

EXPANSÃO PUNITIVISTA E MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Camila Fernanda Oliveira da Silva

Graduada em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. oliveirascmila@gmail.com.

Fernanda de Matos Lima Madrid

Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista. fm.com@ig.com.br.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise de algumas das mais relevantes formas consensuais de solução de conflitos na seara penal. Inicialmente, é abordada na pesquisa a tendência de expansão do direito penal na sociedade globalizada, onde é difusa a sensação de insegurança, sendo o discurso punitivista altamente atrativo para as massas, que clama pelo direito penal como retribuição ao mal causado por meio de uma infração penal. A pesquisa e a coleta de informações ocorreram por meio do estudo bibliográfico, e de documentos oficiais de órgãos e instituições do sistema de justiça, bem como de organizações não governamentais. Não mais, como alternativas ao modelo retributivo de justiça, a pesquisa tratou da justiça restaurativa, bem como, também, da justiça negocial, tida como forma consensual de solução de conflitos. Dentro deste contexto, foram abordados, entre outros tópicos, o método de justiça restaurativa, com crítica especialmente a técnica denominada “Constelações Familiares”, além das críticas feitas ao modelo de justiça negociada, na medida em que é delicada a convivência deste com os direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Expansão punitivista; Métodos consensuais de solução de conflitos.

PUNITIVE EXPANSION AND CONSENSUAL METHODS OF CONFLICT RESOLUTION IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

This paper analyzes some of the most relevant consensual ways of solving conflicts in criminal Law. Initially, the tendency of expansion of criminal law in the globalized world is approached, in face of the diffuse sensation of insecurity that makes the punitive discourse very attractive to the masses, which cries for criminal law as retribution to the harm caused by crimes and offenses. The research and data gathering were carried out through bibliographical studies, which analyzed official documents from institutions of the justice system and non-governmental organizations. In addition, as alternatives to the retributive justice model, the research approached restorative Law and negotiation Law, considered consensual ways of solving conflicts. In this context, other topics

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

approached the restorative method related to the technique known as “family constellations”, as well as the criticism that affects negotiation Law methods, once that their relationship with fundamental rights is very fragile.

Keywords: punitive expansion; consensual methods of conflict resolution.

1 INTRODUÇÃO

Com o fenômeno da globalização e as conseqüentes transformações na sociedade, tais como o fluxo rápido de trocas de informações, o surgimento de novas formas de criminalidade, e a sensação de insegurança, agora rapidamente difundida na sociedade, o cidadão médio deposita no direito penal a esperança de que a expansão deste será um obstáculo ao cometimento de novos crimes. Deste modo, alimenta-se o discurso de que a expansão do punitivismo e o aumento do rigor das leis serão suficientes para combater a criminalidade e fazer cessar o sentimento de insegurança, típico de um mundo onde não existem mais fronteiras e a criminalidade passou a ser extremamente organizada.

Neste interim, discutiu-se sobre o princípio da intervenção mínima do direito penal na sociedade, na medida em que este deve ser instrumento *ultima ratio* do Estado, ou seja, a intervenção do poder de punir do Estado deve ser excepcional, bem como, também, foi abordado o fenômeno da hipertrofia penal, causada pela expansão do direito penal por meio da excessiva criminalização de condutas.

Isto posto, a pesquisa buscou discutir quais seriam as alternativas disponíveis para a solução de conflitos penais que não perpassam pela justiça meramente retributiva, cujo foco é tão somente a punição do ofensor, em geral por penas privativas de liberdade. O método utilizado na pesquisa realizada foi o método dedutivo, tendo em vista que é feita uma análise da tendência expansionista do direito penal e como a justiça restaurativa e a justiça negocial serviriam, ou não, como alternativa ao modelo de direito penal máximo. Também foi utilizado o método histórico, especialmente na investigação da origem do instituto do *plea bargain*, tido como um dos principais instrumentos da justiça negociada que, por sua vez, é uma das formas alternativas de solução de conflitos na seara penal (haja vista a necessidade de um acordo de vontades).

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

O objetivo do presente trabalho foi traçar, ainda que brevemente, um panorama do direito penal atual, reflexo de uma sociedade globalizada, onde novas formas de criminalidade são constituídas e o direito de punir é visto como a solução para muitos conflitos que afligem a sociedade. Ainda, tratou-se dos modelos de justiça restaurativa e justiça negocial que, enquanto formas alternativas e consensuais de solução de conflitos, são propostas tidas como respostas ao expansionismo penal.

A pesquisa e a coleta de informações ocorreram por meio do estudo bibliográfico, de modo que a técnica de pesquisa consistiu na leitura de livros e artigos relacionados ao tema e assuntos tratados. No mais, documentos oficiais de órgãos e instituições do sistema de justiça, bem como de organizações não governamentais, também foram utilizados. A fim de abordar as propostas de soluções alternativas de conflitos penais, em oposição à expansão do direito penal, foram objetos de pesquisa os modelos de justiça restaurativa – ocasião em que foram feitos alguns apontamentos sobre as práticas do “Direito Sistêmico”, que se utiliza das técnicas denominadas de “Constelações Familiares” – e de justiça negociada, que se efetiva, por exemplo, por meio de institutos como a colaboração premiada, ou *plea bargain* no direito estado-unidense, realizando-se uma breve análise histórica deste instituto e os possíveis reflexos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A TENDÊNCIA EXPANSIONISTA DO PUNITIVISMO PENAL

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Estado apenas deve recorrer ao direito penal quando não for possível solucionar os conflitos com outras ferramentas, caracterizando-se o direito penal como a *ultima ratio* do Estado. Contudo, o que se verifica na prática é um número alarmante de processos criminais que demandam a atuação do Poder Judiciário que, por sua vez, tende a ficar mais ocupado em alcançar as metas e resultados preestabelecidos do que em emitir decisões que sejam justas e coerentes. Neste sentido, de acordo com o relatório estatístico “Justiça em Números”:

Em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (60%) na fase de conhecimento de 1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,8% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,3%. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 159).

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Assim, o que se percebe é que o Poder Judiciário se encontra saturado com o grande número de conflitos que demandam solução, situação que causa morosidade no sistema de justiça e, conseqüentemente, gera uma maior sensação de impunidade, na medida em que a resposta estatal demora a ser emitida. Neste interim, a justiça meramente retributiva não cumpre um papel satisfatório, na medida em que é baseada tão somente na ideia de vingança, bem como não cumpre com sua função de prevenção especial positiva (ressocialização), fomentando, assim, o fortalecimento de organizações criminosas dentro dos presídios nacionais e os problemas advindos do caos penitenciário.

Assim, questiona-se se a justiça restaurativa e a justiça negociada seriam adequadas formas alternativas a serem aplicadas para alcançar a solução de parte destes conflitos, efetivando-se o direito penal, em especial quando este se manifesta por meio das penas privativas de liberdade, como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Em suma, a justiça penal, tal como ela é atualmente exercida, prova-se, em grande parte, ineficaz durante a punição e o cumprimento da pena aplicada. Desta maneira, a justiça restaurativa, bem como a justiça negociada – que, ressalta-se, não são expressões sinônimas –, seriam apresentadas como alternativas, na medida em que as formas tradicionais de processo e punição não estariam alcançando sua finalidade.

2.1 Sociedade de risco e expansão do direito penal

Nas últimas décadas a sociedade passou por profundas transformações e avanços tecnológicos, sociais, culturais, entre outros, de modo que o direito penal, enquanto considerado um instrumento de controle social, não esteve imune aos reflexos de tantas transformações, sendo influenciado por diversas delas. Assim, em um mundo globalizado, marcado pelos avanços tecnológicos e pela ausência de barreiras que impeçam a livre circulação de informações e pessoas, é natural que surjam novas formas de criminalidade. Conseqüentemente, o Estado busca novas formas de combate ao crime.

Sobre o mundo globalizado, é possível afirmar que:

Cada vez mais os acontecimentos do dia-a-dia numa parte do mundo são influenciados pelo que acontece na outra, o que desde logo parece induzir no cidadão médio uma sensação de falta de domínio do curso dos acontecimentos, o que não pode senão resultar em multiplicação dos sentimentos de insegurança. Diluem-se as fronteiras do estado-nação e tudo é feito à escala quasi-planetária. Da concepção medieva da casa resguardada do mundo, passámos ao mundo invasor da

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

nossa casa sem que haja qualquer possibilidade de resguardo. E tudo isto tornando praticamente obsoletas as categorias, outrora basilares, do *espaço* e do *tempo*. Hoje, paradoxalmente, tudo acontece em todo o lugar e, contudo, em lugar nenhum do planeta, mas algures naquilo a que se tem vindo de chamar de *ciberespaço*, imagem também ela possibilitada pela (e possibilitando a) expansão da tecno-ciência. (FERNANDES, 2001, p. 42).

Neste interim, Silva Sánchez (2002, p. 80) afirma que a “criminalidade da globalização” possui como principais características o fato de ser uma criminalidade organizada, isto é, os participantes formam estruturas hierárquicas bem definidas, inclusive utilizando-se do aparato empresarial, além de ser uma criminalidade de sujeitos poderosos, e cujos efeitos são grandiosos, geralmente de caráter econômico, bem como também políticos e sociais.

[...] O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças). A delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação “excepcional”, à qual se tende a assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém. [...].

[...]

Em suma, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta à ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e relativização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 93-94 e p. 96).

O avanço tecnológico, mais especificamente a *internet* (rede mundial de computadores), permitiu que fossem derrubadas barreiras que antes impediam a rápida troca de informações entre indivíduos de diferentes partes do mundo. Neste diapasão, com o fenômeno da globalização houve o surgimento de uma nova forma de criminalidade, e com a rápida troca de informações entre pessoas de diferentes localidades os cidadãos têm a constante sensação de vulnerabilidade e de que, a qualquer momento, podem ser vítima de algum delito, tornando-os dispostos a permitir a relativização de princípios essenciais em um Estado Democrático de Direito.

Com o reconhecimento e aceitação dos riscos decorrentes das evoluções tecnológicas, naturalmente surge a tentativa de controlar esses riscos. E, com a crescente sensação de incerteza, emerge uma demanda social, especificamente normativa, por segurança.

A globalização, por sua vez, trouxe também novos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos, que propiciaram o incremento na rapidez das relações e na transposição de fronteiras. Tais avanços fazem com que o mundo seja visto sob um novo prisma, onde as distâncias já não existem mais em virtude da velocidade com que as informações circulam. Apesar de sua enorme extensão territorial, o planeta passa a ser cada vez mais interligado pelos diversos meios de comunicação, em especial pela internet. (ANTUNES, 2013, p. 57).

Por sua vez, no que tange a sociedade globalizada e a sensação de insegurança que constantemente permeia as relações sociais, em entrevista à revista eletrônica do Instituto

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Humanitas Unisinos, o sociólogo alemão Ulrich Beck argumenta que estamos vivendo na chamada “sociedade de risco”, expressão que o estudioso definiu da seguinte maneira:

“Sociedade de risco” significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. Mas vamos aos detalhes. O termo “risco” tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a “riscos que não podem ser mensurados”. Quando falo de “sociedade de risco”, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas “verdadeiras” incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância. (BECK, 2006, p. 5).

Em um contexto de globalização e no que se acordou chamar de pós-modernidade, na denominada “sociedade de risco”, onde as relações sociais são regidas pelo sentimento de insegurança e incerteza, é compreensível que muitos se apeguem ao punitivismo exacerbado na tentativa de sentirem-se mais seguros. Neste sentido, disserta o sociológico Zygmunt Bauman:

A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta duração da memória pública, raramente é testada. Importa mais até que a quantidade efetiva de crimes detectados e reportados; embora ajude, claro, se de vez em quando um novo tipo de crime chame a atenção do público e se revele particularmente odioso e repulsivo, além de ubíquo, e se for lançada uma nova campanha de detecção e punição, uma vez que isso serve para ocupar a atenção do público com os perigos do crime e da criminalidade, impedindo que reflita por que, apesar de todo o policiamento que prometia trazer a cobiçada *Sicherheit*, as pessoas ainda se sentem inseguras, perdidas e amedrontadas como antes. (BAUMAN, 1999, p. 127).

Assim, apesar de compreensível, tal sentimento de segurança, que advém da expansão punitivista, é ilusório, na medida em que a criminalização sem limites leva a sociedade em direção ao caos no sistema penitenciário e à sensação de impunidade, entre outros efeitos.

Ao utilizar da tutela penal com o intuito de prevenir os riscos inerentes à vida moderna, o Estado inicia uma expansão, muitas vezes desnecessária e criticada, do Direito Penal. [...] Em razão do aumento da sensação de insegurança provocada também pela criminalidade moderna, é disseminada a ideia de que apenas um Estado punitivo é apto a triunfar sobre esta criminalidade e, calcado nesta retórica, surgem aqueles que propõem a redução de direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Esta visão maniqueísta do modo de intervenção estatal na esfera penal, infelizmente, tem levado a imensos retrocessos, que em nada colaboram para o desenvolvimento de instrumentos penais e processuais efetivos para o enfrentamento da criminalidade moderna e globalizada. Aliás, medidas típicas do Estado punitivo (e.g.: cultura de controle, leis de emergência, política de “tolerância zero”, redução das garantias processuais, aumento de encarcerados e o Direito Penal do inimigo) têm se mostrado inúteis para a contenção da criminalidade moderna. (ANTUNES, 2013, p. 58).

No mais, é a sanha de aumentar o rigor punitivo, muitas vezes respaldada pelo clamor popular e fomentada pela espetacularização do processo penal na grande mídia, que faz com que direitos e garantias fundamentais sejam violados e os limites legais se tornem cada vez mais

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

flexíveis. Destarte, a desmedida expansão do direito penal gera reflexos negativos no sistema de justiça criminal, tal qual, por exemplo, o acúmulo de processos criminais e o caos no sistema penitenciário brasileiro.

Neste passo, em vista ao incremento da criminalidade moderna, hoje vigora uma verdadeira obsessão pela pena, característica do Estado punitivo. Este aumento na demanda por segurança acaba por relativizar a demanda por liberdade, de forma que o Direito Penal passa a ser visto como o único meio apto a atender os anseios da sociedade, que clama por segurança, em razão da crescente criminalidade organizada. O problema é que esta visão distorcida da finalidade da tutela penal, conforme já ponderado, acaba por desvirtuá-la. (ANTUNES, 2013, p. 60).

O direito penal, portanto, não é a solução de todos os problemas sociais, assim como tornar mais rígidas as sanções não diminuirá as taxas de criminalidade. Sabe-se que a evolução de uma sociedade perpassa pela educação de um povo, e não pelo aumento do aparato repressivo do Estado e a expansão do punitivismo penal, que, aliás, passa a ser cada vez menos necessário na medida em que direitos básicos como, por exemplo, educação, saúde e cultura passam a ser cada vez mais acessíveis a toda a sociedade. No mais, as novas formas de criminalidade demandam, sim, a intervenção do direito penal. Entretanto, tal atuação deve ocorrer dentro dos limites e regras de um Estado Democrático de Direito, sob pena de ocorrer a supressão de direitos fundamentais e demasiada flexibilização de garantias processuais penais.

2.2 Da intervenção mínima do direito penal na sociedade à hipertrofia penal

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal deve ser a *ultima ratio* do Estado e seu poder de punir, de modo que nem toda solução de determinados conflitos sociais, e punição decorrente da violação de determinadas normas, necessitam do rigor do direito penal e a criminalização de condutas. Trata-se, portanto, de um limitador ao poder de punir do Estado, na medida em que se estabelece que o direito penal deve ser a última opção possível para solucionar determinado conflito.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2019, p. 58).

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Neste sentido, antes de se recorrer ao direito penal, deve-se verificar se existem outros meios de solução de conflitos e tutela de bens jurídicos, não devendo ocorrer a indiscriminada criminalização de condutas, pois o direito penal não é, e nem deve ser, o único método de controle social existente, tendo em vista que a criminalização dos indivíduos e o processo penal têm o condão de deixar cicatrizes permanentes no ser humano.

Ressalta-se, ainda, o “caráter fragmentário” do direito penal, sendo o princípio da fragmentariedade corolário do princípio da intervenção mínima. Assim, somente as condutas mais severas e perigosas, cujos alvos sejam os bens jurídicos mais relevantes, devem ser criminalizadas e sancionadas pelo direito penal (BITENCOURT, 2019, p. 60).

Deste modo, a atuação do direito penal não deve ser demandada enquanto for possível a utilização de outros ramos do direito ou, ainda, meios menos agressivos para solucionar determinado conflito social e tutelar determinado bem jurídico, tendo em vista os impactos causados pela intervenção do direito penal na vida dos indivíduos e a ineficácia da expansão do punitivismo em diminuir os índices de criminalidade.

Entretanto, em razão da tendência de se enxergar o direito penal como o único meio eficaz de controle social, e da conseqüente expansão do direito penal na sociedade, observa-se a ocorrência da denominada “hipertrofia legislativa” ou “caos normativo” na seara penal, ou seja, a abundante criminalização de condutas e o abandono da característica de subsidiariedade do direito penal. É o que ocorre, por exemplo, quando determinado delito causa grande comoção social e a coletividade passa a vindicar por leis mais rigorosas, na ilusão de que leis penais mais rígidas podem tornar mais pacífica a convivência em sociedade. Em outras palavras, “[...] a urgência do caso concreto se impõe. No lugar de leis com respaldo no que é produzido pelos teóricos penais, leis casuísticas; leis que são construídas a partir e para casos concretos.” (CASARA, 2018, p. 194-195).

Deste modo, o que se verifica é que o direito penal é largamente utilizado como solução rápida para sanar os atritos sociais, o que acaba por gerar a hipertrofia legislativa no sistema penal. Neste sentido, pode-se afirmar que:

[...] os problemas que decorrem da emergência da sociedade excludente fomentam a ascensão da criminalidade violenta, que a seu modo “legítima” perante os olhos de terceiros o recrudescimento penal, dilacerando a promessa de um controle social mínimo, já o que sistema é continuamente

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

chamado a resolver um problema para o qual ele pouco pode contribuir: a violência não é uma doença isolada da sociedade, que pode ser extirpada como um parasita; ela é sintoma de problemas que estão na sociedade e fazem parte da sociedade.

O processo penal se mostrará permeável a expectativas punitivistas, que resultam não só da violência, mas da retratação sensacionalista da violência, que também é experimentada como produto em uma sociedade saturada de *questão criminal*. (KHALED JÚNIOR, 2018, p. 86).

Desta maneira, o sistema de justiça criminal é constantemente instado a agir em circunstâncias onde a sua atuação seria desnecessária (tendo em vista sua característica de fragmentariedade e de instrumento *ultima ratio*), na medida em que o Estado mostra-se incapaz de investir em políticas públicas como medidas alternativas no combate ao crime, justamente porque tal escolha política apresenta resultados em longo prazo, enquanto o recrudescimento das leis penais é medida rápida e imediatista que atende aos anseios punitivos da sociedade em geral. Neste sentido, verifica-se a necessidade de adoção de outros mecanismos de solução de conflitos, na medida em que o direito penal é o instrumento de controle social que de forma mais severa intervém na coletividade e, portanto, deve ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Destarte, diante da ineficácia da expansão desmedida das normas penais e dos problemas ocasionados pelo aumento do controle punitivo, fala-se na necessidade de utilização de outras alternativas de solução dos conflitos que alcançam o Poder Judiciário.

2.3 Direito penal do equilíbrio: Entre o abolicionismo penal e o direito penal máximo

Sabendo que a incidência do direito penal deve ocorrer somente quando este for indispensável à proteção de bens relevantes, tendo em vista seu caráter de *ultima ratio* e o rigor do poder de punir do Estado sobre os cidadãos, o Direito Penal do Equilíbrio, também denominado de Direito Penal Mínimo, estaria situado entre o Abolicionismo Penal e o chamado Direito Penal Máximo, este último resultante da expansão desmedida do punitivismo penal (GRECO, 2015, p. 2).

Sobre o que chama de “visão minimalista do direito penal”, Greco aduz:

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa venia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico. (GRECO, 2015, p. 30).

Neste sentido, na medida em que o abolicionismo penal prega pela abolição do sistema penal tal como o conhecemos, com a adoção de formas alternativas de solução de conflitos, o

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

minimalismo penal defende o retraimento do alcance do direito penal, em oposição à expansão punitivista. Neste diapasão, sobre o movimento abolicionista de política criminal e a sua relação com os meios alternativos de solução de conflitos:

[...] Os abolicionistas validam muitas táticas, intra e extra-sistêmicas, desde processos de descriminalização legal, judicial, ministerial, despenalização, transferência de conflitos para outros campos do Direito, como civil e administrativo, modelos conciliatórios (mediação penal de conflitos, conciliação cara a cara), terapêuticos, indenizatórios, pedagógicos; [...]. (ANDRADE, 2006, p. 173).

É possível afirmar, assim, que o direito penal mínimo estaria inserido em uma perspectiva reformista (com a aplicação do princípio da intervenção mínima, da noção de prisão como *ultima ratio*, e penas alternativas, por exemplo), enquanto o abolicionismo penal busca, essencialmente, a extinção das prisões e a aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos.

No entanto, importante observar que o direito penal mínimo pode ser associado com a doutrina abolicionista, na medida em que o minimalismo penal poderia ser considerado como uma etapa anterior ao abolicionismo, ou seja, como um modelo de transição onde o ponto máximo seria a abolição do sistema de justiça criminal tal como o conhecemos.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça. (ZAFFARONI, 1991, p. 106).

Destarte, segundo Andrade, a aplicação de um minimalismo meramente reformista, isto é, o minimalismo como fim, e sem estar associado aos ideais abolicionistas, possibilita o apoderamento do direito penal mínimo pelo eficientismo penal e a expansão punitivista, senão vejamos:

A crise do sistema penal nessa era da globalização neoliberal se complexifica: sem deixar de ser uma crise crescentemente aguda de legitimidade, passa a se associar a uma crise de expansão; expansão que é também, relembrando Foucault, o seu sucesso.

É possível, por essa via, resignificar os minimalismos; apontar fronteiras móveis onde parece edificar-se muros. E ainda que não seja possível fundamentá-la, é possível enunciar aqui, por essa via, a seguinte tese: Enquanto o minimalismo teórico crítico tem se dialetizado com o abolicionismo, o minimalismo pragmático reformista tem se dialetizado com o eficientismo e relegitimado, paradoxalmente, a expansão do sistema penal. E isto significa que os diferentes minimalismos (teóricos e reformistas) são pendulares, apresentando diferentes potencialidades de apropriação, pela razão abolicionista ou pela razão eficientista; para fins transformadores ou conservadores. [...]. (ANDRADE, 2006, p. 179-180).

Assim, haveria duas espécies de minimalismo penal: o minimalismo teórico e o minimalismo reformista. Enquanto o minimalismo teórico alia-se ao abolicionismo penal, o minimalismo

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

reformista torna-se objeto de apropriação do discurso eficientista e expansionista do direito penal, de maneira que sob a justificativa de tornar a justiça criminal mais célere e eficaz, direitos e garantias fundamentais são suprimidos a fim de consolidar o poder repressivo do Estado.

O eficientismo penal, da mesma forma que o garantismo, nasce da tentativa de racionalizar o poder penal. Por perspectiva eficientista entende-se a visão que compreende o processo penal como instrumento de repressão e controle social, enquanto o juiz criminal figura como órgão de segurança pública ao lado das instituições policiais e do Ministério Público. Credita-se ao eficientismo a possibilidade de tornar a relação entre os meios (a investigação preliminar, o processo e a execução penal) e os fins (a descoberta da verdade, a condenação dos culpados, a segregação dos inimigos, a repressão e prevenção dos delitos, a garantia da ordem pública, a paz social etc.) mais célere e menos custosa do ponto de vista econômico, social e político. (CASARA, 2018, p. 199-200).

Alinhado a esta tendência, está o movimento de Lei e Ordem, que reproduz o discurso de direito penal máximo que busca convencer a sociedade de que a expansão punitivista (por meio da criação de novos tipos penais, recrudescimento das penas, etc.) é o único e melhor método de contenção da criminalidade.

O discurso oficial da “Lei e Ordem” proclama, desta forma, que, se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, manda a “Lei e a Ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio*. (ANDRADE, 2006, p. 178).

Por sua vez, Greco sugere uma concepção mais “equilibrada” do direito penal, situada entre o abolicionismo e o direito penal máximo, qual seja, o Direito Penal do Equilíbrio. Este minimalismo penal pressupõe a aplicação de princípios que servirão como orientação ao legislador durante a criação e revogação de tipos penais, bem como aos aplicadores da lei, para que ocorra a correta interpretação desta. Como princípios indispensáveis o autor destaca: dignidade da pessoa humana; intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade; e legalidade (GRECO, 2015, p. 30).

Acreditamos que a implementabilidade dos princípios minimalistas significam a contração da intervenção punitiva com a conseqüente contenção da sua violência. A aplicação da pena somente em último caso e a tolerância em relação a uma série de condutas que não constituam grave lesão para os direitos humanos implicariam um processo vasto e necessário de descriminalização e despenalização, obstaculizando os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão. Por outro lado, através da desjudicialização, da politização dos conflitos, da busca de construção alternativa dos problemas sociais e da articulação autônoma dos conflitos realizada pelos sujeitos de necessidades reais, o Minimalismo penal proporciona uma inversão na lógica intervencionista do sistema penal, que passa por uma conscientização de todos os seus operadores e de toda a

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

sociedade, no sentido de ceder maior espaço para as diversidades e de procurar formas mais democráticas e criativas para a real solução dos conflitos e não somente para a sua repressão. (SANCHES, 2002, p. 28).

Assim, o chamado direito penal do equilíbrio apresentaria uma concepção mais “equilibrada”, na medida em que somente bens jurídicos essenciais seriam objeto de proteção do direito penal (tendo em vista o princípio da intervenção mínima do direito penal, e o caráter *ultima ratio* desta seara do ordenamento jurídico), ou seja, aqueles que não seriam satisfatoriamente protegidos por outros ramos do direito.

3 DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: BREVE ABORDAGEM A RESPEITO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA JUSTIÇA NEGOCIADA

Em um período de expansão do direito penal sobre a sociedade, onde se dissemina o discurso da necessidade de novos tipos penais e penas mais rígidas, que, ao contrário de resultar em menor impunibilidade e redução de índices de criminalidade, culmina no caos penitenciário e no aumento da sensação de violência, alternativas pacíficas à solução dos conflitos, desde que eficazes, são bem vindas. Contudo, é importante salientar que em que pese seja constantemente afirmado que as alternativas consensuais precisam ser eficazes, a necessidade de eficácia não deve ser entendida como aval à livre e desmetida relativização de direitos fundamentais.

Sabe-se que o direito penal retributivo visa o castigo do infrator por meio da imposição de uma pena. Tem-se aí a noção de retribuição, na medida em que um mal praticado pelo infrator dá causa a outro mal, ainda que legitimado, que é a pena posteriormente aplicada pelo Estado.

Atualmente, a justiça penal no Brasil tem sido instrumento de poder contra os menos favorecidos; motivo de exclusão e estigmatização e ainda tem provocado insatisfação e contribuído para o “retrocesso emocional” das vítimas de violência. Nada menos útil e desnecessário, conseqüentemente, posto que a justiça penal tenha na maior parte do seu tempo, distribuído o mal, a vingança, e tenha disseminado a discórdia. Todavia, a justiça deveria servir, e servindo à comunidade, ela seria importante para a solução do conflito, para a recuperação do trauma causado pelo crime, para a prevenção e controle do crime, sendo a punição somente um acessório aos outros objetivos. (JORGE-BIROL, 2010, p. 11-12).

Neste diapasão, a pena não tem como única finalidade a retribuição, até porque, observada dessa perspectiva, fica evidente que a pena ganha contornos de instrumento de vingança contra o infrator. Assim, de acordo com a teoria da dupla finalidade da pena, além da finalidade retributiva, a resposta do Estado à prática de uma infração penal deve alcançar,

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

também, a chamada finalidade preventiva (em suas duas vertentes, quais sejam, geral e especial). No entanto, como é de conhecimento geral, na prática, as finalidades preventivas da pena não têm sido alcançadas. Outrossim, é pertinente destacar a existência de críticas que se faz à própria noção de ressocialização, incorporada na noção de finalidade preventiva da pena, em sua vertente especial.

Um dos grandes obstáculos à idéia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. (BITENCOURT, 1993, p. 130).

Diante deste quadro, a justiça restaurativa surge como uma tentativa de solucionar os conflitos na seara criminal com a participação ativa do infrator, da vítima – quando houver –, familiares e demais envolvidos, “destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 225, art. 1º, inciso III). É importante, ainda, ressaltar, que a adoção do método restaurativo de justiça não impede o uso da justiça tradicional, de modo que a justiça restaurativa pode ser adotada como alternativa ou, ainda, de forma concorrente com o processo convencional, conforme determina o art. 1º, §2º da Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, a implementação do modelo de justiça penal negociada não é um fenômeno recente no Brasil. O espaço de negociação no processo penal brasileiro foi instaurado com autorização do art. 98, inciso I, da Constituição Federal e o advento da Lei 9.099/1995, que além de criar o Juizado Especial Criminal (JECrim), que tem competência para o julgamento de infrações de menor potencial (isto é, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos), foi responsável por trazer institutos como a composição dos danos civis, transação penal e a suspensão condicional do processo. Sabe-se que esta lei, responsável por inaugurar o modelo consensual de justiça no ordenamento jurídico nacional, preocupa-se com a rápida resolução dos conflitos e a economia processual resultante desta maior agilidade processual. Neste sentido, inclusive, a Exposição de Motivos da Lei dos Juizados Especiais – originalmente publicada no Diário do Congresso Nacional,

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Seção 1, de 24 de fevereiro de 1989, página 329 – dispõe em seu texto que “a celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça.”.

De fato, é direito das partes ter um processo cuja duração seja razoável, isto é, além de eficaz, a prestação jurisdicional deve ser célere. Trata-se, aliás, de um direito fundamental, conforme dispõem os arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (do José da Costa Rica), bem como o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispositivos estes respectivamente reproduzidos a seguir. Neste sentido, em que pese seja vedada a demora excessiva, pois “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, conforme nos ensinou o jurista Rui Barbosa (1997, p. 40), deve-se ter cautela para que na busca por um ordenamento jurídico eficiente a celeridade não implique na adoção de um utilitarismo processual e, conseqüentemente, na supressão de direitos e garantias fundamentais.

Ao dissertar sobre a eficiência como paradigma do Judiciário, expôs Santos Júnior:

A chamada “Reforma do Judiciário” trouxe vários dispositivos que expressam o princípio da eficiência e que, em si, nada trazem de negativo à atividade jurisdicional. Podemos exemplificar o que visa à razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade da tramitação (art. 5º, LXXVIII). Mas o que o eficientismo enleado na guerra ao crime faz é realizar uma desnaturação, de modo a conformar um processo penal *fast-food*, como destacado por Alexandre de Moraes da Rosa.

Tendo em vista a precedente seletividade penal – isto é, salvo as raríssimas exceções e levando em consideração que os esporádicos fatos típicos do andar de cima são subpenalizados –, a conversão de garantias processuais (de todos) em privilégios (para poucos) torna-se regra. (SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 367).

Assim, enquanto a tutela jurisdicional do Estado deve ser prestada em um período razoável de tempo, há, também, a preocupação com a salvaguarda do devido processo legal, do contraditório entre as partes, da ampla defesa, entre outras garantias processuais, que não devem ser encarados como obstáculos ao processo penal, adotando-se, erroneamente, um eficientismo penal.

No discurso repressivo, identifica-se uma perspectiva utilitarista a reforçar o caráter instrumental/formal do processo penal, que passa a ser visto principalmente como meio de atingir indivíduos que violam a norma penal. O processo penal, portanto, estaria ligado ao ideal de eficiência de viés economicista (os fins justificam os meios a partir de uma relação de custos e benefícios sociais) e as formas (meios) processuais só se justificariam e deveriam ser respeitadas se não constituíssem óbices à eficiência punitiva. (CASARA, 2018, p. 198).

Destarte, embora, hoje, o ideal a ser buscado seja a celeridade, a desburocratização e a simplificação da justiça, conforme a Exposição de Motivos da Lei dos Juizados Especiais, que

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

inaugurou o campo negocial no sistema de justiça penal brasileiro, em um Estado que se diz democrático é fundamental o respeito às garantias processuais de seus cidadãos, e não a sistemática flexibilização de direitos fundamentais.

3.1 A relação de horizontalidade entre ofensor, vítima e sociedade nas práticas de justiça restaurativa e crítica ao denominado direito sistêmico

Segundo a noção de justiça horizontal, de Christie (2004, p. 114-115): a reparação do dano causado é mais relevante do que a retribuição, na medida em que, com a horizontalidade, as partes influenciam diretamente na solução do conflito penal, enquanto que na retribuição (aplicação da pena) há uma relação de verticalidade entre Estado e infrator, na medida em que este tem uma medida imposta por aquele.

Neste diapasão, a justiça que demanda a participação efetiva das partes na solução do conflito tem a tendência de demonstrar resultados mais eficazes, como, por exemplo, menores taxas de reincidência, em que pese a redução dos índices de reincidência não seja apontada como um dos objetivos principais da aplicação da justiça restaurativa. Destarte, Zher (2008 apud LIMA e SECCO, p. 456), uma das maiores referências no tema justiça restaurativa, afirma que apesar de a justiça restaurativa não ter como prioridade a redução dos índices de reincidência, mas sim a reparação dos danos causados e eventual restauração de relacionamentos, o fato de passar pela justiça restaurativa faz com que o causador do dano visualize caminhos que não envolvam futuras práticas delituosas, isto é, a reincidência criminal.

Entretanto, discute-se, também, até que ponto seria possível uma relação de horizontalidade entre ofensor e vítima, tendo em vista que a prática de uma infração penal implica na existência de uma assimétrica relação de poder entre ofensor e sujeito passivo, ainda que momentânea. Neste sentido, aduz Morais, Afonso Neto, e Soares, em referência a Nils Christie, sociólogo e professor de criminologia:

Nesse sentido, pelas críticas tecidas por Nils Christie ao sistema penal e pela construção do autor sobre a justiça comunitária e horizontalizada, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa: a) não deve se apoiar em nenhum estereótipo das partes, nem da vítima – com a possibilidade de sobrevivitimizá-la –, nem do ofensor – evitando sua estigmatização; b) permite com que os envolvidos no conflito sejam responsáveis pela administração e construção de uma solução adequada à violação penal, estimulando a participação ativa das partes na construção da decisão; c) deve distanciar-se da lógica burocrática, com a especialização e profissionalização dos envolvidos; d) deve ser acessível às partes, tanto pelo espaço destinado aos encontros quanto pela linguagem adequada e inteligível às partes; e) necessita ter seu foco na satisfação nas necessidades da vítima, do ofensor e da

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

comunidade a partir do envolvimento e responsabilização de todos. (MORAIS, AFONSO NETO, e SOARES, 2019, p. 205-206).

Deste modo, para que exista a possibilidade de a justiça restaurativa contribuir na resolução do conflito criminal, não se pode admitir que o ofensor alimente a ideia de que está em posição superior aquela ocupada pelo sujeito que outrora fora vítima da infração por ele praticada. Ou seja, as partes devem estar inseridas em um contexto onde seja estimulada a ideia de que o respeito mútuo é necessário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 225, art. 2º, §4º), a fim de que possa ser realizada a tentativa consensual de resolução do conflito.

Assim prevê Azevedo, ao discorrer sobre a mediação entre vítima e ofensor:

Um dos escopos da mediação consiste precisamente no empoderamento das partes (e.g. educação sobre técnicas autocompositivas) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus conflitos futuros e realizar o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real e conseqüente humanização do conflito decorrente da empatia. Nesse sentido, na mediação vítima-ofensor busca-se desenvolver, nos contextos concretos nos quais tal medida se mostra adequada, a oportunidade de aprendizado da vítima e seu ofensor. (AZEVEDO, 2005, p. 146).

Especificamente em relação à vítima, esta é, essencialmente, compreendida como sujeito de direitos, atuando como protagonista nos procedimentos da justiça restaurativa, a fim de participar ativamente na construção de uma solução consensual para o conflito que integra. Sua vontade não deve ser suprimida, afinal, trata-se de procedimento consensual, de modo que nem sempre será recomendável a aplicação da justiça restaurativa.

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

Este modelo de justiça se propõe a estimular a participação da vítima na construção de um consenso, pois a sua prática soluciona o conflito penal de modo mais eficaz do que a mera retribuição com a pena, de modo que há a correção do mal (o dano oriundo da ação do infrator) sem a imposição de mais violência (a pena), dessa vez por parte do Estado, sendo reconhecido o valor ético da vítima (MORAIS; AFONSO NETO; SOARES, 2019, p. 207). Neste sentido, com o surgimento da vitimologia, um dos ramos de estudo da criminologia, houve um resgate do sujeito passivo, não sendo mais este sempre relegado a um plano

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

secundário nos debates. Daí que se fala na chamada “vitimização secundária” ou “revitimização”, que pode ser definida como fenômeno que ocorre quando o próprio processo penal causa sofrimento ao sujeito passivo, sendo este sofrimento somado ao sofrimento diretamente proveniente da prática do fato criminoso.

De acordo com análise do Conselho Nacional de Justiça, no Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa:

Em 68% das iniciativas, é promovido o encontro entre vítima, ofensor e comunidade; em 54% se promove o encontro entre ofensor e comunidade. O encontro de grupo de ofensores é uma prática em 48% dos programas, projetos ou ações. Por outro lado, o encontro somente da vítima com a comunidade ocorre em 41% das iniciativas e o grupo de vítimas é proporcionado em 39% dos casos. O encontro somente entre vítima e ofensor é uma das práticas menos usuais, ocorrendo em 36% dos programas, projetos ou ações em Justiça Restaurativa. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 15).

Assim, é importante que a justiça restaurativa não seja um instrumento responsável pela ocorrência de uma revitimização do sujeito passivo do delito. Com a participação ativa da vítima na solução do conflito que ela própria integra – quando, conforme já mencionado, assim desejar e consentir com as práticas da justiça restaurativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 225, art. 2º, §2º) –, a revitimização passa a ter uma menor probabilidade de ocorrer.

Por sua vez, bem difundidas como método alternativo de solução de conflitos são, também, as práticas do “Direito Sistêmico”, denominação criada pelo juiz de Direito Sami Storch, cujo fundamento é a utilização, no âmbito do sistema de justiça, das técnicas de “Constelações Familiares”, controvertida terapia criada por Anton Suitbert Hellinger (ou, simplesmente, Bert Hellinger). Hoje, as práticas de Constelações Familiares são amplamente utilizadas no âmbito do direito civil, especialmente nos conflitos da seara do direito de família, a fim de promover a pacificação social por meio da utilização de método terapêutico inventado por Bert Hellinger. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018, s/p), o método “investiga as relações interpessoais de determinado sistema familiar, mostrando as conexões entre as gerações”, e até o ano de 2018, era aplicado em pelo menos 16 (dezesesseis) Estados e o Distrito Federal, e estaria alinhado à Resolução nº 125/2010, do órgão, que tem por objetivo promover práticas alternativas de solução de conflitos.

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Neste diapasão, fala-se, ainda, na possibilidade da utilização de tal método de solução de conflitos na seara criminal. Em artigo jurídico sobre o tema, publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, Storch destaca que a prática apresenta resultados positivos:

Em alguns tribunais, no Ministério Público e na Defensoria Pública, vêm sendo realizadas experiências na área criminal, com o objetivo de facilitar a pacificação dos conflitos e a melhoria dos relacionamentos, incluindo réu, vítima e respectivas famílias. As constelações têm servido de prática auxiliar no trabalho com a Justiça restaurativa, ajudando a preparar as partes e a comunidade envolvidas para que possam dar um encaminhamento adequado à questão. No âmbito penitenciário, multiplicam-se as práticas visando proporcionar aos presos uma oportunidade de compreender as dinâmicas ocultas por trás do padrão criminoso e enxergar onde está o amor que, de forma cega, os fez repetir os comportamentos antissociais já ocorridos em gerações passadas, na história da própria família. As reações dos participantes têm indicado resultados notáveis. (STORCH, 2018, s/p).

É perceptível que a supracitada prática possui, sim, casos de sucesso, e não deve se olvidar da boa intenção de muitos profissionais que buscam a técnica com o intuito de solucionar, pacificamente, conflitos que chegam ao Poder Judiciário. Entretanto, sua origem é extremamente problemática e sua aplicação deve ser objeto de necessárias críticas, na medida em que tal prática, disseminada a partir de textos de autoria de Bert Hellinger, demonstra facetas preocupantes. Neste sentido, em seu livro “Religião, Psicoterapia e Aconselhamento Espiritual”, Bert Hellinger aconselha quais posturas devem ser tomadas por vítimas de abuso sexual e estupro:

Abuso sexual

Quanto ao abuso, sugiro que você faça um exercício, sob a condição de não comentá-lo com outras pessoas, pois poderia despertar indignação. Porém, se o fizer com o espírito inocente, talvez descubra algo que fará bem à sua alma.

Imagine-se junto desse homem, olhando com ele para a multidão enraivecida. Mantenha-se tranquila, apesar da indignação deles. Depois de algum tempo, diga ao homem que agora ele precisa ir embora. Você se despede dele no seu coração, volta-lhe as costas e segue, pura e livre, o seu caminho. E nunca mais fale a ninguém do que aconteceu, nem sequer a si mesma.

[...]

Estupro

Também no estupro nasce um vínculo. E, também aqui, a solução é o amor. Esqueça os julgamentos e as condenações que costumam acompanhar essa vivência. Encare o jovem que a violentou e diga-lhe: “Agora eu amo você”.

(sem grifo no original). (HELLINGER, 2005, p. 54-55).

Observe que diante de graves conflitos oriundos de crimes de natureza sexual, Bert Hellinger, mentor e criador das práticas de Constelação Familiar, não estimula a postura ativa da vítima na solução do conflito do qual faz parte, conforme determina o ideal de justiça restaurativa. Pelo contrário, o autor efetivamente aconselha, primeiramente, que a vítima fique em silêncio sobre o ocorrido, como numa espécie de autocensura, a fim de não “despertar indignação”. Entretanto, caso a vítima fale sobre o crime sofrido (“se o fizer com o espírito inocente”, ressalta Hellinger), a solução é simples: “[...] a solução é o amor [...]”. Por fim, o conselheiro

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

ainda orienta que o ocorrido nunca mais deverá ser mencionado (“[...] nem sequer a si mesma”), numa espécie de estímulo à negação, como se tal postura auxiliasse na solução do conflito e na recuperação psicológica da pessoa que foi vítima de um crime – embora seja evidente que tal postura não é a mais adequada, especialmente em caso de crimes de natureza sexual, que deixam marcas psicológicas permanentes (feridas que, embora curadas, deixam cicatrizes).

Assim, percebe-se que no que tange aos crimes de natureza sexual há uma tendência preocupante em transferir a culpa do ocorrido à vítima. Deste modo, não haveria uma relação de horizontalidade entre vítima e ofensor, mas sim a reprodução de um discurso misógeno onde a vítima permanece na condição de oprimida, na medida em que é sustentada a sua culpabilização. É evidente, portanto, o risco de “vitimização secundária” ou “revitimização” do sujeito passivo que é submetido a este tipo de técnica (a revitimização, conforme já explanado, ocorre quando o próprio procedimento que se pretende auxiliar na solução do conflito causa sofrimento ao sujeito passivo do delito que originou o conflito).

Neste sentido, em artigo publicado na revista eletrônica “Questão de Ciência”, do Instituto Questão de Ciência, critica-se as “Constelações Familiares” enquanto prática pseudocientífica:

Essas não são “meras” opiniões: são visões paradigmáticas que orientam ações terapêuticas. O paciente ouve que deve encontrar seu lugar adequado no sistema familiar, e esse lugar é definido por uma hierarquia rígida e sexista. Vítimas de abuso sexual ou violência doméstica devem “reconhecer” o laço de amor que as une ao abusador, bem como assumir uma parcela da culpa. (ORSI, 2019, s/p).

De fato, a violência doméstica e familiar, que tem como alvo principal o gênero feminino, não será combatida tão somente com um sistema que se ancora no punitivismo, na medida em que este modelo de justiça criminal não tem o condão de reduzir os índices de criminalidade. Tampouco é sugerido que o conflito será solucionado com o fomento de eventual sentimento ódio e rancor que a vítima possa nutrir pelo seu ofensor. Entretanto, o chamado Direito Sistêmico, bem como as Constelações Familiares, prática cuja origem e essência é de natureza conservadora e que reproduz um discurso sexista, não parece ser capaz de solucionar satisfatoriamente conflitos oriundos de traumas familiares. É evidente que a solução de conflitos oriundos da violência de caráter misógeno e sexista, onde não há uma relação de horizontalidade entre vítima e ofensor – pelo contrário, em razão de pertencer ao gênero masculino o ofensor internalizou a noção de uma suposta superioridade em relação à vítima –,

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

não perpassa por práticas que usam da culpabilização do gênero feminino em razão da violência sofrida, como é o caso da técnica denominada Constelações Familiares.

Por outro lado, tendo em vista a previsão de que a justiça restaurativa “constitui-se um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias [...]” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução 225/2016, artigo 1º), há quem defenda a possibilidade de comunhão entre os princípios da Justiça Restaurativa e o Direito Sistêmico. Neste sentido, de acordo com Oldoni e Lippmann (2020, s/p), seria possível a existência da denominada “Justiça Restaurativa Sistêmica”.

De fato, os ideais de justiça restaurativa, prática mais ampla do que as técnicas do Direito Sistêmico e as orientações de Bert Hellinger, não deveriam ser excluídos quando tratamos de conflitos que envolvam violência de gênero. Destarte, em defesa da utilização da justiça restaurativa no âmbito da violência de gênero – devendo-se, claro, observar a particularidade do caso concreto –, e não da culpabilização da vítima, argumenta-se que:

A mulher que toma para si a responsabilidade de resolver seus problemas, especialmente esta que se encontra subtraída de sua autoestima, diminuída perante si mesma, muitas vezes acreditando que tem uma parcela de culpa diante daquela situação problemática, precisa ser resgatada. E o Estado deve fazer isso. Oportunizando que esta cidadã torne-se agente diretora e gerenciadora de sua vida, fazendo-a crer que é capaz de resolver pessoalmente seus conflitos, entendendo que o ocorrido deve ser utilizado como meio de crescimento e não de submissão e transferência de responsabilidades. (CORREIA, 2018, p. 261).

Assim, por fim, é importante salientar que mudanças estruturais na sociedade são necessárias para que a violência – e aqui se inclui a violência de gênero – e o medo não façam parte do cotidiano de uma sociedade, contudo, tais mudanças devem ser promovidas por meio de políticas públicas (de educação, saúde, lazer, etc.) e, também, alternativas de solução de conflitos que, ressalta-se, não promovam a culpabilização da vítima e a manutenção do próprio sistema patriarcal responsável pela perpetuação de várias espécies de violência, como é o caso, por exemplo, da técnica denominada “Constelação Familiar”, de Bert Hellinger.

3.2 Da (in)compatibilidade entre o sistema acusatório de persecução penal e a justiça negocial

O sistema acusatório de persecução penal tem como traço primordial a separação entre as funções de acusar e julgar, que não devem se concentrar em uma única figura, sendo

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

garantida, assim, a imparcialidade do magistrado. Próprio de ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito, o sistema acusatório possibilita o exercício do contraditório entre as partes no processo penal. Tal sistema pressupõe o afastamento da figura do magistrado em relação à iniciativa probatória, ficando, assim, assegurada a gestão da prova nas mãos das partes, a postura de terceiro imparcial do Estado-juiz, a presunção de inocência do acusado, entre outras garantias processuais. Neste contexto, valoriza-se o exercício do contraditório entre acusação e defesa, isto é, a relação de dialeticidade entre as partes do processo.

Assim como no sistema acusatório, na justiça negocial há um afastamento do Estado-juiz. Entretanto, segundo Lopes Júnior (2019, p. 93), enquanto no sistema acusatório, quando necessário, o magistrado atua como interventor, na justiça negocial resta ao magistrado tão somente “assistir de camarote ao conflito”, cabendo apenas eventual homologação posterior do acordo previamente firmado, o que demonstra um considerável contraste entre o sistema processual acusatório e as práticas de justiça negocial.

Não sem razão, a doutrina afirma que o promotor é o juiz às portas do tribunal. A lógica negocial, se banalizada, transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Constitui, também, verdadeira expressão do movimento da lei e ordem, na medida em que contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a penalização e o simbolismo repressor. A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 211).

Por sua vez, para Ferrajoli (1997 apud LOPES JR., 2019, p. 211), não é legítimo o argumento de que a justiça negocial é resultado lógico do modelo acusatório de persecução e do chamado “processo de partes”. Para este doutrinador, o modelo negocial é reflexo de uma confusão entre a noção teórica de modelo acusatório (que tem por principal traço a separação das funções de acusar o julgar) e as práticas e características do sistema acusatório estado-unidense (como discricionariedade da ação penal e acordo, cita o autor), características que não possuem reação com o modelo acusatório de persecução penal, de modo que haveria, assim, incompatibilidade entre a justiça negocial e o sistema acusatório de persecução penal.

3.3 Colaboração premiada e *Plea Bargain*

Diz-se que o instrumento de colaboração premiada, previsto na Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), nada mais é do que um “*plea bargain* à brasileira”, na medida em que o *plea bargain* também é um instituto da justiça criminal negociada, porém, pertencente ao sistema jurídico estado-unidense. Em que pesem as diferenças entre os institutos – como, por exemplo, o fato de a acusação estado-unidense não estar obrigada a apresentar ação penal depois de firmado o acordo –, ambos guardam notáveis semelhanças, na medida em que ambos os institutos derivam do ideal de justiça negociada.

Em uma crítica ao modelo de justiça criminal negociada, aduz parte da doutrina que:

A liberdade e a verdade, valores da jurisdição penal democrática, passaram a ser tratadas como mercadorias. Os direitos e garantias fundamentais, que na concepção de Luigi Ferrajoli, compõem o conteúdo substancial da democracia, também passaram a ser tratadas como mercadorias. E o que caracteriza a mercadoria? Mais do que a existência de um valor de uso e de um valor de troca, é a possibilidade de ser negociada, substituída e, quando se torna obsoleta, descartada. (CASARA, 2018, p. 69).

Haveria, portanto, uma verdadeira mercantilização das garantias, uma vez que existe a possibilidade destas serem livremente negociadas, e esta negociação ser corroborada dentro do processo penal. Neste sentido, não são incomuns as suspeitas do cometimento de arbitrariedades tendo como ferramenta a prática da colaboração premiada, tais como a decretação de prisão preventiva como forma de induzir um acusado a posteriormente realizar uma delação (em que pese a voluntariedade do colaborador deva ser analisada judicialmente, segundo aduz o art. 4º, §7º, inciso IV da Lei 12.850/2013).

Em um cenário onde se desvaloriza a dialética processual, a busca pela verdade processual por meio da paridade de armas, e onde a negociação ocorre entre partes que constituem uma relação desigual de poder – o que se torna evidente especialmente quando consideramos que muitas delações são efetivadas somente após a decretação da prisão daquele que viria a se tornar um delator –, torna-se possível que o processo penal seja mero instrumento de confirmação do discurso acusatório (CASARA, 2018, p. 73).

O que se extrai desta análise, portanto, é de que o que se tenta realizar é a importação de um instituto jurídico (*plea bargain*, diretamente do ordenamento jurídico estado-unidense) sem que ocorra um sério debate e reflexão sobre suas características e eventuais

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

incompatibilidades, bem como ajustes a serem feitos, a fim de que garantias processuais não sejam assoladas.

O quadro torna-se ainda mais grave diante da tradição autoritária em que a sociedade brasileira está lançada. Há, portanto, um problema hermenêutico. Como se sabe, há uma diferença ontológica entre texto e norma. A norma é sempre produto do intérprete. O problema é que no Brasil o intérprete está lançado em uma tradição autoritária que acaba por condicionar a criação das normas a partir do texto legal.

Tradição que fez com que o instituto da “delação premiada” fosse incorporado ao ordenamento brasileiro sem os controles epistêmicos presentes em outras legislações (por exemplo, vedação de delação de réu preso, admissão só para crimes excepcionais como o terrorismo, necessidade de advogados distintos para cada delator, limites temporais e legais bem definidos, etc.). (CASARA, 2018, p. 74).

No sistema jurídico estado-unidense, por meio do denominado *plea bargain*, são recorrentes os acordos entre o acusado – acompanhado de seu defensor – e a acusação, onde aquele reconhece sua culpa em troca de redução da pena a ser imposta. Ao estudarmos as justificativas dos adeptos do *plea bargain*, não raro nos deparamos com argumentos em defesa do instituto por razões de uma suposta eficiência resultante da sua aplicação, além de demonstrações do caráter utilitarista do sistema jurídico penal com o uso deste instituto. De fato, se analisarmos sob a lente da eficiência e da celeridade processual, o *plea bargain* mostra-se capaz de reduzir consideravelmente o fluxo de processos que demandam decisões dos tribunais, na medida em que grande parte dos conflitos não são julgados, pois foram objeto do *plea bargain*.

Segundo dados do sistema de justiça estado-unidense, cerca de 97% dos casos federais e 94% dos casos estaduais não são julgados por magistrados, sendo os casos objetos de acordos entre acusado e acusação, conforme artigo publicado no jornal *online* The Atlantic (YOFFE, 2017, s/p). Entretanto, em que pese os Estados Unidos da América utilize o *plea bargain* em larga escala, a chamada “terra da liberdade” (“*the land of the free*”, conforme aduz o hino nacional do país estrangeiro) possui a maior população carcerária do mundo, segundo o Relatório Mundial de 2018 elaborado pela organização internacional não-governamental *Human Rights Watch*. De acordo com os dados, estima-se que há 2,3 milhões de pessoas nas prisões estado-unidenses (HUMAN RIGHTS WATCH, 2018, s/p).

Neste sentido, o documentário “A 13ª Emenda” (“*13th*”, no original), de 2016, dirigido pela cineasta Ava DuVernay, revela as origens históricas do encarceramento em massa dos Estados Unidos e o caráter racista por trás da 13ª emenda constitucional, aprovada em 1865 que, apesar de oficialmente abolir a escravidão no país – em 1863 o então Presidente

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Abraham Lincoln havia assinado o chamado Ato de Emancipação –, deixou uma “brecha” legislativa que, posteriormente, possibilitou o aprisionamento sistemático da população negra e marginalizada.

Analisando o sistema de justiça criminal estado-unidense – que, lembrando, tem no *plea bargain* um instrumento que impede que mais de 90% das demandas criminais que chegam às promotorias do país alcancem os magistrados (YOFFE, 2017, s/p), impossibilitando, portanto, o eventual julgamento do caso – o documentário “A 13ª Emenda” revela que o encarceramento em massa que ocorre no sistema prisional estado-unidense é resultado de um desdobramento histórico envolvendo a escravidão do povo negro no país.

A fim de facilitar a compreensão da questão, a seguir trecho traduzido da Seção 1. da 13ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, um dos berços do *plea bargain*, instituto jurídico cuja importação é almejada por parcela dos operadores do direito brasileiro: “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.”. Esta ressalva legal, conforme exposto no documentário supramencionado, foi o que bastou para que os escravizados – agora livres, segundo a lei – pudessem ser criminalizados e, posteriormente, encarcerados, considerando que especialmente no sistema penitenciário estado-unidense o trabalho dos encarcerados gera grande lucratividade à iniciativa privada. Assim, os negros, antes escravizados, passaram a ser alvo de perseguição seletiva por meio do direito penal, muitas vezes acusados por delitos como “vadiagem”, e tão logo encarcerados tinham, novamente, a sua mão de obra explorada, submetendo-se aos interesses econômicos da elite do país.

Neste sentido, sobre a seletividade do direito penal, e os processos de criminalização primária (seleção de determinados comportamentos que devem ser proibidos ou impostos) e criminalização secundária (investigação, processo e condenação do indivíduo que incorrer no comportamento previamente criminalizado), aponta Greco que:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. (GRECO, 2015, p. 155).

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Dinâmica semelhante repetiu-se no Brasil, com o Código Penal Brasileiro de 1890, cuja promulgação ocorreu dois anos após a publicação da Lei Áurea. No Capítulo XIII do Código Penal de 1890, denominado “Dos vadios e capoeiras”, eram criminalizadas as condutas de “vadiagem” (art. 399) e a prática da capoeira (art. 402). Vejamos, a seguir, a transcrição destes tipos penais:

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: Pena - de prisão cellullar por quinze a trinta dias.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena - de prisão cellullar por dous a seis mezes.

Deste modo, o que se verifica é que o Código Penal de 1890 tratou, nos supramencionados dispositivos, de criminalizar especificamente a população negra, na medida em que naquele contexto histórico, na condição de recém-libertos da escravidão, os negros viram-se sem perspectivas de avanço social – pois com a libertação não foram garantidas condições dignas de vida (moradia, emprego, entre outros direitos) –, de modo que, naquela conjuntura, fosse fácil enquadrá-los na figura de “vadios”, bem como uma de suas principais manifestações culturais, a capoeira, também foi alvo da criminalização do Estado. Verifica-se, portanto, que na prática:

[...] um grupo de pessoas economicamente marginalizadas é sujeito, ao longo do tempo, a suspeitas estereotipadas e assédio pela polícia. Ou seja, como cidadãs, não só elas têm negados seus direitos sociais, de acesso ao mercado de trabalho em termos justos, como são tratadas nas ruas de um modo que renega concretamente seus direitos legais. (YOUNG, 2002, p. 42-43).

Assim, percebe-se que o sistema penal brasileiro não é diferente do estado-unidense no que tange à seletividade e o racismo estrutural. Deste modo, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) atualizado até dezembro de 2019, a população prisional do Brasil é de 748.009 pessoas privadas de liberdade em unidades prisionais (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2020, s/p). Por sua vez, de acordo com dados atualizados até o primeiro semestre de 2017, indivíduos de cor/etnia pretas e pardas totalizavam 63,6% da população carcerária nacional (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2019, p. 31), o que demonstra o caráter racialmente discriminatório que possui o sistema de justiça criminal brasileiro.

Na formação do capitalismo, a criminalidade é reestruturada a nível de prática criminal, de definição legal e de repressão penal, pela *posição de classe* do autor: a) as *massas populares*, especialmente *lumpens*, circunscritas à criminalidade patrimonial, são submetidas a tribunais

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

ordinários e castigos rigorosos; b) a *burguesia*, circulando nos espaços da lei, permeados de silêncios, omissões e tolerâncias, move-se no mundo protegido da “ilegalidade dos direitos”, composto de fraudes, evasões fiscais, comércio irregular etc. – na gênese histórica da futura criminalidade de “colarinho branco –, com os privilégios de tribunais especiais, multas e transações que transformam essa criminalidade em investimento lucrativo. (SANTOS, 2008, p. 74-75).

Por conseguinte, sobre o que chama de “importação acrítica” de institutos de política criminal, Santos Júnior argumenta que:

[...] viola-se a normatividade do direito [...] quando se aborda a eficiência, dentro da esfera jurídica, como mero meio direcionado à maximização da riqueza. Da mesma forma quando se importam os conceitos da política criminal e externa beligerante dos Estados Unidos como meio hábil de enfrentamento da criminalidade, sem compreender sua razão de existência na origem, isto é, enquanto fórmula racista e reacionária e razão instrumental para exportação da ideologia de dominação e como pretexto para ocupação, domínio e controle de outros territórios. Assim, as importações são ilegítimas e inautênticas e, conseqüentemente, trazem mais prejuízos do que benefícios. (SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 346).

O que se critica, portanto, é a transposição de “soluções” prontas para problemas complexos, pois estes demandam reflexão, amplo debate e investimentos de longo prazo – como, por exemplo, políticas públicas e investimentos sociais cujos resultados, em última instância, são o combate à criminalidade organizada e a corrupção estrutural que drena os recursos públicos – de um ordenamento jurídico para outro, sem considerar suas discrepâncias, bem como seus diferentes contextos sociais, econômicos, políticos, entre outros, além de desconsiderar a ineficácia dos institutos cuja importação é almejada, de modo que tais ferramentas não poderiam sequer serem tratadas como soluções às mazelas da nossa sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o *jus puniendi* do Estado deva ser o último recurso de uma sociedade na tentativa de lidar com os conflitos sociais que geram infrações penais, caracterizando-se o direito penal como ferramenta *ultima ratio* do Estado, conforme determina o princípio da intervenção mínima, os dados oficiais sobre o sistema de justiça brasileiro demonstram a existência de um número alarmante de processos criminais, indicando, assim, que o direito penal não tem sido aplicado como instrumento *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Outrossim, tem-se que o modelo de justiça meramente retributivo – ou seja, aquele onde o mal causado por um indivíduo, mediante uma infração penal, é retribuído com outro mal, a pena, cuja aplicação é legitimada pelo Estado – não tem o condão de cumprir com a função de prevenção especial da pena, especialmente em seu aspecto positivo (ressocialização do

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

infrator), de modo que surge a necessidade de novas formas de solução de parte dos conflitos penais.

Ademais, a utilização indiscriminada do direito penal, em especial por meio das penas privativas de liberdade, é reflexo de uma sociedade tomada pelo sentimento de insegurança, difundido especialmente em uma era de avanços tecnológicos e sem barreiras de comunicação entre indivíduos, que, assim, depositam no direito penal a expectativa de que basta a ampla aplicação deste para que a criminalidade seja reduzida. Portanto, nesta “sociedade de risco” – expressão cunhada por Ulrich Beck – e globalizada, o discurso punitivista soa atraente, pois veicula a promessa de que basta o recrudescimento das leis penais para que a sociedade torne-se mais segura, o que não representa a verdade.

Neste sentido, tem-se o modelo de justiça restaurativa como meio alternativo de solução de conflitos na seara criminal, na tentativa de se promover a solução pacífica dos atritos sociais que alcançarem o Poder Judiciário, e na contramão da narrativa que deposita tão somente no modelo retributivo de justiça a ideia de que este modelo é capaz de solucionar todos os conflitos de forma satisfatória.

Destarte, enquanto no modelo retributivo há uma relação de verticalidade entre Estado e infrator, nas práticas de justiça restaurativa é necessário que se estabeleça uma relação de horizontalidade entre ofensor e vítima, de modo que as partes devem estar cientes de que não existe relação hierárquica entre elas. Neste sentido, busca-se impedir a chamada “revitimização” do sujeito passivo da infração, fenômeno que ocorre quando o próprio processo, ou, no caso, o procedimento que busca sanar o conflito, causa sofrimento à vítima da infração discutida.

E, assim, sendo o respeito à dignidade da vítima um dos pilares da justiça restaurativa, e sendo estimulada a sua participação e assegurada a sua proteção – bem como a participação e proteção dos direitos e garantias do infrator –, conforme diretrizes da Resolução nº 225 de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), faz-se uma crítica ao chamado “Direito Sistêmico”, que se utiliza das “Constelações Familiares” como técnicas de solução de conflitos, amplamente aplicadas na seara do direito de família e, também, com experiências na justiça criminal. No entanto, em que pese o registro de resultados positivos com a

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

aplicação das técnicas de “Constelações Familiares” – método inventado por Bert Hellinger – e da boa disposição dos operadores do direito que buscam difundir o uso do método no ordenamento jurídico, esta prática é largamente criticada por dar azo à “revitimização” do sujeito passivo, especialmente no que concerne aos conflitos que envolvem infrações penais de natureza sexual, na medida em que o instituto “Constelações Familiares” tem base conservadora e sexista.

No mais, foi abordada a justiça negociada como forma de solução consensual do conflito, que, diferente do modelo de justiça restaurativa, implica no reconhecimento de culpa, por parte do infrator. No presente trabalho foi abordado, mais especificamente, a origem do instituto jurídico *plea bargain*, evidentemente racista e seletivo – e que guarda semelhanças com a colaboração premiada (chamada por alguns de “*plea bargain* à brasileira”) –, tendo em vista que a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é almejada por muitos integrantes da comunidade jurídica brasileira.

Ressalta-se, por fim, a relação delicada entre a justiça negociada e as garantias processuais, na medida em que na justiça negociada é possível a negociação das garantias do acusado, havendo, para alguns doutrinadores, incompatibilidade entre o modelo acusatório de persecução penal e a justiça negociada, sendo, assim, necessário amplo debate antes da aplicação de tais institutos e a importação de institutos jurídicos oriundos de outras comunidades, a fim de que direitos e garantias fundamentais não sejam sistematicamente violados pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, V. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 19 jan. 2020.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. **A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna**. IBCCrim, Tribuna Virtual, ano 01, edição 03, abril de 2013. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/pdf/Edicao03_02_leonardo.PDF. Acesso em: 18 nov. 2019.

AZEVEDO, André Gomma de. **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça**

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em:

<http://www.institutoelo.org.br/site/app/webroot/files/arquivos/c9553f69f66410e5b93c10b04df90a7f.pdf#page=41>. Acesso em: 15 set. 2019.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas**. Entrevista concedida à revista eletrônica do Instituto Humanitas Unisinos (*IHU On-Line*). 181ª edição. Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. São Leopoldo, 22 de maio de 2006. Disponível em:

<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 847/1890. **Código Penal**. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Lei 9.099/1995. **Exposição de Motivos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Senado, 1995. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **O processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CHRISTIE, Nils. **Una sensata cantidad de delito**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana**

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

sobre **Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Organização dos Estados Americanos (OEA). Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação Familiar**: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. Notícias CNJ. Brasília, 3 abr. 2018. *Online*. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 22 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Seminário Justiça Restaurativa. Brasília, 2019. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 15 set. 2019.

CORREIA, Thaize de Carvalho. **A justiça restaurativa aplicada à violência doméstica**. In: GOSTINSKI, Aline; BISPO, Andrea Ferreira; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas por um Direito menos machista**. Vol. 3. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2020. Disponível em:
<http://depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 27 abr. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização Junho de 2017**. MOURA, Marcos Vinícius (org.). Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em:
<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

DUVERNAY, Ava. **A 13ª Emenda**. Distribuição: Netflix, 2016. Documentário (100 min).

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito**

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2015.

HELLINGER, Bert. **Religião, Psicoterapia e Aconselhamento Espiritual.** São Paulo: Cultrix, 2005.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2018:** Estados Unidos. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313415>. Acesso em: 17 out. 2019.

JORGE-BIROL, Alline Pedra. **Justiça criminal versus restaurativa:** com a palavra a vítima. Disponível em: https://www.academia.edu/28767601/JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_VERSUS_RESTAURATIVA_COM_A_PALAVRA_A_V%C3%8DTIMA. Acesso em: 14 set. 2019.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **Crime e castigo:** ensaios de resistência, controle social e criminologia cultural. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

LIMA, Elivânia Patrícia de; SECCO, Márcio. **Justiça restaurativa:** problemas e perspectivas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 1, 2018, p. 443-460. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2179-89662018000100443&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 15 set. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do Processual Penal:** Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; AFONSO NETO, José; SOARES, Yollanda Farnazes. **A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeitos de direitos.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 191-218, jan.-abr. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/210>. Acesso em: 14 set. 2019.

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos:** Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.institutoelo.org.br/site/app/webroot/files/arquivos/c9553f69f66410e5b93c10b04df90a7f.pdf#page=41>. Acesso em: 15 set. 2019.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Justiça Restaurativa Sistêmica:** supera a ideia punitivista e é ainda mais inovadora. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/12/13/justica-restaurativa-sistemica-supera-ideia-punitivista-e-e-ainda-mais-inovadora/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

ORSI, Carlos. **Constelação Familiar:** machismo às custas do SUS. Disponível em: <https://revistaquestaociencia.com.br/artigo/2019/12/20/constelacao-familiar-machismo-e-pseudociencia-custas-do-sus>. Acesso em 22 jan. 2020.

Camila Fernanda Oliveira da Silva | Fernanda de Matos Lima Madrid

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. **Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo penal de Alessandro Baratta.** In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos.** Consultor Jurídico. São Paulo, 20 jun. 2018. *Online.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistêmico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 22 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States.** United States Senate. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_13_\(1865\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_13_(1865)). Acesso em: 19 out. 2019.

YOFFE, Emily. **Innocence Is Irrelevant.** The Atlantic. Boston, set. 2017. *Online.* Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/09/innocence-is-irrelevant/534171/>. Acesso em: 17 out. 2019.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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