MEDIAÇÃO COMO SUBTERFÚGIO PARA O ENCARCERAMENTO

*“Por sua natureza extrajudicial e pré-processual, a mediação penal tende a ser o modelo restaurativo mais apto a ser aplicado no contexto jurídico penal Brasileiro.”*²⁷⁶ A afirmação demasiado contundente de Leonardo SICA não só é de fundamental importância para a incidência no novo modelo bem como completa as ideias que defendemos aqui a respeito da aplicabilidade da justiça restaurativa no cansado sistema penitenciário brasileiro. É certo que já no final do século XX e início do século XXI são incontáveis as discussões a respeito da falência do sistema penal tal qual o conhecemos, sobretudo pela incapacidade que a pena privativa de liberdade tem de trazer respostas para os envolvidos nos delitos que nela veem a melhor forma de responder a este fato social.

Nesse diapasão, autores diversos trabalham com a ideia da substituição – acreditamos, no entanto, que o absoluto abandono da teoria penal clássica seria ignorar séculos de estudos amparados também pelo empirismo do comportamento penal nas diversas sociedades – do sistema penal consistente na persecução criminal das condutas e punição oriunda destes atos e conseqüentemente a adoção de um novo paradigma – que pudesse dar algumas respostas e suprir algumas falhas daquele outro modelo. – Acreditamos com maior veemência na capacidade de uma teoria mista onde o universo Restaurativo viesse acompanhar o universo penal clássico na busca de soluções para as demandas do crime – objeto comum – originadas e a reparação dos problemas atinentes aos dois modelos.²⁷⁷

O terceiro e derradeiro capítulo da presente dissertação do mestrado em Direito vai tentar fazer exatamente aquilo que agora propomos: apresentar o paradigma restaurativo – sobretudo aquele concernente a prática da mediação penal, que sem dúvida é uma das práticas pertencentes a um maior número de ordenamentos jurídicos também aqui estudados ou simplesmente mencionados para exemplificar o sucesso da empreitada restaurativa – aos

²⁷⁶ Nesse sentido cf. SICA, Leonardo, “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, Janeiro-junho 2009, n. ° 12 ps. 411-447

²⁷⁷ “Assim, entre a justiça penal e a Justiça Restaurativa, enquanto mecanismos de resposta ao crime, o acento tônico deve ser colocado na relação de mútua colaboração – e não de recíproca exclusão (...)” Nesse sentido se manifestou Hélio PINTO (PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... Op. Cit. p. 132)

procedimentos criminais existentes no ordenamento jurídico do Brasil com o intuito de resolver o problema oriundo do costume encarcerador presente nesta sociedade, como demonstramos no capítulo primeiro. Para tanto resolvemos por inserir a possibilidade de se operar a mediação penal nas diversas fases do processo penal, sempre com vistas a obstar o prosseguimento do mesmo e entregar às partes envolvidas aquilo que efetivamente necessitam após os resultados sofridos pelo acontecimento do delito²⁷⁸ e também – e com mais afinco, já que isso é responder umas das perguntas basilares da nossa problemática – evitar o encarceramento (seja ele fruto da execução de uma pena privativa de liberdade ou subsistente de uma prisão preventiva no seio do processo) dos arguidos e conseqüentemente diminuir o contingente populacional do outro lado dos muros.

3.2 MEDIAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL E A DESNECESSIDADE DA AÇÃO PENAL

O problema do IPL no procedimento da justiça criminal brasileira é questão não desprovida de grandes problemas relacionados com a cultura brasileira do encarceramento. Dizemos isto pois no Brasil não existe sequer mínima parte dos integrantes das polícias judiciárias que trabalham com a resolução dos conflitos oriundos do crime. Eles estão mais preocupados com a literalidade da lei²⁷⁹ – quando diz que a polícia judiciária, através dos Delegados de Polícia de carreira, tem competência para guiar todos os atos do inquérito policial com a finalidade de transmitir todas as informações necessárias para a aferição da autoria e materialidade de suposto delito, bem como as informações atinentes ao suposto autor do fato – do que com a resolução de um conflito interpessoal e a possibilidade de a ele dar uma resposta que seja absoluta e capaz de satisfazer os interesses dos envolvidos.

Essa mudança de paradigmas com relação a atuação policial, em nosso sentir está mais relacionado com o que se espera das instituições formais de controle no seio dos processos que visam responder as condutas consideradas delituosas. No entanto, o acesso à justiça pertencente a todos os indivíduos no Estado democrático de Direito não se satisfaz com o

²⁷⁸ “O cidadão deve consciencializar-se activamente que o problema criminal não é só um problema estadual mas é também seu. Deve, pois, ao menos estar desperto para a premência e acuidade que a questão coloca. Deve, em suma, abrir mão da confortável situação de conformismo. Mas tão importante como a nova mutação a nível de pessoas individuais é a participação efectiva das pequenas comunidades na resolução de algumas questões da pequena criminalidade, mas também na diminuição da gravidade dos problemas que a criminalidade, em geral, coloca.” COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos...” *Op. Cit.* p. 111

²⁷⁹ O Inquérito policial está exposto (sobretudo as suas principais características no item 1.3.1 da presente dissertação e as disposições legais relativas ao inquérito e todo o seu funcionamento podem ser encontradas entre os artigos 4º e 23º do Código de Processo Penal Brasileiro.

mero sabor ou dissabor da conduta policial, da conduta dos magistrados do ministério público ou dos Juizes a quem compete emitir uma sentença independente e imparcial a respeito dos atos que lhe são apresentados.

Neste sentido e com um brilho especial foi que destacou Hélio Pinheiro PINTO em artigo voltado a mediação penal no Brasil, que este acesso à justiça como colocamos deve pegar emprestado uma *dimensão axiológica* que possa assegurar a resolução dos conflitos de acordo com a peculiaridade de cada um.²⁸⁰ Isso quer dizer, na visão do referido autor, que as partes envolvidas não têm simplesmente o direito ao acesso à justiça respeitado quando observam a atividade policial – ou de outro operador do direito pertencente a estes procedimentos – mas que precisam, além disso, de uma *ordem jurídica justa* já que esse direito deve “*viabilizar o exercício da cidadania plena, que, por sua vez, confere concretude aos princípios democráticos e republicanos.*”²⁸¹

Como já dissemos, porém, imaginar que a polícia judiciária pode realizar um papel condicionante a resolução dos conflitos - não só trabalhar no sentido de colher indícios de autoria e materialidade do crime com o intuito de enviar e inaugurar nova fase da persecução – é extremamente desconfortável em um país que não consegue enxergar a outra face do conflito que não a de uma ofensa às leis e a comunidade. Talvez por isso que José de Faria COSTA tenha constatado que “*difícilmente a polícia poderá representar o papel do árbitro, já que nem sequer essa ‘máscara’ afivela ou tão-pouco se lhe adéqua.*”²⁸²

O mesmo autor contribui de maneira decisiva também por ressaltar que essas práticas acabam por se tornar tão presentes no cotidiano, que a lei acaba por absorvê-las como sendo as mais convenientes para a resolução dos delitos.²⁸³ Em outras palavras o que se convencionou foi que a polícia deve ser a instituição imediatamente preparada para estar à frente dos litígios de natureza criminal. Não só porque tem a competência para averiguar a autoria e materialidade do delito que a lei empresta-lhe, mas também pelo o que já se convencionou na sociedade. Se A desfere golpes com uma faca em B, ou se C está a perturbar o sossego de D, em altas horas da noite, é comum que a primeira reação de terceiros ou dos próprios envolvidos é a de proferir a *ameaça*: “ Eu vou chamar a Polícia! ”

Não estamos a defender a ideia de que os conflitos devam ser resolvidos sem a participação das instituições que foram criadas para este fim – e isso seria retornar à

²⁸⁰ PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. Cit.* p. 102

²⁸¹ *Ibidem*, p.102

²⁸² COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos...” *Op. Cit.* p. 122

²⁸³ *Ibidem*, p. 130

obediência da já mencionada *lei de Talião* – como é o caso da polícia. O que se quer é demonstrar que a viabilidade da intromissão da polícia judiciária na resolução de conflitos deva ser tão preponderante como a que empresta-lhe a competência regulada pela lei. Explico.

A despeito do ferimento de morte – pelo menos a primeira vista - do princípio da *reserva de jurisdição*²⁸⁴, estamos a trabalhar com a ideia de resolução – principalmente da criminalidade leve ou média – dos conflitos a partir de uma mediação penal ainda em sede de inquérito, obviamente (no Brasil) operada pela polícia judiciária. Isso seria sustentar concepções amplamente diversas comparadas ao funcionamento do inquérito nos dias atuais, concepções que merecem guarida já que estamos trabalhando na resolução de um problema grave relacionado com a operabilidade dos direitos fundamentais dos reclusos e também do salutar funcionamento do sistema penal. E quais são essas concepções/alterações? Vamos a elas.

Como já dito exaustivamente, os Delegados de Polícia de carreira têm a competência - por força constitucional - de presidir os inquéritos policiais que visam esclarecer indícios de autoria e materialidade para o desenrolar da persecução criminal por parte do Estado. A partir do momento em que o Delegado envia as peças do IPL para a apreciação do poder judiciário e dos membros do MP, termina ali a sua “cooperação” com o processo penal já que transfere a responsabilidade do processamento e punição para outros atores. Queremos introduzir aqui a ideia de uma participação mais ampla da polícia, na pessoa do Delegado para apreciar, ele mesmo (e de acordo com os ditames da lei), a possibilidade de já em sede de inquérito realizar a mediação penal dos casos submetidos à atuação policial. Para tanto (e aqui já são as alterações de caráter material) as delegacias de polícia deverão contar com apoio de pessoal especializado dos próprios Tribunais (e do MP) para a realização destas audiências de mediação (ou seja, mediadores capacitados) buscando operar a resolução de conflitos antes mesmo do envio do IPL à Justiça (Poder Judiciário).

A introdução dessa maneira de mediar conflitos mesmo antes do oferecimento da denúncia e do desenrolar do processo é baseada em uma prática já existente nas delegacias brasileiras que diz respeito a inserção de profissionais de Assistência Social aos mais necessitados. Isso significa que em alguns casos (como os conflitos relacionados a menores

²⁸⁴ “compreendido como a atribuição, pelo ordenamento jurídico, de competência para o exercício da função materialmente jurisdicional aos juízes e tribunais, vedando-se a prática, por terceiros estranhos ao Poder Judiciário, de atos pertencentes ao núcleo essencial daquela função, que é confiada, com exclusividade, aos órgãos judiciais, conforme se denota, por exemplo, do art. 202 da CRP e do art.5º,XXXV da CF.” PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. cit.*, p. 105

moradores de rua ou conflito entre vizinhos) o Delegado encaminha o conflito para o setor de Assistência Social que vai analisar a viabilidade de resolver aquele conflito imediatamente com a composição entre os envolvidos,²⁸⁵ lavrando um termo em que as partes se responsabilizam em praticar (ou se abster) de determinadas condutas para que o convívio social ocorra da melhor maneira possível.

Não nos parece que a possibilidade de inserir uma equipe especializada em mediação nas Delegacias esteja tão longe. Na verdade – temos que convir – o que dificulta essas alterações em sede de inquérito é exatamente a aversão e apatia que ainda existe ao apego ao princípio da reserva de Jurisdição. Isso quer dizer que apesar dos anseios contemporâneos pelas práticas *participativas* na resolução de conflitos (que estão intimamente ligadas a *justiça participativa* e *democracia participativa*, ambas “filhas” do princípio de Estado Democrático de Direito²⁸⁶) ainda não se consegue observar na prática o incremento e o uso contínuo das mesmas com a finalidade de “desafogar” as delegacias e os Tribunais bem como entregar uma resposta justa aos envolvidos no crime.

Para a resolução deste problema (o de explicar para o Juiz, para o Tribunal e assim satisfazer os critérios do princípio da reserva de função jurisdicional) é imperioso que o procedimento de comunicação entre o Delegado e o Magistrado (Polícia Judiciária – Poder Judiciário) se mantenha da mesma forma como já estabelecido pela legislação²⁸⁷, ou seja, basta que a Autoridade Policial por escrito (como o faz com o relatório minucioso enviado ao Magistrado, à luz do artigo 10, §1º do CPP) encaminhe as razões que vislumbrou para proceder com a mediação penal em determinados casos, ocasião em que o Juiz, após fazer análise das justificativas, homologará (ou não) o procedimento novo que visa resolver o conflito ainda em fase inquisitorial. Realizado o encontro restaurativo e formalizado um acordo entre os envolvidos, o Delegado de Polícia novamente o encaminha para o Juiz para que homologue, fazendo com que a *primeira* e a *última* palavra sejam exaradas pelo Poder

²⁸⁵ Neste sentido cf. (AQUINO, Nathalia Kamila Nunes; CORREA, Rosália do Socorro da Silva. O serviço social na mediação de conflitos: a atuação do assistente social no caso de conflitos familiares mediados na Seccional Urbana do bairro da Sacramento em Belém – Pará. Revista Políticas públicas & Cidades, v.2,n.1, p 154-171, Jan./abr.2015. Disponível em <http://periodico.revistappc.com/index.php/ppc/article/view/23>. Acesso 13 de Maio de 2016) onde pode-se encontrar o trabalho efetivado por assistentes sociais junto a delegacias de polícias na cooperação da resolução de conflitos.

²⁸⁶ PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. cit.*, p. 134

²⁸⁷ Exemplo disso são os dispositivos 10, §1º, art.13, I, arts. 17,18 e 19, art.306 §1º e art.310, I,II E III, todos do código de processo penal brasileiro que mostram ocasiões em que existe essa comunicação entre o Delegado e o Juiz.

Judiciário, respeitando então a reserva de Juiz²⁸⁸ e evitando que se atribua autonomia plena às partes, sem qualquer fiscalização judicial²⁸⁹ (uma vez que essa apreciação é até mesmo necessária na medida em que estaremos diante de limitações e relativizações de direitos fundamentais, o que precisamente deve ser observado pelo poder judiciário).²⁹⁰

Efetivado o acordo e homologado por parte do Magistrado - que representa o poder judiciário²⁹¹ - ocorrerá a extinção da punibilidade do agente e o conseqüente arquivamento do IPL, motivando assim a desnecessidade do contato com o cárcere e a conseqüente sobrelotação deste, bem como com o moroso processo que visa apontar a culpa.

3.3 MEDIAÇÃO NO DECORRER DO PROCESSO FORMAL

O processo concatenado em diversos procedimentos com a finalidade de aferir o grau de responsabilidade (culpa) dos sujeitos, geralmente segue a mesma lógica independente do ordenamento jurídico que estamos estudando. Não difere muito do *frenesi* processual consistente no oferecimento da denúncia por órgão oficial (MP), na condução de audiências, presentes as partes para informar o ocorrido a partir dos seus pontos de vista, testemunhas para fortalecer as informações e peritos para tecnicamente informar sobre a ocorrência dos fatos (quando possível). A partir de todas as informações colhidas e formalmente juntadas aos autos é que o Magistrado terá condições de proferir uma sentença que informará o quanto restou convencido da acusação proferida face aos fatos, argumentos e provas trazidos para sua apreciação.

Diuturnamente é isso que ocorre nos Tribunais espalhados por todo o país. Advogados, Promotores de Justiça (membros do MP), Defensores públicos²⁹² (quando a parte não tem condições materiais para arcar com as despesas dos honorários de advogado), assistentes do Juízo, assessores e o próprio Juiz seguem essa lógica no dia-a-dia forense do Estado Brasileiro, até pela literalidade exigida pela lei - e seus termos - e pelo princípio da reserva

²⁸⁸ “A reserva absoluta ocorre quando o ato a ser praticado é, desde o início, materialmente jurisdicional – (...) – e por isso cabe ao Poder Judiciário, com exclusividade, dizer todas as palavras: a primeira e a última.” (PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. cit.*, p. 125)

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 141

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 141

²⁹¹ Efetivando uma “reserva de jurisdição relativa semi-integral” como elucidou Hélio PINTO. *Ibidem*, p. 147

²⁹² A respeito das origens e funcionamento da Defensoria Pública cf. ROCHA, Jorge Bheron. “O Histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional.” In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra, 2016, ps. 265-316; e sobre a defensoria em Portugal cf. BOTELHO, Marta Madalena. “Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e desejável? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro.” In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra, 2016, ps. 351-408.

de jurisdição, consistente na “*atribuição, pelo ordenamento jurídico, de competência para o exercício da função materialmente jurisdicional aos juízes e tribunais...*”²⁹³. Grosso modo, a cultura brasileira do litígio acaba por fundamentar esse andamento do processo que cegamente caminha para a condenação sem se importar com as reais necessidades das partes.

Entre outras coisas, essa necessidade de se preocupar com os anseios oriundos dos sentimentos das partes envolvidas é o que dá sustentáculo a operabilidade da justiça restaurativa em nosso país, principalmente se formos levar em consideração a massificação das relações litigiosas, sobretudo as de caráter criminal. A compatibilidade da JR com o sistema de justiça criminal no Brasil já fora acentuada por diversos autores²⁹⁴ restando-nos a orientar como deverá ocorrer essa prática no berço de um processo mecanizado tal qual apresentamos.

Insta destacar que algumas soluções restaurativas já têm funcionamento garantido por algumas leis brasileiras. Um pouco mais a frente falaremos sobre os artifícios encontrados na lei brasileira que permitem uma visão mais flexibilizada do conflito e que podem afastar a incidência da pena, mais especificamente a pena privativa de liberdade.²⁹⁵ A transação penal e a suspensão condicional do processo se operam no rito sumaríssimo (o rito dos Juizados Especiais) e não abarcam a criminalidade condizente a penas que ultrapassam dois anos (cinco, em Portugal, à luz da lei 21/2007 de 12 de junho) que será objeto do presente tópico.

Ora, o que queremos estabelecer são critérios relacionados a aplicabilidade da mediação penal enquanto prática restaurativa voltada a delitos de ação penal pública ou de delitos mais graves em que as penas cominadas ultrapassem o patamar do Juizados criminais, sendo que o processamento dos mesmos no Brasil, é operado no seio do rito comum ordinário²⁹⁶ (para crimes com penas máximas abstratas superiores a quatro anos) e pelo rito comum sumário (penas máximas abstratas entre dois e quatro anos)²⁹⁷, sem prejuízo de outras legislações e

²⁹³ *Ibidem*, p. 105

²⁹⁴ “*Argumentamos que a justiça restaurativa é juridicamente sustentável e compatível com o nosso sistema jurídico...*” (PINTO, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Restaurativa é possível no Brasil? ”, *Justiça Restaurativa*, Brasília: MJ/PNUD,2005, ps. 19-39.) e Hélio Pinheiro PINTO (PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Ibidem.*”, p. 158) quando afirma que “*No Brasil, embora não exista uma lei que discipline e autorize, uniforme e genericamente, a mediação penal, é possível a utilização dessa prática restaurativa, pois ela não pressupõe, necessariamente, uma disciplina legal específica para ser implementada...*”

²⁹⁵ Ver item 3.5 da presente dissertação.

²⁹⁶ “*A definição da categoria do rito comum terá como parâmetro a pena máxima cominada abstratamente ao crime (art.394,§ 1º do Código de Processo Penal Brasileiro.)*” Nesse sentido se manifestou Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues de ALENCAR (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal... Op.Cit.*p. 730).

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 731

da própria CF que poderá estabelecer o seguimento de rito diverso em casos especiais (por exemplo o Código eleitoral que disciplinará o processamento de crimes desta natureza; o Código penal Militar idem).

A aplicação da mediação a qual defendemos é atinente a crimes julgados nos ritos comum ordinário e sumário, como por exemplo o Furto (art. 155 CPB) e a receptação (art. 180 CPB) que são julgados no rito comum sumário, e os crimes de Roubo (art.157 CPB), Homicídio (art. 121 CPB) e Latrocínio (art.157,§3º CPB) que são julgados no rito comum ordinário e também a delitos pertencentes a legislações específicas como o Tráfico de Drogas (Lei 11.343/2006), crimes oriundos da posse irregular de armas (Lei 10.826/2003) e violência doméstica (Lei Maria da Penha – 11.340/2006). A escolha desses *tipos* específicos obedece uma lógica relacionada a população carcerária, senão vejamos.

De acordo com o levantamento penitenciário efetuado no Brasil em meados de 2014, os crimes arrolados anteriormente correspondem a 89% (!) dos motivos pelos quais se encarcera no Brasil.²⁹⁸ Isso quer dizer que 21% correspondem ao crime de Roubo, 11% de furto, 14% são reclusos que respondem/responderam pelo crime de homicídio, 3% da população supostamente cometeu o crime de receptação, enquanto que os mesmos 3% cometeram o latrocínio. No Universo dos quase 90% dos encarcerados, levando em consideração o tipo penal, em torno de 55% a 60% serão julgados no rito comum ordinário e sumário (soma-se aqui 11% da categoria “*outros*” na estatística do DEPEN²⁹⁹).

Se inserirmos a mediação penal como proposta a relativizar e conseqüentemente flexibilizar o tratamento do arguido nesses ritos de julgamento, estaríamos dando a oportunidade de diminuir o contingente populacional carcerário. E de que forma fazemos isso? Enquanto que as audiências no bojo de processos que visam assegurar a punição dos arguidos que cometerem os referidos crimes, poderia o Magistrado juntamente com uma equipe especializada em mediação e JR, conjecturar a possibilidade de aproximar as partes (sobretudo e muito especificamente nos delitos menos graves como o Furto e Roubo simples) na procura de uma interação que possibilite a reparação dos danos (note-se que são crimes patrimoniais que possibilitam largamente a reparação do dano) e a desnecessidade de manter a prisão preventiva ou a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Ainda na senda da estatística supra mencionada, afirma-se que 27% dos reclusos supostamente cometeram o delito de Tráfico de estupefacientes e que 7% desobedeceram o

²⁹⁸ MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional ... *Op. Cit.* p.69

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 69

Estatuto do Desarmamento³⁰⁰. Ora, podemos destacar o fato de ambas as condutas serem classificadas como crimes sem vítimas, o que possibilita um tratamento diverso por parte das instituições formais de controle na busca da humanização do tratamento com o arguido e de sua recuperação, não adquirida na pena privativa de liberdade (que convenhamos não tem sido a melhor das hipóteses) podendo os mesmos concordarem na assunção de responsabilidades várias que funcionariam como prevenção especial em todo o caso.

No berço do processo criminal, a mediação pode figurar como uma “*pluralidade de portas*”³⁰¹ na busca de soluções consensuais de conflitos principalmente para os delitos que cooperam mais incisivamente para a ampliação da população carcerária que podem ser objeto de um desfecho diverso partindo da concepção de possibilidade do Juiz com a participação ativa das partes envolvidas.

Não sendo possível, a mediação penal pode tentar ganhar espaço ainda no final do processo na fase de execução de penas como se verá adiante.

3.4 MEDIAÇÃO PÓS SENTENCIAL E A CONSEQUENTE SOLTURA

Por mais absurdo que possa parecer, podemos afirmar com segurança que no Estado brasileiro existem pessoas presas injustamente. Existem pessoas presas já tendo, por exemplo, o constitucional direito de progressão de regime, direito entregue ao preso que tem bom comportamento carcerário e já cumpriu uma parte da pena. Essas conclusões são derivadas do que já mencionamos como a falta de aparato para cumprir com os mais comezinhos direitos relacionados ao cidadão recluso pois para toda a gente é muito claro: nada justifica a prisão perpetua e o fundamento que lhe defende uma vez que até para o mais atroz dos erros, existe uma pena proporcional que visa entre outras coisas, recuperar a postura cidadã – e afastar a postura delinquente – dos que cometeram algum tipo de delito. É neste sentido que a sempre atual Obra de Anabela MIRANDA afirma que “*A socialização intra-muros só terá sentido se for uma socialização de transição para a liberdade*”³⁰², liberdade esta como sendo o ápice do presente tópico: o de demonstrar a possibilidade do funcionamento da mediação penal pós sentencial no ambiente delineado pelo ordenamento jurídico do Brasil.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 69

³⁰¹ “*É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas á variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade.*” (PINTO, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Restaurativa é possível no Brasil?... *Op. Cit.*, p. 19.

³⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária.... *Op. Cit.* p.156

Apesar da falta de preparação cultural para Resoluções alternativas de litígios³⁰³ que desmotiva a aplicação da lei de Mediação em Portugal e principalmente desencoraja a promulgação de lei que trate do mesmo assunto no Brasil, a mediação pós sentencial seria a maneira mais válida de voltar a discutir a respeito do crime que ensejou a referida reclusão, já que a discussão criminal já se operou no berço do processo ensejando uma sentença que impôs uma pena. A mediação penal pós sentencial então, na visão de André Lamas LEITE se consubstancia em um encontro entre o condenado e o ofendido (ou seus familiares) para originar determinadas consequências³⁰⁴, sobretudo uma relacionada a ressocialização do recluso que terá oportunidade (novamente) de esclarecer para o ofendido ou seus familiares as motivações do crime, reconhecendo as consequências dos seus atos.

LEITE destaca vários projetos de mediação penal pós-sentencial. Na Hungria tem-se designado o MEREPS – *Mediation and Restorative Justice in Prison Settings*; Na Alemanha, de igual maneira, houveram programas pós-sentenciais voltados a “ofensores sexuais” – o *Victim’ Voices Heard* – e na Inglaterra, em meados nos anos 80, houveram programas que tratavam de estabelecer um contato entre as vítimas de roubo e seus ofensores por meio do *VOIC (Victims and offenders in conciliation)*.³⁰⁵

Apesar da total ausência da mediação pós-sentencial em Portugal (e no Brasil) e a dificuldade de encontrar projetos que a instituem como uma forma válida de resolução de conflitos, o autor mencionado não deixou de especificar diversas vantagens oriundas desta nova forma de relação dentro das casas penais. Logrou por demonstrar que o encontro restaurativo na fase da execução da sentença terminaria por ser positivo pois traria para dentro da casa penal o ofendido ou seus familiares, possibilitando ao recluso um contato – tão significativo – com o mundo exterior através da pessoa com a qual dividiu o litígio. Da mesma maneira que aproximaria as partes, ofereceria ao recluso nova chance do exercício da reflexão (*reflectindo nas suas experiências e nas alheias contribui para projetar uma civilização renovada e iluminada com base em uma sã relação*)³⁰⁶ quanto aos atos que o encarceraram, forte contributo para a socialização buscada pela pena de prisão.

³⁰³ LEITE, André Lamas. Uma leitura Humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial... *Op. Cit.*, p.19

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 19

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 20

³⁰⁶ Nesse sentido manifestou José Henrique DUARTE em obra voltada, entre outras coisas, para o estudo da mediação disciplinar nos ambientes penitenciários. (DUARTE, José Henrique. Banir o delinquente, salvar o homem. A mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplina prisional. Almedina: Coimbra,2013.)

Insta destacar que todo os esforços voltados para a promulgação de uma lei que viesse a tratar sobre a mediação pós-sentencial encontrariam seu fundamento na possibilidade de diminuir o *quantum* estabelecido da pena privativa de liberdade e, por conseguinte flexibilizar esta medida. É aqui que vemos a possibilidade imediata na resolução (ou ajuda necessária para esta resolução) dos problemas de sobrelotação carcerária no Brasil.

Ora, se vários dispositivos tratam da progressão de regime como um direito ao recluso que tem bom comportamento e que tenha cumprido um período da pena, não é difícil apregoar a possibilidade de flexibilizar mais ainda o tempo de reclusão quando o presidiário demonstrar verdadeiros interesses em um encontro de mediação que, como já vimos, trará consequências positivas.

É claro que certos crimes devem - *ab initio* - não suportar a medida como bem assevera LEITE³⁰⁷, principalmente aqueles crimes pertencentes ao que conhecemos como criminalidade grave, mas isso não deve servir de parâmetro para que a mediação pós-sentencial seja objeto de detida atenção dos que querem fazer dos cárceres ambientes mais humanos para a finalidade que querem as penas privativas de liberdade – principalmente as finalidades de ressocialização.

Se entendermos possível a operabilidade da mediação na fase de execução de penas, concordaríamos com a possibilidade do alargamento das possibilidades de soltura, uma vez que institutos como a progressão de regime (artigo 112 da Lei de Execução Penal Brasileira) e o Livramento condicional (artigo 131 e s. da LEP e artigo 83 e s. do Código Penal Brasileiro, bem como nas disposições inseridas na CF referente às prisões) não tratam de coisa diferente que não a liberdade do recluso merecedor desta condição.

Como já vimos alhures, uma quantia considerável da população *intra-murus* brasileira, responde por delitos de criminalidade média, sendo que as medidas de encarceramento servem somente para o endurecimento do tratamento penal com os reclusos, desconhecendo efetivamente as finalidades para as quais são empregadas. Se essa parcela de reclusos – os que respondem por crimes leves ou médios – for objeto experimental da mediação pós-sentencial, os números atinentes a quantidade de reclusos no país, poderão diminuir, trazendo a possibilidade da concretização de um cárcere mais humano e do alcance mais efetivo das finalidades da pena privativa de liberdade face a crimes mais graves.

Além da mediação e de outras práticas restaurativas que visam evitar a cultura do encarceramento e entregar liberdade para os encarcerados sob determinadas condições,

³⁰⁷ LEITE, André Lamas. Uma leitura Humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial... *Op. Cit.*, p.27

existem outras medidas (abarcadas pelas leis penais de maneira geral) que têm esse condão descarcerador. É que o veremos no tópico seguinte.

3.5 OUTROS ARTIFÍCIOS NO BERÇO DO PROCESSO FORMAL

Aliados a ideia de que a população carcerária brasileira enfrenta uma série crise institucional por parte da instituição confiada a salvaguarda dos seus direitos, além de trabalhar com a ideia de inserção dos paradigmas restaurativos, sobretudo pela figura da mediação penal (uma das práticas mais importantes e delineadoras do que vem a ser a justiça restaurativa) também é confiável que alguns instrumentos pertencentes ao próprio processo penal também tenham validade na luta contra o encarceramento e também em prol do descarceramento, ao levar em consideração pessoas que se encontram reclusas.

Esta ideia está consubstanciada em uma afirmação muito usada por aqueles que estudam um pouco do paradigma de restauração em comparação com o sistema penal propriamente dito: ambos os sistemas podem trabalhar em perfeita cooperação principalmente pelo fato de que dividem o mesmo objeto de estudo: o crime.

Por isso, além de estabelecer a mediação penal como instrumento que viabilize a resolução de alguns problemas penais com a finalidade de relativizar o processo penal e o encarceramento, concordamos que ferramentas como a delação premiada (no seio da *Plea Bargaining*), a suspensão condicional do processo e a transação penal podem trabalhar juntamente com a justiça restaurativa para a resolução das sobrelotações já que instituem que a pena privativa de liberdade é afastada. Vamos falar um pouco destes instrumentos.

3.5.1 AS POSSIBILIDADES DE TRANSAÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

A incidência das práticas restaurativas é crucial para a humanização das casas penais, principalmente em países em que a população carcerária encontra-se incluída em um ambiente deficiente de vagas, onde não raras vezes dez reclusos estão presos em estabelecimentos que comportam apenas dois. Além deste novo pensamento de tratar o conflito oriundo da conduta delitiva como um problema a ser resolvido pelas próprias partes – ocasião em que temos a pena (e mais especificamente a pena privativa de liberdade) afastada face a assunção de determinadas responsabilidades por parte do arguido, todas insculpidas em um acordo firmado com a vítima – temos alguns dispositivos inseridos nas leis penais de diversos ordenamentos jurídicos.

Como na JR, a pena privativa de liberdade acaba por ser relativizada em prol da liberdade dos apenados – ou réus – e o desfecho do processo ou do cumprimento da pena acaba por ser outro, mais favorável ao arguido. O que ocorre na verdade é o próprio desfecho do processo e ao final do cumprimento das medidas, a extinção da punibilidade do delito objeto da persecução. Senão vejamos.

No que diz respeito a Suspensão condicional da pena, temos que concordar que seu surgimento está ancorado na política criminal brasileira preocupada com o encarceramento em massa de indivíduos menos perigosos que cometem crimes pertencentes a criminalidade media³⁰⁸, visando então evitar a pena privativa de liberdade (como o quer os principais cultores da JR). É o caráter descarcerizador amplamente defendido nas entrelinhas na presente dissertação que fundamenta a aplicação da referida suspensão, prevista no art.77 do Código Penal Brasileiro.

A lei estabelece que o benefício poderá ser aplicado nas hipóteses em que a pena atribuída na sentença condenatória não ultrapasse o patamar de dois anos, respeitadas outras condições, elencadas no dispositivo.³⁰⁹ O *sursis* comporta outras classificações, de acordo com o que demonstra SIQUEIRA JÚNIOR³¹⁰. Além da habitual suspensão acima explicada, pode o Juiz aplicar o *Sursis Etário* ou *Humanitário* nas hipóteses em que os condenados sejam maiores de 70 anos ou por condições de comprovada saúde debilitada. Em ambos os casos, o período de prova (que deverá cumprir as condições para a suspensão estabelecidas) poderá ser alargado de quatro para seis anos, sempre de acordo com o caso concreto e as penas que comportam o benefício podem ser de até quatro anos, excepcionados tais casos.

O que simplesmente ocorre é a substituição da necessidade de ser encarcerado pela assunção de um conjunto de medidas impostas pelo Juiz a serem realizadas no período de prova.

O termo do prazo estabelecido significa a extinção da punibilidade do condenado, nos termos do artigo 82 do CPB.

³⁰⁸ SIQUEIRA JÚNIOR, José Carlos Bezerra de. Uma abordagem crítica da suspensão condicional da pena. Monografia apresentada à Universidade católica de Brasília sob a orientação de Neide Aparecida Ribeiro. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2557>. Acesso em 16 de maio de 2016.

³⁰⁹ O condenado não pode ser reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente autorizam a referida concessão; Não seja indicada a substituição prevista no artigo 44 (hipóteses de substituição de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos) são as condições impostas para a suspensão da pena. (Art. 77, I, II e III).

³¹⁰ SIQUEIRA JÚNIOR, José Carlos Bezerra de. Uma abordagem crítica da suspensão condicional da pena... *Op. Cit.*, p.16

Em Portugal, a Suspensão da Pena de Prisão é estabelecida pelos artigos 50 e s. do Código Penal Português³¹¹, obedecendo praticamente as mesmas lógicas da Suspensão condicional Brasileira, sendo extinta ao final do prazo estabelecido e se não houverem ocorrido motivos para a sua revogação (art. 57 do CP Português).

A Suspensão Condicional do Processo no direito brasileiro é norma positivada na lei dos Juizados especiais, como o são os demais atos jurídicos que aqui serão expostos e fazem parte do pacote utilitarista oferecido pela Lei dos Juizados Especiais (com exceção da Suspensão da Pena, presente no CP, art.77).

De acordo com o art. 89 e s. no oferecimento da denúncia o Promotor (Magistrado do Ministério Público) poderá propor a Suspensão condicional na hipótese em que o crime objeto da denúncia não contenha pena superior a um ano e o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro delito. Elencamos essa ferramenta à disposição dos juizados pelo fato de que só pode ser efetivada com uma condição atinente a prática restaurativa da reparação. É o que preleciona o §1º do artigo 89, que traz as condições para a suspensão de dois a quatro anos do processo.

Hélio Pinheiro PINTO destaca a Suspensão condicional do processo como sendo uma das “portas” de entrada da justiça restaurativa no ordenamento jurídico-penal brasileiro na medida em que possibilita a solução consensual nos delitos que a pena mínima for igual ou inferior a um ano como o homicídio culposo (art.121 §3º), a lesão corporal grave (art. 129, §1º), o estelionato (art. 171, *caput*), o furto simples (art.155, *caput*) entre outros.³¹² Complementa o autor que a suspensão condicional do processo ainda pode contar com outra vantagem: a de minimizar a possibilidade de se incluir na mediação penal meras incivildades ou condutas penalmente insignificantes, já que só é possível tal suspensão após o oferecimento e recebimento da denúncia, o que significa a verificação de fortes indícios de autoria e materialidade de um crime.³¹³

A Transação Penal é o procedimento pelo qual adianta-se a pena por meio de um consenso efetuado entre o membro do Ministério Público e o autor do fato, na presença de um Magistrado que homologue (em sentença) a referida medida. É “*o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do Magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito*

³¹¹ DL. n. ° 48/95 de 15 de março.

³¹² PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. cit.*, p. 153

³¹³ *Ibidem*, p.154.

instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada.”³¹⁴ Nota-se que o instituto da transação penal pouco vai influenciar ativamente na população carcerária. Vai, por outro lado, evitar com eficiência que se instaure a ação penal que vise perseguir um delito de menor potencial ofensivo desafogando os Tribunais de todo o país, uma vez que a pena é anteriormente (à persecução) ajustada.

O dispositivo que preleciona a proposta de Transação Penal por parte no membro do *Parquet* é o art. 76 da Lei 9.099/05, a lei dos Juizados Especiais que são os órgãos competentes para o julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, como já demonstrado alhures.

O que resta mencionar sobre a Transação penal é algo de suma importância pois vai influenciar na nossa problemática atinente a resolução dos conflitos realizada pelas próprias partes. Ora, antes mesmo de especificar que a Transação Penal seria de mais valia para o sistema carcerário se os delitos que pudessem ser objeto da mesma também fossem os que compreendem a criminalidade média (*e.g.* com penas superiores a dois anos) é imperioso reconhecer que o funcionamento da mesma não traz nenhuma participação da vítima, o que acaba por possibilitar a conclusão de que “*através da transação penal, os conflitos penais são resolvidos através da lógica do sistema antigo (aplicação da pena ao agressor, sem a participação da vítima) mas por meio da ideologia do sistema novo (expressão de vontade)*”³¹⁵.

Perfeito o acordo entre o autor do fato e o autor da ação (MP) O Juiz homologará em sentença que não acarreta antecedentes ou reincidência. O instrumento da Transação penal muito se assemelha com a *plea bargaining* estadunidense³¹⁶, o que veremos no próximo tópico.

³¹⁴ É a definição de SOBRANE, Sergio Turra. Transação Penal. São Paulo: Saraiva,2001. P.75 *Apud* CIPRIANO, Adriana Bomfim. Transação penal e Culpabilidade nos Juizados Especiais. Monografia apresentada a Universidade Católica de Brasília sob a orientação de Airton Rocha Nobrega. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2873>. Acesso em 16 de maio de 2016.

³¹⁵ Assim se manifestou FORMENTO, Jéssica. A (in)adequação da Transação penal como meio de resolução consensual de conflitos. Monografia apresentada a Universidade Federal de Santa Catarina sob a orientação de Alexandre de Morais da Rosa. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/114987>. Acesso em 16 de maio de 2016.

³¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negocial... *Op. Cit.*, p.102-103

3.5.2 “PLEA BARGAINING” OU “PLEA NEGOCIATION”

Como afirmamos, a barganha não é voz dos paradigmas restaurativos pelo simples fato de que sua estrutura compõe o processo penal formal. Não é uma maneira *divertida* de processar o crime e estabelecer uma pena, pois ainda faz parte do formalismo advindo da lei, apesar dos mecanismos legais que tratam da mesma ainda serem novos e por isso mesmo incompletos e incapazes de responder a alguns questionamentos fundamentais relacionados ao processo democrático, às garantias fundamentais e ao problema carcerário por nós especificamente estudado.

Neste último aspecto, já bem questionou Aury Lopes Junior ao prefaciá-lo tese de mestrado de Vinicius de Vasconcellos, publicada no Brasil pelo instituto brasileiro de Ciências criminais, o IBCCRIM: “*A expansão da possibilidade da concretização antecipada do poder de punir por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária?*”³¹⁷

Sem pormenorizar muito os conceitos, uma vez que o objeto do presente trabalho poderia ser desviado, Faria Costa estabelece que a “*plea bargaining*” ou “*plea negotiation*” nada mais é do que a negociação entre o infractor e o representante do Ministério Público sobre o objecto da acusação.”³¹⁸ Em outras palavras, como preleciona John Langbein, a *guilty plea* ocorre quando há uma pressão por parte do representante do Ministério Público para que o acusado confesse o ato criminoso e coopere com a busca da verdade real, renunciando ao julgamento, para ao final do procedimento “ganhar” punição mais leniente daquela que seria imposta ao final do processo.³¹⁹ Cláudia Santos ressalta o caráter negocial do ato, afirmando que o “*prosecutor negocia com a defesa na procura de um acordo, que pode implicar manipulações quer do objecto da acusação quer da pena, cabendo depois ao tribunal uma mera intervenção de homologação deste acordo.*”³²⁰

O que importa destacar e fazer pequena reflexão, auxiliado por Vinicius de Vasconcellos³²¹ é a respeito da obrigatoriedade e legalidade como princípios que permeiam o processo penal democrático brasileiro. Em uma política criminal extremamente caracterizada pela relatividade de seus paradigmas como a brasileira, é estranho pensar que

³¹⁷ *Ibidem*, p.16

³¹⁸ COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos... *Op. Cit.* p.118

³¹⁹ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v.13, p.261-272,1979.

³²⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. O crime do colarinho branco... *Op. Cit.* p.247

³²¹ VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negocial... *Op. Cit.* p. 43

estamos ampliando os poderes dos promotores de Justiça, representantes do Ministério Público. Estranho não no sentido casual de alargamento de poderes que buscam condenações a qualquer custo, mas no sentido de que entrega ao Ministério Público poderes de barganha, ou seja, o de negociar com o acusado os termos de sua pena a partir de confissões ou informações privilegiadas trazidas ao processo, o que não deixa de ser extremamente perigoso sobretudo pela quebra de princípios fundamentais como o princípio que resguarda a “*paridade de armas*”, na medida em que possibilita ao membro do ministério público, ao seu livre arbítrio “punir” aqueles réus que resolvam por não cooperar com o processo no seio da delação, ou seja, tratar os mesmos de maneira mais brusca, negando-lhes veementemente a possibilidade de gozarem de certos benefícios³²² no berço do processo pelo simples fato de não terem cooperado ou se comportado à luz das perspectivas daquele magistrado do MP.³²³

Ao delimitar o problema da obrigatoriedade (do oferecimento da denúncia e do conseqüente acompanhamento processual da acusação até sentença condenatória [já que este é o objetivo do representante ministerial desde o início da persecução criminal] e fase recursal objetivando a condenação em tribunais superiores) e da legalidade de um procedimento radicalmente diverso do andamento normal do processo penal, Vinicius de Vasconcellos estabelece que os conceitos encontram a possibilidade de resolução conflituosa no princípio da *Oportunidade* enquanto princípio que relativiza a obrigatoriedade com parâmetros encontrados no próprio ordenamento jurídico, ou seja, na norma positivada (*legalidade*).³²⁴

No Brasil, o instituto da Barganha que possibilita uma justiça criminal de caráter mais negociado ainda não é claramente regulamentado, ainda não existe lei própria que defina os limites e atuações dos membros do ministério público nesse *mister*. A lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 acabou por reformular alguns pontos da Delação Premiada (ou Colaboração premiada) no procedimento de apuração dos crimes ocorridos nos berços das organizações criminosas, fatores esses até então regulamentados pela lei 9.034 de 03 de maio de 1995.

³²² “(...) é também claro que tal sistema dispõe de um enorme potencial gerador de tratamentos desigualitários.” SANTOS, Cláudia Cruz. O crime do colarinho branco... *Op Cit.* p248

³²³ “O desequilíbrio da balança entre os atores processuais, em que se fragiliza uma das fundamentais premissas da realização da barganha, a igualdade entre as partes negociadoras, além de se expor a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em função de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena do imputado” VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negociada... *Op. Cit.* p.144 ao citar Aury Lopes Junior em LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.) Diálogos sobre Justiça Dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2002.

³²⁴ *Ibidem*, p. 51

Para as entrelinhas da problemática aqui delimitada, devemos fazer algumas objeções quanto à operabilidade das delações premiadas, instituto que ganhou novos contornos com a promulgação da legislação acima citada e com o desenrolar da *Operação Lava jato*, no Estado brasileiro.

Deixando de lado as finalidades bastante debatidas do Direito Penal Premial, que hora apontam a perspectiva de uma possível aceleração processual (na informação repassada pelo próprio acusado/investigado/réu), ora fundamentam sua necessidade na incompetência estatal na produção de provas³²⁵ ou até mesmo no “*melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo*”³²⁶ falaremos mais a respeito das vantagens com relação aos delatores, indivíduos possivelmente aptos a integrar a comunidade carcerária.

As alterações operadas pela lei 12.850/13 com relação a revogada 9.034/95 acentuaram um caráter mais humano no tratamento dos indivíduos associados e organizados para a prática delituosa. Em verdade, “mais humano” não seria bem a expressão acertadamente designada, já que humanos, no berço das organizações criminosas ou não, os indivíduos sempre foram e sempre o serão. Ocorre que a nova lei resolveu por relativizar a necessidade do cárcere nesses ambientes delituosos especiais.

Enquanto que o diploma de 95 priorizava a não concessão da liberdade provisória, impossibilitava o réu de recorrer em liberdade, obrigava que o início do cumprimento da pena devesse se operar sempre em regime fechado e estabelecia uma redução da pena entre 1/3 e 2/3 para o delator que aceitasse cooperar com o ministério público no âmbito da *guilty plea*, a nova lei ampliou o rol de benefícios. Além da redução da pena, traz o perdão judicial e até mesmo a substituição da pena corpórea pela restritiva de direitos³²⁷, redução de até a metade ou progressão de regime, nas hipóteses em que a colaboração venha a operar-se na faze de execução penal.³²⁸

Nesse ambiente o delator vai cooperar com a investigação dos demais coautores dos delitos por hora investigados, para facilitar a busca de informações importantes para a produção probatória e a consequente condenação dos mesmos. Por obvio, a informação repassada pelo delator não tem o condão de por si só possibilitar a condenação do terceiro “delatado”. As informações que visam facilitar o esclarecimento do conjunto probatório que visa a condenação apenas têm o caráter informativo na busca de *provas*

³²⁵ *Ibidem*, p. 114

³²⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

³²⁷ Tudo isso à luz do artigo 4º da Lei 12.850/13 que disciplina o instituto da Colaboração premiada, bem como regulamenta todo o seu funcionamento.

³²⁸ Art. 4.º §5º da Lei 12.850/13.

confirmatórias.³²⁹ Isso pode ser entendido a partir da exegese de dispositivo vinculado à lei 12.850/2013, mais especificamente o artigo 4.º §16º.³³⁰

As alterações oriundas da nova legislação que trata da colaboração premiada no ambiente da criminalidade organizada, sobretudo aquelas que tratam da possibilidade de não levar o cidadão ao cárcere, são o motivo e a razão para que fosse feita a menção das características da *plea bargaining* no corpo do presente trabalho.

Acreditar que mecanismos que continuam respeitando o princípio da legalidade, mecanismos que se encontram ainda inseridos no âmbito do processo penal formal possam acrescentar no hercúleo trabalho de humanização do cárcere, é “retirar das costas” do paradigma restaurativo o objetivo de sozinho, restabelecer um sistema penal digno para os que ali precisam por algum motivo alicerçado em suas condutas (e só por isso deveria ser possível encarcerar!) estarem encarcerados.

Respeitamos a máxima de que o número de condenações deveria diminuir no decorrer dos processos criminais. E isso é possível de duas maneiras muito bem definidas: Mediar as partes pertencentes a estas realidades ou trabalhar diretamente com o arguido na resolução pacífica e cooperadora para uma resposta além de definitiva, satisfatória para si, para a vítima, para os órgãos de controle e para a sociedade.

3.6 O AUMENTO DO ROL DE ESPÉCIES DE DELITOS APTOS AO NOVO MODELO

A política criminal vigente no Brasil parece não cooperar esforços para a resolução de problemas relacionados ao cárcere e ao sistema penal em si. A conduta de criminalizar novas ações (de agir) sob os anseios do Direito penal simbólico acaba por atropelar a necessidade de se olhar uma conduta - comum, normal, não apta a ferir bens jurídicos – como crime. Parece-nos que a relação que a política criminal tem com a população é o que chamamos em terras brasileiras do “*morde e sopra*”³³¹ já que ora repreende firmemente a mais inofensiva

³²⁹ Nesse sentido, SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014 citado por VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negocial... *Op. Cit.*, p. 70

³³⁰ Art. 4.º § 16. “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (Lei brasileira 12.850/13 de 02 de agosto de 2013)

³³¹ A composição da Banca no exame de apresentação de meu Trabalho de Conclusão de Curso em Direito na Universidade da Amazônia – UNAMA contava com a presença da Senhora Doutora Cristina Sílvia Alves Lourenço que tratou de explicar o funcionamento de nossa política criminal como um eterno “*morde e sopra*” uma vez que ao tipificar uma grande quantidade de novas condutas, aumentar a pena privativa de liberdade, alargar a gama de crimes hediondos, criar novos tipos penais de perigo (com relação a criação de novos tipos cf. LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. A crise do Poder de Punir no Estado democrático de Direito. In Temas

das condutas, ora flexibiliza o tratamento com o cidadão objeto de persecução criminal por parte do Estado. Esse caráter flexível da política criminal brasileira foi definido por Hélio PINTO como “*Pendular*” na medida em que é orientada por uma certa indefinição, o que, na visão do autor pode viabilizar essa intromissão fática da Justiça Restaurativa.³³²

E parece que para os interesses das autoridades do Poder executivo o “*Morder*” parece sempre se mostrar necessário quando querem criminalizar condutas em prol da facilidade ou da boa continuidade de seus governos (Isso é comprovado pela promulgação de leis que endurecem o tratamento penal dos cidadãos em contato com o delito, a exemplo da lei de crimes hediondos – Lei n. 8.072/1990 – e da lei de endurecimento da execução penal ao criar o RDD, o Regime disciplinar diferenciado – Lei n. 10.792/2003³³³). As manifestações populares³³⁴ motivadas pelo aumento do transporte público na cidade de São Paulo, foram duramente repreendidas pela polícia Militar e também pelo poder legislativo que queriam criar novos tipos ou alargar o *modus operandi* do Crime de Terrorismo, tudo para punir cidadãos que exerciam seu constitucional direito de manifestar as insatisfações com o poder público.

O caminho que se percorre no Brasil hoje é completamente o inverso. Ao invés de alargar a gama de delitos aptos a aceitar o paradigma restaurativo e propiciar muitos benefícios às partes envolvidas, como se mostrou incansavelmente no decorrer das entrelinhas deste trabalho, a política criminal está preocupada em criminalizar condutas com pequeno ou duvidoso potencial ofensivo, procedendo sempre com o cansativo processo penal e a indesejável e desnecessária prisão preventiva.

Se o paradigma restaurativo tem dificuldades de assumir uma postura ativa no que diz respeito a resolução dos problemas da população carcerária já que somente os crimes de menor potencial ofensivo são objeto de possíveis restaurações/indenizações/reparações possibilitadas pela Justiça restaurativa, esta dificuldade se apresenta maior ainda quando a cultura da sociedade é o tempo todo guiada pelo desejo de retribuição face a conduta

atuais de Direito. Editora GZ, Rio de Janeiro, 2014. ps. 23-32) diminuir os delitos pertencentes aos delitos que comportam fiança para liberdade provisória, (e etc.) a política comporta-se como um cão, comido de raiva, que “morde” o seu dono; e ao mesmo tempo que aumenta o rol de garantias, flexibiliza a possibilidade de progressões de regime, conta com a prescrição de muitos crimes face a grande quantidade de processos penais em tramite com poucos juízes para julgá-los, (e etc.) se comporta como alguém que “sopra” o local da mordida para aliviar a dor dali proveniente.

³³² PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição... *Op. cit.*, p. 148

³³³ *Ibidem*, p. 148

³³⁴ Ver Nota 8.

criminosa.³³⁵ Se a lei é criada para regular a conduta das pessoas na sociedade e estabelecer o que deve ser encarado por parte do Estado como crime e esses destinatários se mostram céticos quanto a um tratamento diverso – daquele operado pelo processo penal como conhecemos - com o delinquente, não encontraríamos lastro suficiente para defender o aumento da quantidade de delitos que podem ser resolvidos através das vias consensuais, que é o que queremos.

Em outras palavras e de maneira mais simples, defendemos a ideia de que atribuir a possibilidade do viés consensual apenas a delitos de menor potencial ofensivo é ignorar os problemas oriundos dos cárceres tais quais se encontram no Estado Brasileiro dos dias atuais (uma vez que, dificilmente um delito de menor potencial ofensivo e que conseqüentemente não tenha pena máxima que ultrapasse os limites usuais para se atribuir penas de detenção ou reclusão vai contribuir para o aumento da população carcerária) devendo dessa forma, alargar a espécie de delitos que comportam essa medida, considerando mesmo a criminalidade média e em alguns (e poucos, admitimos) crimes de natureza grave, sempre respeitando as especificidades de cada caso.

O problema da criminalidade grave vem acompanhado da política criminal do direito penal simbólico, como já mencionamos. A seguir, fazemos algumas observações sobre a questão da não aceitação pela própria população da JR como instrumento capaz de resolver alguns conflitos de natureza criminal o que, sem sombra de dúvidas, dificultaria essa inserção.

3.7 SISTEMA PENAL BRASILEIRO: JUSTIÇA RESTAURATIVA *VERSUS* DIREITO PENAL SIMBÓLICO

André Lamas LEITE diz que a norma penal será simbólica quando motivar os cidadãos a terem uma visão mais exigente do funcionamento da justiça penal, o que importará em efetiva aplicação das sanções criminais.³³⁶

Essa exigência por parte dos destinatários da lei penal (ou de toda e qualquer lei) se origina pela capacidade que o Estado tem, motivado por anseios midiáticos, de criar leis penais com o intuito de agraciar a opinião pública no sentido de que a política criminal usual

³³⁵ Nesse sentido *cf.* AERSTEN,Ivo. PETERS,Tony. “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica... *Op. Cit.* p.31

³³⁶ LEITE, André Lamas. Ambiente e Direito Penal entre o símbolo e a eficácia – do Simbolismo eficiente ao eficientismo simbólico. “Jornal Tribuna”, Associação dos estudantes da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano 14, n.º 26, maio de 2010, p.11

está tratando duramente aqueles que resolverem por cometer o delito símbolo. Dizemos símbolo³³⁷, pois o papel da medida de política criminal é exatamente servir como símbolo para toda a população. E como faz isso? A promulgação de novas leis penais para o combate de meras condutas sociais (e que não merecem a reprovação e proteção da norma penal) é acompanhada de uma carga moral e emocional³³⁸ que revela uma intenção do Governo de apenas manipular a opinião pública de maneira que o legislador penal consiga inserir na sociedade uma (falsa) ideia de segurança, uma vez que, com esse simbolismo a aplicação das leis penas estão duras e excessivamente rigorosas com os delinquentes.

Algumas expressões do caráter simbólico do Direito Penal na criação ou alterações de leis penais com o intuito de dotá-las de rigor excessivo está na criminalização de condutas duvidosamente aptas a ferir bens jurídicos como a concepção de que os manifestantes, exercendo seu constitucional direito de manifestação deverão responder por crimes de terrorismo (!) quando em confronto com a polícia militar; ou o cidadão que dirigir veículo automotor com quantidade ínfima de álcool no sangue deva responder por crime de trânsito, mesmo na hipótese em que não manifestou nenhum indício de que poderia colocar em perigo a integridade física ou a vida de outrem (à luz do funcionamento da criminalização de condutas de perigo abstrato), não incrementando o *Risco* como ensinou Claus ROXIN.³³⁹

Ora, o que se quer no presente tópico é demonstrar que essa visão rigorosa por parte do Estado e (infelizmente) acolhida por maior parte da população brasileira que vê no delincente o *inimigo* pode colocar-se como um grande obstáculo para a inserção dos paradigmas de JR, já que não precisa fazer muito esforço para se entender que se tratam de conceitos e práticas (os do direito penal simbólico e da JR) antagônicos no cenário da política criminal vigente. É que se o Estado resolver por asseverar o tratamento com o autor de fatos tidos como crime, mesmo aquelas condutas mais inexpressivas e incapazes de ferir bens jurídicos protegidos pela norma penal, certamente não vai haver espaço e vontade para que

³³⁷ “O símbolo significa uma figura ou imagem que representa à vista o que é puramente abstrato. Noutra dizer, o símbolo pode ser considerado um objeto, uma idéia, uma emoção ou um ato sendo, assim, utilizado para a representação de outro objeto, outra idéia, outra emoção ou outro ato.” Nesse sentido se manifestou Maíra KERSTENETZKY. (KERSTENETZKY, Maíra Solto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216. Acesso em 18 de maio de 2016.)

³³⁸ Assim se manifestou Júlio Gomes Duarte Neto (DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em 18 de maio de 2016.) ao citar a processualista brasileira Ada Pellegrini Grinover.

³³⁹ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. Lisboa: Veja, 1998, p.145-168

o arguido receba tratamento diverso daquele relacionado a esse rigor, como o tratamento que visa a resolução consensual dos litígios.

Enquanto a JR pretende flexibilizar a maneira com que o Estado possa olhar para o delito não só como uma conduta digna de punição, mas também como um conflito interpessoal, a Justiça penal tradicional clássica no ordenamento brasileiro tende a brindar cada vez mais os anseios populares com o simbolismo de sua política, enfraquecendo assim as possibilidades de Resoluções alternativas de conflitos onde se insere a mediação penal e todas as demais vozes da JR. Esta visão é amplamente entendida quando imaginamos a reação das vítimas inseridas nessa realidade. Darão oportunidade à mediação ao colocar o arguido na sua frente para um debate sincero dos motivos do crime? Ou preferirão o cárcere como solução (aparente) para seus problemas já que a mídia, a lei penal mais severa e a opinião pública assim entendem por ser mais aconselhável? Eis o debate.

3.8 CONCLUSÕES

Objetivou-se no terceiro capítulo demonstrar a viabilidade fática que as vozes da JR poderiam influenciar na política criminal brasileira atual onde o cárcere e as medidas penais fomentadas pelo direito penal simbólico tem ganhado mais espaço naquele país, onde os Governos estão mais preocupados com legitimar as suas condutas perante a população do que oferecer segurança jurídica para os mesmos.

Essa inserção da mediação (enquanto prática restaurativa) pode operar-se em todas as fases do processo, como mencionamos. Pode ser objeto de mediação inquéritos policiais onde o Delegado (com poderes mais amplos, sugerimos) encaminhe o possível caso de mediação para o Juiz homologar a medida e assim proceder com o não processo penal, o não oferecimento da denúncia por parte do MP. No âmbito do processo, mostramos a possibilidade de, até mesmo nas audiências habituais, operarem-se comportamentos mais voltados ao contato entre as partes envolvidas no litígio, hipótese em que poderá se retirar deste contato uma resolução mais humana dos problemas oriundos da relação conflituosa, oferecendo um sossego para a cansada e sofrida vítima na medida em que mostra para o arguido a noção de responsabilidade ao estabelecer reparações, pedidos de desculpas e conscientizações dos prejuízos ocorridos pela ação delituosa. Para aqueles que não aproveitaram a mediação (ou não lhes foi oferecido esse meio de resolução de conflitos) e cumprem pena privativa de liberdade, a JR vai ao seu encontro e em última tentativa busca

humanizar o conflito que na fase de execução de penas pode significar a diminuição do tempo em que o apenado deva permanecer no cárcere.

Para além das medidas apresentadas pela Justiça Reparadora, temos outros instrumentos no decorrer do próprio processo penal que auxiliam a possibilidade de não encarceramento ser mais viável. Por meio de transação penal, suspensão do processo e da pena e de cooperações com o MP das informações atinentes ao crime (Deleções premiadas, *Plea Bargaining*) ocorre a flexibilidade da pena privativa de liberdade enquanto resposta ao fenômeno delituoso.

Com os esforços de toda a população operadora do Direito, com a educação especializada inserida já nas escolas sobre a JR como nova visão e de uma nova orientação originada da consciência da humanização das penas e do processo penal em si, alcançaremos a perfeita compatibilidade do Restaurativo com o Retributivo, este último ainda vivo e pululante no ordenamento brasileiro.

CONCLUSÃO

Após discutir com afinco a possibilidade da inserção dos paradigmas da justiça restaurativa na realidade criminal brasileira, é chegada a hora de suscitar algumas considerações finais daquilo que se ressaltou com maior profundidade, respondendo então algumas questões que foram colocadas intrínseca ou extrinsecamente no decorrer das linhas do nosso trabalho. Faremos isso dividindo estas breves palavras em três grandes linhas de pensamento, mesmas linhas que guiaram a construção da dissertação.

Em primeiro lugar cumpre destacar o que motivou o pensamento voltado a justiça restaurativa como subterfúgio para o problema de sobrelotação carcerária, tal qual defendemos a todo momento. Muitos são os parâmetros que permitem a referida conclusão. Como visto, nos parece que a tipificação de condutas na realidade brasileira não anda a respeitar aquilo definido por Hassemer³⁴⁰ que pôde delinear a punição criminal e a punição administrativa. O resulta disto alcança finalidades de tipificar condutas não aptas a ferir bens jurídicos, mas apenas regular condutas contemporâneas. Esse fator irá desencadear (como defendemos) o triplicar ou quadruplicar o número de crimes, de ações penais, de processos e de condenações uma vez que a mera conduta social agora é vista como crime envolta aos prejulgamentos da mídia e do Direito Penal Simbólico.

O reflexo é instantâneo: Dureza por parte das polícias judiciárias na condução dos inquéritos policiais onde a finalidade não é resolver o conflito e entregar a paz social. A finalidade é produzir mínimas provas que deverão ser enviadas ao Juízo criminal para a consequente condenação. No bojo do Processo, mais duro é o tratamento: decisões (muitas vezes infundamentadas) que decretam a prisão preventiva dos denunciados que vão possibilitar a constrição por meses e meses, tudo isso ao mesmo tempo em que medidas paliativas (apesar de não deverem ser) são entregues ao processo penal brasileiro com a finalidade de flexibilizar a necessidade destas prisões: a lei 12.403/2012 com as suas medidas cautelares diversas da prisão e a nova audiência de custódia que leva em algumas horas o flagranteado à presença do Juiz que resolverá sobre a prisão ou liberdade provisória. Condenações se amontoam nas prateleiras dos Fóruns criminais contribuindo para o aumento

³⁴⁰ Ver notas 36, 37 e 39.

cada vez mais assustador do número da população carcerária no Brasil: mais de 600 mil pessoas³⁴¹.

Apesar da mobilização de muitos profissionais ligados à prática forense do direito penal e outros engajados nas filosofias dos direitos humanos, mesmo em 2016, ano corrente, a Suprema Corte Brasileira mudou a jurisprudência no sentido de relativizar a presunção de inocência e permitiu que o cumprimento da pena começasse a se operar já em segunda instância impossibilitando o arguido de recorrer aos tribunais superiores em liberdade³⁴². Sem todos os votos, o acórdão do Habeas Corpus que modificou a jurisprudência ainda não foi publicado o que não impede de já haverem decisões das cortes com base no novel entendimento.

Em segundo lugar trouxemos detalhadamente aquilo que vem a ser a justiça restaurativa encarada como um novo modelo de responder as necessidades dos envolvidos na prática de crimes (arguidos e vítimas) ensejando uma participação mais ativa de ambos em busca de respostas que visam atingir a finalidade maior de resolução dos conflitos na seara criminal, aquilo que não é operado pela justiça penal tradicional onde é imposta uma pena para o arguido - que será encaminhado aos estabelecimentos prisionais não para cumprir a pena, mas para “aperfeiçoar” o seu comportamento criminoso já que entrará em contato com “criminosos” de todas as espécies – ao mesmo tempo em que esquece os anseios da vítima fazendo da mesma um mero informante nos andamentos processuais, possibilitando assim a vitimização secundária e o perpetuar das dores sofridas no seio dos acontecimentos do crime.

O delimitar dos conceitos e das práticas restaurativas existentes em todo o mundo (os Maoris, *Justice Restorative* nos EUA, práticas restaurativas na Europa e até mesmo projetos-piloto em algumas cidades brasileiras³⁴³) e as práticas consubstanciadas na mediação e reparação inseridas nas leis 9.099/95 no Brasil e 21/2007 em Portugal sustentaram premissas voltadas a aplicabilidade do consenso no processo penal, sobretudo naqueles processos voltados a persecução criminal de delitos de menor potencial ofensivo. Nesse diapasão concluímos que entre cooperar ou “enfrentar” os ditames do direito penal clássico, muito mais válido é trabalhar em consonância com os dogmas estabelecidos após séculos de estudo e teorizações estabelecendo novos pontos de vista consubstanciados em valores contemporâneos: Deve a JR trabalhar em prol da flexibilização do processo penal com a

³⁴¹ Ver notas 19,20 e 24

³⁴² Ver notas 31 e 113 e s.

³⁴³ Ver notas 228,232 e 236 e s.

finalidade de inserir com mais veemência os anseios e motivos das partes para a resolução do conflito.

É nesse sentido que finalmente e em terceiro lugar, trazemos em termos práticos a viabilidade de inserção da JR (através da figura da mediação) no atual processo penal brasileiro com a finalidade de se operar modificações com mínima capacidade de auxiliar na resolução do problema por nós abalizado – o da sobrelotação carcerária.

Para isso, logrou-se instituir a mediação em cada uma das fases do processo com o intuito de estudar a possibilidade de obtenção de sucesso no *mister* de edificar condições para o não processo, para a não condenação e para a não prisão como objetivos principais na possibilidade de resolver os problemas do cárcere. Para além disso – e também como forma de demonstrar que de fato alinhamos pela cooperação – trouxemos estruturas que operam tal flexibilização dentro do próprio processo penal, como as figuras da Transação penal e da suspensão condicional do processo e da pena³⁴⁴ defendendo a ideia de que as mesmas podem ser operadas em outros processos que não os que buscam perseguir crimes de menor potencial ofensivo.

Ultrapassadas todas as análises e o que sustentou os pontos de vista da inserção da Justiça reparadora na política criminal brasileira, cumpre-nos responder aquilo que se questionou nas primeiras linhas, como um ponto de partida motivador: Pode a Justiça Restaurativa solucionar os problemas do sistema penal, sobretudo os de sobrelotação carcerária?

Conclusivamente e com um sonoro “Sim”, só temos que – enquanto operadores do Direito – cultivar a semente do novo com a finalidade de dar respostas novas ao crime enquanto fato social e humano, pois parte exclusivamente de seres humanos em conflito com a lei, também criada e interpretada por seres humanos. Se isso nos for possível (para todos) certamente esclarecido estará que o arguido precisa mais ser ouvido enquanto pessoa do que enquanto criminoso. A vítima precisa mais ser ouvida enquanto sujeito ativo no processo e não como informante que esclarecerá e facilitará a produção de prova para a condenação.

Sim, a Justiça Restaurativa pode solucionar os problemas de sobrelotação carcerária uma vez que é capaz de resolver outro problema que àquele antecede: O da simbologia negativa empregada aos que cometeram crimes que certamente enseja um tratamento negativo por parte da comunidade, do Judiciário, de outros seres humanos e da possibilidade real de ser

³⁴⁴ Ver notas 307 e s.

novamente inserido na sociedade, uma vez que pode usar de seus próprios esforços para este fim. Ao fazermos deles diligentes, eles serão honestos e sendo honestos não precisarão estar entre as quatro paredes da cela. Estarão livres cumprindo o seu papel na enorme teia de relações sociais. Estarão livres.

BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Editora Saraiva: São Paulo, 2014.

AERTSEN,Ivo. PETERS,Tony. “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica. Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps. 25-36

_____. “As Políticas europeias em matéria de Justiça Restaurativa. Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps. 37-46

_____. “Mediação para reparação: a perspectiva da vítima”, Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps. 9-23

AGAPITO, Luís Roca. El Sistema de sanciones en el derecho penal español. Bosch Editor:Barcelona,2007

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal: De acordo com as leis 12.403/11 (Reforma do CPP), 12.432/11 e 12.433/11. Editora Jus Podivm, Bahia:2011.

AQUINO, Nathalia Kamila Nunes; CORREA, Rosália do Socorro da Silva. O serviço social na mediação de conflitos: a atuação do assistente social no caso de conflitos familiares mediados na Seccional Urbana do bairro da Sacramento em Belém – Pará. Revista Políticas públicas & Cidades, v.2, n.1, p 154-171, jan. /abr.2015.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor, “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do direito penal estadual?”, In Que futuros para o direito processual penal?, Coord. De MONTE, Mario (dir.)/ CALHEIROS, Maria/ MONTEIRO, Fernando Conde/LOUREIRO, Flávia, Coimbra: Coimbra Editora,2009,p. 335

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal para concursos públicos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense,2010.

BASTOS, Maria Manuel. “Breves considerações sobre a mediação penal.” Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.85-91

BEIRAS, Iñaki Rivera. *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas/Iñaki Rivera Beiras (Coord.)*. – Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial;Barcelona: Observatório del Sistema Penal y los derechos humanos de la UB,2005.

BERGALLI, Roberto (1983). “IX. El pensamiento crítico y la criminología”, en *El Pensamiento criminológico*, Vol.I, Bogotá:Temis. (181-208)

BOTELHO, Marta Madalena. “Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e desejável? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro. ” In *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Almedina: Coimbra,2016, ps. 351-408.

BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2.^a ed,1992.

BRANT, Maria; CUSTÓDIO, Rafael. Por uma outra polícia. *Boletim – instituto brasileiro de ciências criminais - IBCCRIM*, Ano 21, nº 249, Agosto 2013, p. 3

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CALHAU,Lélio Braga. *Vítima e direito penal*. Mandamentos: Belo Horizonte,2002.

CAPEZ, Fernando/COLNAGO,Rodrigo. *Processo Penal I*. 3.ed. São Paulo: Saraiva,2009.

CARVALHO, Paula Marques de. *Manual pratico de Processo Penal*.7^a.ed. Coimbra: Almedina,2013

CASARA, Rubens R.R. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. *Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, nº 277, Dezembro/2015

CASTELA,Susana. “ Abordagem a aspectos teórico-práticos da mediação em processo tutelar educativo.” *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 37, outubro-dezembro 2006, ps.93-107

CIPRIANO, Adriana Bomfim. *Transação penal e Culpabilidade nos Juizados Especiais*. Monografia apresentada a Universidade Católica de Brasília sob a orientação de Airton Rocha Nobrega. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2873>. Acesso em 16 de maio de 2016.

COSTA, José de Faria. “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?”, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol 61,1985, ps.91-158

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, nº 277, Dezembro/2015

DUARTE, Caetano. “Justiça Restaurativa”. Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.47-52

DUARTE, José Henrique. Banir o delinquente, salvar o homem. A mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplina prisional. Almedina: Coimbra,2013.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154.

Acesso em 18 de maio de 2016.

ESTEVEZ, Raul. “A novíssima justiça restaurativa e a Mediação Penal.” Sub Judice – Justiça e Sociedade, 37, outubro-dezembro 2006, ps.53-63

FAGET, Jacques. La Médiation. Essai de Politique Pénale,Ramonville Saint-Agne: Editions Érès,1997

FEITOSA, Denilson. Direito Processual Penal. 6.^a Ed.rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus,2009.

FERRAZ, Conrado. A justiça Restaurativa e o Sistema Jurídico-Penal Brasileiro. Breve análise sobre os antecedentes normativos, as experiências práticas e os procedimentos adotados no Brasil. In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra,2016).

FERREIRA, Francisco Amado. Justiça Restaurativa – Natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora,2006

FORMENTO, Jéssica. A (in)adequação da Transação penal como meio de resolução consensual de conflitos. Monografia apresentada a Universidade Federal de Santa Catarina sob a orientação de Alexandre de Moraes da Rosa. Disponível em

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/114987>. Acesso em 16 de maio de 2016.

FRANÇA, Regiane Cristhine de Oliveira. A falência do discurso jurídico-penal tradicional e a justiça restaurativa como instrumento de resolução de conflitos ocasionados pelo crime. Dissertação do 2º Ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências jurídico-criminais, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Cláudia Cruz Santos. Coimbra, 2012

GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Criminologia. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2012

GONÇALVES, Pedro Correia. A pena privativa de liberdade. Evolução histórica e doutrinal. Editora Quid Juris?: Lisboa, 2009.

GRECO, Rogerio. Direito penal do Equilíbrio. Niterói: Impetus, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000

HASSEMER, Winfried. LÜDERSEN, Klaus. WOLFGANG, Naucke. Principales problemas de la prevención general. Editorial B de f. Buenos Aires, 2004

KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais criminais: a concreção antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004. p.38.

KERSTENETZKY, Maíra Solto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216.

Acesso em 18 de maio de 2016.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v.13, p.261-272, 1979.

LÁZARO, João/ MARQUES, Frederico. “Justiça restaurativa e Mediação.” *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 37, outubro-dezembro 2006, ps.65-83

LEITE, André Lamas. Ambiente e Direito penal entre o símbolo e a eficácia – do Simbolismo eficiente ao eficientismo simbólico. “Jornal Tribuna”, Associação dos

estudantes da faculdade de direito da Universidade do Porto, ano 14, n.º 26, maio de 2010, p.11

LEITE, André Lamas. A mediação penal de adultos. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica da lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora,2008.

_____. Uma leitura Humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial. Separata da Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano XI, Porto: FDUP,2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo penal.3ª Edição Rev.,Amp. e Atual. Editora Jus Podivm, Bahia:2015.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.) Diálogos sobre Justiça Dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2002.

_____. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2001.

LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. A crise do Poder de Punir no Estado democrático de Direito. In Temas atuais de Direito. Editora GZ, Rio de Janeiro,2014. ps. 23-32

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal.2.ed Campinas:Millennium,2003.v.1.p.16´

MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: Justiça Restaurativa, Brasília: MJ/PNUD,2005, ps. 279-293.

MAZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e direitos humanos:O processo penal sob a perspectiva da vítima. Editora Juruá: Curitiba,2012.

MONTE, Mario Ferreira. Da reparação penal como consequência Jurídica autônoma do crime. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra editora,2003,p.129-155

MOURA, Tatiana Whately de/ RIBEIRO, Natália Caruzo Theodoro. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias – INFOPEN junho de 2014. Ministério da Justiça: Brasil,2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo penal e execução penal.3.ed. São Paulo: RT,2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. 1. Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal.13.ed.,rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2010.)

OTA, Tatsuya. “Introduction: the development of victimology and victim support in Asia”. In: Victims and Criminal Justice. Asian perspective,p.1 e ss., Tokio, Japan, Hogaku-Kenkyo-Kai, Keio University,2003

PELLIZZOLI, Marcelo (Org.). Cultura de paz: educação do novo tempo. Recife: Universitária de UFPE,2008

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá,2013.

PINTO, Hélio Pinheiro. “A mediação penal no Brasil e o princípio da Reserva de Jurisdição.” In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra,2016

PINTO, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Restaurativa é possível no Brasil? ”, Justiça Restaurativa, Brasília: MJ/PNUD,2005, ps. 19-39.

PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*, v.1, n.1,1999

ROBALO, Teresa Lancry de Golveia de Albuquerque e Sousa. Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do direito. Editora Juruá: Lisboa,2012.

ROCHA, Jorge Bheron. “O Histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional. ” In Os Novos Atores da Justiça Penal. Almedina: Coimbra,2016, ps. 265-316

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. Separata do Boletim do Ministério da Justiça: Lisboa,1988.

_____. “A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal”, Revista do Ministério Público, Ano 27 n°105, Jan-Mar 2006, ps 129-133

_____. Novo olhar sobre a questão penitenciária. 2ª ed. Coimbra editora: Coimbra,2002.

ROXIN, Claus. La evolución de La política criminal, del Derecho penal e el proceso penal, tirant lo blanch, Valência, 2000

_____. Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de justiça, t.52,1999

_____.Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. Lisboa: Veja,1998, p.145-168

SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro,2010

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

_____; “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, In REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL, Ano 16, n.º1,2006(Janeiro-Março),pp.85-2013.

_____. A proposta Restaurativa em face da realidade criminal brasileira. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n.º 81, novembro-Dezembro de 2009. ps.209-229

_____. O crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal) Coimbra Editora: Coimbra,2001

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). Revista portuguesa de ciência criminal, ano 7, n.º 3, julho-setembro de 2007, p. 459-474.

SESSAR,K. Schadenswiedergutmachung in einer künftigen kriminalpolitik, em kriminologie-psychiatrie-strafrecht, In: GEBURTSTAG, C.F.; MÜLLER, Heildelberg. Festchrift für Heinz Leferenz zum 70.1983,p. 145-161

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, n.º 274, Setembro/2015.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal:novos rumos,novos paradigmas. Manaus: Editora Aufiero,2012

SICA, Leonardo, “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, Janeiro-junho 2009, n.º 12 ps. 411-447

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas,2014

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión Del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: B de F,2008

SIQUEIRA JÚNIOR, José Carlos Bezerra de. Uma abordagem crítica da suspensão condicional da pena. Monografia apresentada à Universidade católica de Brasília sob a orientação de Neide Aparecida Ribeiro. Disponível em <http://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2557>. Acesso em 16 de maio de 2016.

SOBRANE, Sergio Turra. Transação Penal. São Paulo: Saraiva,2001.

VASCONCELLOS, Vinicius de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo:IBCCRIM,2015.

VIANA, Eduardo. Novo Código Penal espanhol:populismo punitivo ou segurança cidadã?. In INTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim n.º 276, São Paulo: IBCCRIM, Novembro/2015

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In Justiça Restaurativa, Brasília: MJ/PNUD,2005, ps. 41-52