

# DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À RESSOCIALIZAÇÃO

**\*Deborah de Almeida Nere**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

**\*\*Breno Inácio da Silva**

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Processo pela PUC MG, graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga. Professor do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais e da Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA).

## RESUMO

Este trabalho tratou da pena privativa de liberdade e suas funções. Considerando as propostas da pena de prisão, foram analisadas suas funções diante da realidade no cenário do sistema prisional. E diante da crise no sistema carcerário a pesquisa questiona a eficácia das funções da pena, utilizando da literatura jurídica e do estudo realizado pela Secretária Geral da Presidência da República e o PNUD (mapa-encarceramento-jovens.pdf). O trabalho apresentou as teorias críticas da pena privativa de liberdade que são fundamentadas em teses da Criminologia Crítica, Filosofia do Direito, Sociologia jurídica e Psicologia Jurídica. Assim foram examinadas as possibilidades da pena privativa de liberdade alcançar o objetivo de punir, prevenir e ressocializar, como é sustentado no Direito Penal. Dessa forma foi percebido que a pena privativa de liberdade não tem possibilidade de alcançar a prevenção de delitos e nem tão pouco de ressocializar qualquer indivíduo, haja vista o aumento da população carcerária. Contudo, foram encontradas as razões da manutenção das cadeias públicas, sendo elas uma forma de segregação racial e socioeconômica. Portanto, o trabalho encontrou a impossibilidade de ressocialização pela pena de prisão. Assim, a pesquisa examinou outras formas de solução de conflitos criminais através da Justiça Restaurativa. Pode-se dizer que a Justiça Restaurativa busca a proteção à vítima, ao transgressor e a comunidade, os tornando protagonistas de suas relações pessoais. A Justiça Restaurativa visa à prática de qualquer método que possibilite o diálogo, bem como a negociação entre os envolvidos no conflito. Sendo assim, foram encontradas formas menos traumáticas para a administração de conflitos no âmbito da Justiça criminal, onde verdadeiramente são encontradas soluções satisfatórias para todos da sociedade.

**Palavras-chave:** pena privativa de liberdade; sistema prisional; ressocialização.

## 1 INTRODUÇÃO

As teorias modernas da pena estabelecem que a pena privativa de liberdade tem como objetivo punir, prevenir e ressocializar (BITENCOURT, 2011). É diante desse sistema de pensamento é que se faz necessário um estudo da sociedade, bem como dos conflitos individuais com a mesma, no caso das pessoas apenadas pela

pena de prisão. Sendo assim, analisar os objetivos da pena privativa de liberdade, e sua eficácia na realidade atual é o desafio deste trabalho.

Tem se acreditado na ressocialização da pessoa condenada a pena privativa de liberdade, no entanto, essa ideia cada vez mais tem se mostrado frustrada, haja vista a realidade carcerária brasileira, 3º (terceira) maior do mundo, segundo a organização não governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS), na sigla em inglês, do King's College de Londres. Ademais, a demanda judicial nas varas criminais é sobretudo, assombrosa, evidenciando que o Judiciário não tem condições de continuar resolvendo a problemática da forma que vem sendo resolvida. Segundo dados divulgados recentemente pela Secretária-Geral da Presidência da República, a população carcerária cresceu 74% entre 2005 e 2012, e aponta importantes dados quanto a justiça criminal e as características do encarceramento no Brasil.

O tema é de grande relevância social e requer a atenção da sociedade como todo, tendo em vista os impactos causados ao ser apenado com tal pena e a todo o grupo social na qual este está envolvido. A punição que tem sido exercida pelo Estado deve ser questionada, no sentido de se formar uma sociedade justa, que saiba lidar com as situações jurídicas de maneira responsável e eficaz. Portanto, a sociedade não pode ter uma atitude excludente, mas sim participar de forma ativa, pois a pessoa que cumpriu a sentença condenatória deverá ser reinserida novamente na sociedade.

É mister a formação de um Direito Penal justo, capaz de minimizar os fenômenos sociais ocorridos com a prisão de pessoas. Que torne possível a resolução de conflitos criminais de maneira mais civilizada e não viole direitos e garantias fundamentais das pessoas como têm ocorrido nas Penitenciárias, Centros prisionais e fora deles em todo o país. A rotulagem que carrega a pessoa considerada pelo Estado como delinquente - no caso, aquele que foi submetido ao ambiente carcerário - pode ser algo irreversível abalando profundamente a dignidade da pessoa humana.

É imprescindível analisar o sistema punitivo exercido pelo Estado, e refletir se tal conduta está de acordo com o que propõem a idealização universal dos direitos do homem, bem como a Constituição da República. Para punir, o Estado marca o indivíduo publicamente para atingir seus objetivos e assim provoca vários sintomas sociais negativos. Podemos dizer, minimamente, que o sistema punitivo promove a discriminação de pessoas e que seus objetivos, ou seja, os objetivos da pena privativa de liberdade enquanto forma de prevenção de outros delitos e ressocialização de pessoas, devem ser examinados. Porque de certo, tratar o indivíduo de forma injusta e até mesmo desumana, como tem ocorrido nas cadeias, custosamente alcançaremos a reabilitação de pessoas.

As instituições governamentais tem admitido a crise do sistema punitivo, haja vista o hiperencarceramento e a falta de justificativa para a pena privativa de liberdade. Diante dessa situação, operadores e pensantes do Direito Penal, foram conduzidos a buscar alternativas efetivas e assim combater os males do encarceramento (MAPA, 2014, p. 9), promovendo dessa forma a ressocialização de pessoas.

Justiça Restaurativa é um conceito extenso que pode ser considerado como qualquer prática que vise mediação entre vítima e ofensor e que tenha condições para quebrar com o padrão de Justiça criminal existente que relacionam crime-castigo. Este método já é utilizado em países da América do norte e da Europa e tem produzido efeitos positivos. Este conjunto de ideias também faz parte da corrente doutrinária chamada Abolicionismo Penal, ramo da Criminologia Crítica que acentua sua crítica em ilegítima severamente a pena privativa de liberdade e sua lógica de ressocialização (ACHUTTI, 2014).

A Justiça Restaurativa e o Abolicionismo Penal é uma prática que traz inovações as “Teorias modernas” e aos sistemas de resolução de conflitos, ou seja, a Justiça Criminal, mas, sobretudo que proporciona transformação intelectual sobre Direito Penal aos nossos dias. Acredita-se que este método conhecido e utilizado na esfera cível é capaz de trazer mudanças na administração de condutas criminalizadas, possibilitando obter opções diferentes da prisão de pessoas, o que obviamente beneficia toda a sociedade.

A aplicação da pena é uma prática primitiva, sendo difícil a precisão de seu surgimento por ser utilizada por homens de outros tempos para disciplinar à convivência. Sem saber explicar os fenômenos naturais (raio, chuva, trovão) os indivíduos associavam estes aos comportamentos dos membros da comunidade. Assim, a medida coatora empregada frequente era a morte, até para evitar que a maldição se propagasse para a comunidade e parentes de sangue. Ainda na Grécia Clássica fundou-se a ideia pedagógica da pena e continuou as medidas cruéis como, açoites, mutilações e outras formas de morte com suplícios (MIRABETE, 2011).

Pode-se dizer que houve diversas fases da pena, a doutrina majoritária tem adotado três divisões, são elas: a vingança privada, vingança divina e vingança pública. Todas são determinadas por intensa influência religiosa que estabeleciam as normas nos agrupamentos (BITENCOURT, 2011, p. 59).

Na Idade Moderna houve a fase da vingança privada onde o crime era visto como um dano interpessoal que gerava responsabilidades e/ou compensações por parte do ofensor. O conflito era resolvido entre vítima e autor. Poderia ocorrer a expulsão, do agente da conduta ofensora, da comunidade ou se sujeitaria a alguma manifestação por parte da vítima ou da família desta. Dessa forma os verdadeiros interessados ofensor-vítima, eram livres para negociações e reconciliações (ACHUTTI, 2014, p.48-49).

A fase da vingança divina é reconhecida como manifestações divinas nocivas,

“Totem” que punia a desobediência do transgressor. A medida aplicada era o sacrifício da vida do infrator para a satisfação da divindade, afetada pelo delito. Nessa fase o Direito Penal foi teocratizado sendo exercido pelos sacerdotes que não economizavam no rigor da medida, porque sustentavam que quanto maior a ofensa à divindade, maior deveria ser o castigo. As legislações simbólicas dessa fase são: (código de Manu, no Egito (Cinco Livros), na china (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia. (Bitencourt, 2011, p. 60)

Com a evolução dos tempos surgiu na história do Direito, a fase da vingança pública, na qual assim como nas fases anteriores, também predominou o caráter religioso, tanto na Grécia Antiga como na Roma Antiga, na forma de resolução dos conflitos, aqui a figura da divindade foi transportada para a figura do rei. Dessa forma, o Estado fundamentou a proteção ao soberano na aplicação das medidas coatoras. Como definido “o Estado passou a ser o titular da persecutio criminis e a vítima migrou de uma posição central para uma situação periférica junto ao Direito”. (CALHAU, 2003, p. 24).

Com o passar do tempo a influência da igreja foi se fortalecendo e foi consolidado o Cristianismo, pelo imperador Constantino (313 d.C.) e pela declaração de Teodósio I (379 d.C.), impondo-a como religião, e somente esta podia existir no Estado. Diante disso surgiu o Direito Canônico - conjunto de leis da Igreja Católica Apostólica Romana - que punia os crimes religiosos e defendia seus interesses e sua autoridade.

Pode-se considerar que o Direito Canônico é um marco importante na história do Direito Penal porque a partir da ideia punitiva eclesial é que foi criada a prisão atual, haja vista a palavra “penitenciária”. A ideia de recuperar o preso através da pena vem da ideia de caridade e transformação, ou seja, vem dos ideais religiosos transmitidos de geração em geração. (BITENCOURT, 2011, p. 67)

## **2 FUNÇÕES DA PENA**

Na Grécia o pensamento sobre direito penal era representado a partir da mitologia Grega, onde Thémis e Diké significavam a justiça. Os sofistas se destacam pela criação de um pensamento punitivo, em especial o filósofo Protágoras de Abdera, que fundamenta que qualquer homem pode identificar o que é o bem e fazê-lo. Essa ideia de distinguir o bem do mal, passa por um juízo de valor que pode ser realizado por qualquer pessoa. Protágoras defende que a medida coatora seria utilizada como forma de prevenção de outros delitos, dando corpo ao direito penal despótico. (ZAFFARONNI, 2011).

A punição no mundo antigo acontecia com o isolamento do indivíduo mais habilitado para o evento, ou seja, aquele que contrariava as expectativas do soberano. A distribuição da punição seja qual for o seu fundamento, o objetivo maior é a estigmatização do indivíduo. O ostracismo em Atenas era uma forma de exílio, onde se fazia uma eleição de um rival político que foi derrotado, assim este era desterrado.

Michael Walzer explica:

Mas, quando a instituição do ostracismo deixou de existir em fins do século V, prossegue Finley, o exílio comum sob a acusação de crime continuou sendo possível. Isto é, era possível usar o sistema de júri para infligir o mesmo tipo de derrota política a um adversário ou rival, pois o júri ateniense era uma pequena assembleia, com milhares de jurados; e o processo criminal era imediatamente politizado. Mas, quando os oponentes e os rivais, em vez dos criminosos, eram condenados ao que não mais poderia de chamar-se exílio honroso, a condenação era claramente um ato de tirania. Por ter poder político e votos suficientes punirei você. A diferença entre o ostracismo e a punição traçava o limite entre a opinião popular e o veredicto do júri, entre a derrota política e o mérito criminal; e nos ensina uma boa lição. (WALZER,1980, P.371)

O que se vê é que a punição desde os tempos remotos é exercida como um mecanismo de controle social. E essa ideia se dá tanto no discurso de que a punição é um meio de proteção à comunidade, como no discurso de que é meio de proteção à um soberano/dominador, enfim, aquele obtentor de forças perante o grupo. A prevenção idealizada, além de ser uma ferramenta de controle, também pode ser interpretada como uma forma de propagar as convicções políticas, em sentido amplo, através da aplicação da pena. Isso também se justifica porque existe um desejo moral ligado ao exercício da punição, por causa da dor que ela reproduz.

A punição realizada como forma de prevenção é, portanto, um modo de marcar como incorreta determinadas condutas e pessoas específicas. E realmente é um espetáculo de desmoralização. Portanto, é uma grande fonte de estigma sendo assim uma forma de reconhecimento na sociedade, no entanto, um reconhecimento negativo. Walzer define que:

Podemos votar nas pessoas que vamos punir, como os defensores contemporâneos da prisão preventiva gostariam que fizéssemos. Ambos são métodos eminentemente práticos; mas, na medida em que distribuem a

desmoralização, fazem-no, creio, de maneira tirânica. (WALZER,1980, p.370).

Para se falar em pena e suas funções é necessário fazer uma análise do ânimo humano e também dos fenômenos sociais ocorridos ao longo da história. Isto quer dizer que o ser humano, bem como a sociedade que está inserido, passa por constantes transformações que abalam as estruturas culturais.

Uma importante mudança que pode ser destacada é a Revolução industrial que modificou a estrutura socioeconômica passando a forma de trabalho do plantio à supremacia manufatureira. Assim, houve a concentração de pessoas nas cidades onde era oferecido o trabalho. No entanto era pouca a oferta e muita a demanda, as pessoas foram obrigadas a oferecerem trabalho em troca de sustento aumentando cada vez mais o capital nas mãos dos proprietários manufatureiros.

Sem trabalho e nenhuma proteção, a população se tornava faminta e com tendências a cometer “crimes”. Os proprietários das grandes produções, ou seja, os capitalistas adotaram ideia de HOBBS (1588-1679), filósofo do contratualismo, o Estado como contrato social. Assim o Estado poderia defender os interesses dos capitalistas em face da nobreza e dos trabalhadores proporcionando segurança em suas relações.

O garantismo penal assim surgiu, como uma política pública, inspirado no sentido de igualdade. As pessoas podiam contratar umas com as outras e elas também eram submetidas a um contrato na sociedade. Hobbes propõe o domínio do Estado “O Leviatã” para agir de forma absoluta alcançando o bem de todos. Neste período a razão está acima das leis divinas, houve a necessidade de normatizar os direitos naturais (Racionalismo). J. Locke (1632-1704) inclui que é melhor viver em sociedade porque tem coisas que o homem não consegue fazer sozinho. Para ele o Estado serve para manter os direitos naturais como, direito à vida, à liberdade e à propriedade. Rousseau (1712-1778) define que a soberania do Estado vem do povo. O povo empresta a soberania ao Estado e quando eles quiserem o Estado acaba porque, o Estado representa o povo. Ele defende que os direitos naturais devem ser protegidos e que “o homem é bom por natureza à sociedade é que o corrompe”.

A ideia de contratualismo na ciência penal foi propagada por toda a Europa, e temos como principal precursor em nosso estudo, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. (1738-1798). Ele não aceitava a forma com que as penas eram aplicadas, ou seja, “denunciava” as crueldades praticadas em nome da lei. Beccaria seguiu a ideia contratualista de Rosseau, defendia a validade e a simetria entre o delito e a pena.

Sua obra é considerada revolucionária porque causou impactos na legislação penal da época. Beccaria diz em sua obra, *Dos delitos e das penas*:

Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu. (BECCARIA, 1999, p.53)

O pacto sugerido pelos contratualistas faz germinar as Escolas Positivistas em busca do garantismo penal. Para isso procuraram entender como os delitos aconteciam, sendo assim Émile Durkheim (1855-1917), filósofo, sociólogo e psicólogo, definiu delito como um “fato social”. Para ele o fato social é na verdade independente e preexistente. Os fatos sociais teriam características próprias. Uma delas que pode ser destacada é a coerção social que, segundo o sociólogo, podemos verificar o poder da coerção social pelas repressões legais ou espontâneas. Sendo legais as que a lei determina e as espontâneas são as que manifestam como efeito de uma conduta reprovável pelo grupo social. Ele conclui que a generalidade também é uma característica do fato social, porque são forma repetitivas de comportamento que sugere fenômenos sociológicos.

Para Durkheim, a sociedade é como um organismo humano que tem momentos normais e patológicos. Em sua concepção, o fato social pode ser considerado normal quando faz parte de uma generalidade ou se este fato contribui para o desenvolvimento social, ou seja, a evolução do organismo. Cristina Costa em sua obra, *Sociologia-Introdução à ciência da sociedade*, descreve:

Assim, por exemplo, afirma que o crime é normal não apenas por ser encontrado em toda e qualquer sociedade e em todos os tempos, mas

também por representar um fato social que integra as pessoas em torno de determinados valores. Punindo o criminoso, os membros de uma coletividade reforçam seus princípios, renovando-os. O crime tem, portanto, uma importante função social. (COSTA, 2005, p.85)

A análise social de Durkheim propõe que os fatos sociais têm motivações próprias, ou seja, são autônomos de qualquer situação exterior. Contudo, existe um padrão de comportamento na sociedade seguido por todos, é o que Durkheim chama de “Consciência coletiva”. A consciência coletiva é uma reunião de credos e sensibilidades comuns dos indivíduos em um grupo social e é ela que determina os valores no grupo social. Segundo Durkheim é o tipo psíquico da sociedade (COSTA, 2005). Portanto, pode-se dizer que, a consciência coletiva é o espírito moral do grupo e é ele que determina o que é crime.

O que se observa é que há uma transformação na institucionalização da pena e que as Escolas Penais tentam justificá-la. Isso se dá pela necessidade de conter o conjunto de pessoas inabilitadas para o trabalho nas fábricas, haja vista que elas vieram do campo e não tem a prática com a rotina de produção. E com o capital acumulando surgia cada vez mais a necessidade de proteger este patrimônio. Houve a percepção de que a pena corporal por si só não bastava. O controle sobre a massa deveria alcançar objetivos amplos de coerção.

A reforma penal, do suplício à pena privativa de liberdade, obteve influência de muitos filósofos em sua maioria positivistas. Jeremy Bentham (1748-1832) contribui com seu pensamento voltado para a institucionalização dos indivíduos pobres, ou seja, os indigentes da época. Defende que a condição, para definir um delito é a sua utilidade de decretá-lo com uma sanção e ela deve ser proporcional ao nível de incomodo (dor) que ele provocou. Benthan é seguidor do contratualismo retributivo e é contra qualquer direito natural, ou seja, qualquer direito que venha antes do Estado. (ZAFFARONI, 2011)

Benthan é considerado um pensador prático, ele reinventa o direito penal criando os ambientes carcerários, com pavilhões e celas, e o vigiador ao centro (modelo panóptico). Uma maneira fácil de controlar os presos nas chamadas Casas de Correção. Os princípios da pena foram fundamentados e difundidos na ideia de ser

uma preparação para o desempenho nas fábricas, ou seja, um meio de aprendizagem para a produção. Essa ideia foi disseminada por diversos pensadores mas, o objetivo central da pena privativa de liberdade, bem como o objetivo do estabelecimento carcerário, é fundar uma forma de controle, prevenção, treinamento e reflexões morais. (FOUCAULT, 1997)

A função da pena como prevenção já era defendida há séculos, por isso agora era oportuno definir os cálculos de proporção entre o delito cometido, ou seja, a quebra do contrato, e o efeito provocado pela quebra. Isso significa que a preocupação era também a elaboração dos delitos bem como, suas respectivas penas.

Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, relata que os reformadores ofereceram determinadas linhas de pensamento, que ele chama de regras, para que o delito e as penas fossem confeccionados. A primeira regra é a Regra da quantidade mínima, que significa que o crime é praticado de acordo com algum interesse, então devia ser aplicada não como um castigo doloroso como antigamente, mas a punição deve ser vista feita para desestimular o interesse em praticar o crime; a segunda é a Regra da idealidade suficiente, que estabelece que se a prática do delito proporciona vantagem a pena deve oferecer a desvantagem; a terceira é a Regra dos efeitos laterais, aqui Foucault retrata que a pena pouco interessa ao culpado mas sim aos outros ao redor, isso quer dizer que a pena deve gerar uma força que ultrapassa o centro do problema; a quarta é a Regra da certeza perfeita, que é o que dará a convicção de que a lei (pena) será aplicada. (FOUCAULT, 1997)

A Regra da certeza perfeita estimula a produção das normas escritas para que não haja equívoco por parte da população, em saber se aquela conduta é crime ou não. E essa legislação deve ser anunciada pela imprensa para que todos tenham acesso ao que foi definido como ordem a ser cumprida. E assim, era preciso que os delitos cometidos fossem do conhecimento de todos para que todos soubessem quem eram os criminosos e como eram punidos. (FOUCAULT, 1997)

A Regra da verdade comum é uma importante transformação na forma de inquirição de provas que era por meio do suplício e vários tipos de divertimentos cruéis públicos. As provas acolhidas através do sofrimento humano, podem dar margem à

ilegalidades, portanto não traziam segurança aos inquiridos. A condenação proferida deve ser sem mácula, ou seja, deve ser pautada na verdade dos fatos para ser cumprida sem qualquer questionamento. Deixar para traz as velhas formas de obtenção de provas é crucial para o novo modelo penal. (FOLCAULT, 1997)

Para sanar as dúvidas gerais quanto às novas normas a serem seguidas, a Regra da especificação ideal traz segurança direito penal. Os delitos e as penas devem ser agrupados em um microsistema de normas, especificados de forma detalhada para não ensejar nenhuma ilegalidade. É preciso um código determinando os crimes e as penas mas, sobretudo que coloque em evidência a personalidade, o caráter, o modo de viver do autor para que realmente a pena possa alcançar de forma completa, o indivíduo e todos os demais interesses econômicos e sociais que a pena possa atingir.

O esboço do direito penal e das funções da pena, é montado a partir da previsão desses cálculos, as características do autor do delito, forma do autor de raciocinar o crime, seu estilo de vida, enfim, são formas de determinar qual tipo de crime e criminoso se enquadrava nos padrões do código. Segundo Foucault, os critérios utilizados servem para padronizar/organizar a institucionalização, assim era definido quem era o louco, o estranho à racionalidade, o enfermo, o anormal.

A conduta humana passa a ser interpretada de forma racional e não mais pelo puro livre arbítrio. No início da Idade moderna, a razão é quem dirige o homem. A lei é pautada na razão e o homem em suas relações deve agir de acordo com a lei. Hegel, filósofo alemão, com seu idealismo particular, acredita que o que caracteriza o homem é a racionalidade. (ZAFFARONI, 2011)

Para Hegel, a pena tem sentido de retribuição ao mal cometido, ou seja, o não cumprimento do contrato. A pena existe como forma de negar a conduta delituosa, fundamenta que a pena é a proclamação do direito através da imposição do limite da lei. Essa ideia coloca forma ao princípio da negação. Este princípio está entre a pena e a conduta, é ele que fornece à pena força para negar a conduta.

A fundamentação de que a pena cabe aos homens racionais, dá margem a outras penalidades. Aqueles que não são racionais, ou seja, os que não têm condições saudáveis de raciocinar e não goza de suas faculdades mentais, não serve para o trabalho nas indústrias. Sendo assim, eles não podem ser introduzidos no treino das penitenciárias, mas, sim em outro estabelecimento, onde possa ser aplicada outra disciplina (medida de segurança). O sistema de pensamento de Hegel influenciou vários outros pensadores, sua ideologia era basicamente liberal. (ZAFFARONI, 2011)

Immanuel Kant (1724-1804), também alemão, tenta anexar à ideia de razão humana, duas outras filosofias, a de Descartes e de Hume. A razão poderia vir daquilo que se apresenta como verdade e pode vir através de verdades a partir experiência, experimentos ou observações. (BITTAR; ALMEIDA, 2011)

A metodologia de Kant divide a razão em Razão Pura (teórica) e Razão Prática (experiência). Segundo o filósofo, existem dois tipos de juízos, o analítico (descrição detalhada) e o sintético (resumido, conclusão). Os juízos podem ser alcançados, a priori (pela racionalidade) e a posteriori (depois de foi feita a experiência) (BITTAR; ALMEIDA, 2011). Assim, as teorias kantianas liberais e positivistas continuaram sendo as bases de justificação da pena privativa de liberdade (institucionalizadora). Contudo, houve pensadores de diversos sistemas de pensamento quanto ao direito penal, em especial a pena privativa de liberdade que nem sempre seguiram todos os “Experimentos” de Kant. (ZAFFARONI, 2011).

Na década de 20, assim como nos dias atuais, cada país tinha seus problemas e seus propósitos diante de seu desenvolvimento econômico, social e cultural. O que podemos perceber é uma crise na ideologia penal ao estabelecer os critérios de coerção da pena, principalmente a privativa de liberdade. Cada um com suas necessidades e desafios a serem enfrentados. As ideias políticas radicais e as liberais; a imigração de estrangeiros que mistura as culturas e modifica o cenário econômico; as convicções religiosas e a segregação racial que é uma das “filhas” do capitalismo.

As Escolas penais foram divididas, por motivos profundos e extensos, em que o estudo detalhado é possível em outra ocasião. No entanto devemos colocar em relevo as Escolas Penais norte-americanas que se sobressaem como formadoras de uma segunda fase do garantismo penal. Nesse sistema de ideias o crime, é visto como aspecto natural, pois as cidades produzem a criminalidade e os guetos interligados aos centros industriais. As ideologias das Escolas penais são divididas no contexto criminológico crítico em: Abolicionismo penal, o Neorealismo de esquerda e o Minimalismo penal.

A Escola de Chicago traz a noção de macrocriminalidade, isso quer dizer que as pessoas abastadas também têm condições de praticar crimes, assim se deu a expressão “crimes de colarinho branco”. O fenômeno da Anomia que, significa a falta de valores (normas) começa a ser reconhecido. Com isso, foi desenvolvida a Teoria da Anomia que explica que uma pessoa ao praticar atos destrutivos se vê em um meio social sem valores (normas).

O garantismo penal de nossa atual fase foi extraído do Minimalismo penal, tendo o jurista Luigi Ferrajoli como um dos nomes ligados a teoria minimalista, onde o Direito Penal é utilizado pelo Estado de forma mínima. Portanto a pena deve ter princípios orientadores para que a atuação do Estado seja moderada.

A prática do direito penal é orientado pelas técnicas desenvolvidas através do minimalismo penal, “nullum crimen nulla poena sine lege” (não há pena sem crime) é uma expressão em latim que nos remete ao Princípio da Retributividade. A Teoria absoluta da pena se fundamenta neste princípio, ou seja na retributividade, como finalidade ou função da pena. É a partir desse princípio (retributividade), devolvendo ao delinquente a ofensa dirigida a sociedade, defendido por Kant, Hegel e Carrara.

A Teoria relativa ou preventiva é uma antiga (Protágoras) maneira de argumentar à aplicação da pena como forma de prevenção, inibição e desmotivação para o cometimento do delito (prevenção geral). Essa teoria também justifica que a pena como forma de prevenção serve especialmente ao indivíduo transgressor, a pena serve para que não haja a reincidência. O autor do delito sabendo da possibilidade das sanções, no caso, a pena de prisão, ele não venha a cometer novos delitos. De

acordo com a Teoria da prevenção, a pena proporciona utilidade ao ser apenado e a sociedade, ela envolve o infrator em uma instituição e que ele tem condição de se ressocializar (prevenção especial).

A Teoria mista ou eclética foi inaugurada por Merckel na Alemanha. Ela agrupa as teorias, absoluta e a relativa, seus defensores advogam que adotar apenas uma das teorias para fundamentar as funções da pena, não seria adequado. Se adotarmos apenas uma das teorias, ela não suportaria todas as funções da pena e não abarcaria todas as diversas questões que a pena atinge. Na Teoria eclética o fundamento único para a aplicação da pena é o delito, este se justifica e se basta. Segundo a teoria eclética, fundamentar a pena com base na retribuição e na prevenção não seria justo com o infrator, porque é uma agressão à sua honra e o remete a taxativas patologias sociais.

O que se pode observar, com o estudo das bases filosóficas, sociológicas e criminológicas da pena, é que há, ainda, a convicção de que a pena privativa de liberdade pode alcançar a prevenção de delitos e a ressocialização de indivíduos. Essa crença está evidenciada pelo sistema utilizado em nossa legislação vigente, na qual nos inspira questionamentos.

### **3 CRÍTICA ÀS FUNÇÕES DA PENA**

No estudo das funções da pena, há importantes contribuições para todo o Direito Penal. São as teorias psicanalíticas do crime desenvolvidas a partir da teoria da neurose, ensinada por Sigmund Freud, por volta dos anos 20. A proibição de alguma conduta estabelecida pela sociedade não tem o poder de controlar os impulsos humanos. Esses impulsos são armazenados no inconsciente, fazendo com que o indivíduo pratique a transgressão simultaneamente com o sentimento de culpa.

É assim que Alessandro Baratta (2002) desenvolve sua crítica ao princípio da culpabilidade e da legitimidade em punir condutas criminalizadas. Segundo Baratta, sucedendo a teoria freudiana, foram acrescentadas teorias psicanalíticas que nos revela a teoria da retribuição e prevenção da pena de forma crítica. Assim, Theodor Reik, Franz Alexandre e Hugo Staub, defendem que a pena tem função dupla. A

função retributiva é uma força maior do inconsciente humano que pede para punir a conduta ensinada como proibida. E também como tem função preventiva, essa prevenção serve de exemplo para os demais, então isso quer dizer que a pena atinge o inconsciente das outras pessoas que por ventura possa se identificar com a conduta criminosa. Isso prova que as funções retributiva e preventiva da pena, estão muito mais ligadas às necessidades psicológicas (patológicas) da sociedade. Observamos através das teorias psicanalíticas que, para a ciência jurídica, a pena, no caso a privativa de liberdade, não tem finalidade e/ou eficácia.

Na pesquisa das funções da pena é possível perceber que os fundamentos da pena passa por tipos de interesses, isso é, a prevenção, o treinamento para produzir lucro e o controle das massas no sentido de proteger o patrimônio dos ricos. O que vemos durante os tempos, com os estudos da história da pena, é que suas bases estão nos interesses capitalistas e não no interesse em solucionar os conflitos existentes, nem tão pouco há o interesse na distribuição de justiça (igualdade).

Não se pode deixar de questionar neste trabalho, a maneira em que foi definida a conceituação de crime, isso por que não há a incorporação de um conceito justo nesse sentido. Crime é definido como aquilo que a lei define o que é crime. Isso quer dizer que não há uma teoria que suporte à definição de crime. A criminologia crítica não encontrou os elementos que pudesse legitimar a definição de crime e criminoso. No entanto com a sociologia como instrumento de pesquisa, a criminologia uniu os elementos que verdadeiramente podem conceituar o crime e o criminoso, é a sociologia inteiracionista.

A sociologia inteiracionista defende que o crime é um fato fenomenológico que depende de uma análise história, social e política, para a compreensão de situações que levam determinados grupos de pessoas a transgredir uma regra de convivência. Os estudos para a definição de crime e demais situações do Direito Penal devem partir de posições estudiosas e responsáveis que enfrente a realidade histórica de como o crime foi instituído na sociedade, bem como quem seriam os criminosos. O crime foi instituído de um grupo para outro grupo e é por isso que a definição teórica do crime não pode ser exposta. Estes grupos tratam-se dos abastados e dos não abastados.

Alessandro Baratta desenvolve sua crítica ao princípio da igualdade, no qual também é uma tentativa de fundamentar a pena, agregando a teoria “Labeling Approach” (teoria do etiquetamento social). Esta teoria representa a ideia de que a definição de crime e criminoso é extraída das imposições da lei e das formas em que os órgãos de controle social tratam determinadas pessoas em algumas situações. Assim o criminoso age exatamente como ele é rotulado, ou seja, a forma como ele é visto, é o que define seu modo de proceder em sociedade. A sentença dada por um juiz torna o indivíduo criminoso, Baratta utiliza de conceitos da sociologia para dizer que a população carcerária é recrutada para ocupar as celas das penitenciárias. O recrutamento é uma distribuição de status assim como uma medalha de honra ao mérito.

A crítica de Baratta (2002) ao princípio da igualdade como função da pena, portanto, é uma negação a este princípio visto a “realidade social”, termo que ele adota. Como sociólogo, ele utiliza da concepção da macrosociologia e assim nos mostra que as dimensões da criminalidade não atingem os mais fortes, os mais abastados e os “bem posicionados” com status sociais. Estes possuem um rótulo também, mas um rótulo positivo que é capaz de coloca-los acima de qualquer suspeita. “O rotulacionismo seria o estudo da formação da identidade desviante e das agências de controle social.” (BATISTA, 2012, p.75).

As Escolas do Labeling approach abalaram as estruturas da criminologia crítica positivista. Na etiquetação de pessoas pela sociedade e membros dos setores de controle social é que ocorre o processo de criminalização. O crime e o criminoso são estereótipos da “reação social”.

Vera Malagutti Batista em sua obra *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira* aborda que:

As interações concretas, a linguagem, os signos e símbolos apontariam para as construções sociais que produzem significados e definições. A etnometodologia trouxe, nessa linha, contribuições para novas aproximações da realidade social, através de processos de construção social de significados e de identidades. (BATISTA, 2002, p. 74)

Pode-se notar que a construção social da criminalidade passa pela visão, no sentido de julgamento e até mesmo um preconceito, ao modo de falar, se relacionar, vestir, festejar, expressar uma arte, aproveitar os momentos de lazer, enfim, tudo isso são símbolos e códigos utilizados pela sociedade para identificar e, sobretudo, selecionar os “criminosos”. Assim, pode-se notar que é dessa forma que é feita a seleção/recrutamento e assumir que o Direito Penal é seletivo a partir dos estereótipos montados pela visão dos grupos abastados. E por isso, não seria possível desvincular a questão da luta de classes no Direito Penal, sendo ela manifestada pela visão histórica.

A questão da prisão de pessoas pelos nossos sistemas penais, passa pelo crivo da seletividade burguesa. É a burguesia que enfrentou a questão criminal para neutralizar os prejuízos que vinha sobre ela. Portanto, foi ela quem impôs seus interesses e conceitos na criação das formas de neutralizar os indivíduos, ou seja, lançando-os à prisão. A prisão é uma forma fácil de resolver problemas, porém trágica. A pena que restringe a liberdade do ser humano continua sendo cruel como qualquer outra forma de suplício desde as declarações de Beccaria (1738-1794).

Pena privativa de liberdade, suas funções e seus efeitos, é uma forma de anular pessoas, torna-la inativa para sua própria existência. Isto porque qualquer meio de produção dentro das penitenciárias, pode ser visto como um tipo de exploração, ou seja, lucro a partir da situação precária do indivíduo. Não podemos deixar de lembrar que verbas trabalhistas são direitos constitucionais e, portanto, é o mínimo a ser percebido por um trabalhador em nosso país. Nas Casas de Correção já existia o trabalho com o pagamento de baixos salários, e isso as tornavam lucrativas. O Direito Penal segue as tendências socioeconômicas e, por isso, não foi criado para reparar as crueldades físicas, recuperar os apenados e nem tão pouco foi surgido pelo interesse de banir ilegalidades, mas sim uma forma de administrar conflitos de forma seletiva. O modelo panóptico, foi uma tendência catalisadora para a economia, porque fundou as instituições, e com elas, técnicas capitalistas utilizadas em vários setores para a internalização da vigilância e hierarquia. Nas prisões, o modelo marca os apenados com a disciplina da aceitação, da sujeição aos privilegiados em um depósito de gente em condições insalubres.

Os sistemas de execução da pena privativa de liberdade foram criados com a ideia de que o apenado poderia ser ressocializado. Segundo Mirabete, no sistema de Filadélfia o preso não tinha direito de trabalhar e nem receber visitas. A prioridade era a dedicação aos estudos bíblicos. Outro sistema apontado pelo autor, é o sistema auburniano no qual o cumprimento da pena deveria ser em total silêncio entre os presos, essa barbárie originou a comunicação dos presos através de sinais com as mãos, forma utilizada até os dias de hoje. No sistema progressivo inglês, a pena passa a ser cumprida de acordo com o processo de execução da pena, sendo levado em conta, na maioria das vezes, a obediência às regras do presídio. (MIRABETE, 2011)

Nos dias de hoje o sistema progressivo da execução da pena continua vigente e, logo, a brutalidade da pena privativa de liberdade continua não oferecendo nada daquilo que ela propõe. Nenhum sistema de cárcere pode proporcionar, como condenação pena, benefícios a qualquer ser humano. Os problemas cotidianos internos como, superlotação, condições precárias de higiene, repressão física e psicológica, o confinamento que anula a vida humana, são agravantes criadas pelo próprio sistema. Um método que aumenta o problema não pode ser considerado ressocializador. O sistema que restringe a liberdade do homem como modalidade de pena, existe a mais de dois séculos e está cada vez mais inviável para a recuperação de pessoas.

A ressocialização pelo sistema carcerário é considerada inacessível por críticos de todo o mundo, e muitos tem demarcado que o único desfecho possível para a prisão é a sua extinção. Cezar Roberto Bitencourt aponta como os principais motivos para a extinção da pena é a marca deixada pela prisão que, contribui para a decadência do indivíduo, e a falta de ambiente para uma possível recuperação. Para ele o direito penal deve existir em qualquer sociedade, porém, mais uma Reforma Penal, na execução da pena privativa de liberdade, poderia apenas minimizar os problemas.

De acordo com o Mapa do encarceramento 2014, um estudo realizado pela Secretária Geral da Presidência da República e o PNUD, demonstra no gráfico 18 (dezoito), que a população carcerária cresceu 680% (seiscentos e oitenta por cento) só em Minas Gerais. A situação é muito mais que problemática, é uma verdadeira

crise do sistema carcerário. O estudo aponta o perfil dos encarcerados e indica que a maioria é negro, nordestino, homem, jovem e com baixa escolaridade. Os índices são assustadores, todas as formas de estatísticas do estudo mostra aumento, principalmente o encarceramento de mulheres que cresceu entre os anos 2005 a 2012, 146% (cento e quarenta e seis por cento).

Tendo em vista os indivíduos que passaram pelo sistema prisional e voltam a cometer crime, significa que o método utilizado para sua ressocialização foi falho. O sistema de prisão não proporcionou nada daquilo que ele promete cumprir e é por isso que existe a reincidência. Isso porque em verdade, ninguém pode se sentir feliz dentro de um ambiente carcerário. Se o local para recuperar o indivíduo não for no mínimo saudável, sua reincidência será certa, afinal, como um ser humano tratado como um bicho pode voltar a se relacionar decentemente em sociedade. Diante de toda essa complexa problemática, existe ainda uma crença absurda de que a pessoa volta ao sistema prisional por sua total culpa ou vontade, isso demonstra o quão maligno o ser humano pode ser em insinuar tal argumento. A ignorância da sociedade sob os aspectos da prisão é o que torna essa forma de condenação ultrapassada e conseqüentemente sem eficácia para o apenado e toda a sociedade.

Em face da situação encontrada em nossa realidade e também com os estudos da criminologia crítica, que a pena privativa de liberdade, é um instrumento de segregação social, bem como de distribuição de desigualdades. A pena de prisão é um meio de ajuda no processo de criminalidade do indivíduo, segundo Bitencourt

“Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização”.

#### **4 JUSTIÇA RESTAURATIVA**

O Direito Penal é uma ciência utilizada para o controle e alcance da paz social, no entanto, cada vez mais vemos o descrédito da Justiça Retributiva, na qual hoje o sistema penal é apoiado. A dicotomia do Direito Penal em ter que punir e ao mesmo tempo proteger bens jurídicos, é algo suscetível de erros e contradições por parte de quem pode exercer este poder. A partir do século XVIII, o Estado toma para si o

direito de punir e gerir os conflitos criminais, continuando desta forma até os dias de hoje.

Guilherme de Souza Nucci, em seu Manual de Direito Penal descreve que:

A Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e Processo Penal. Desprezava-se quase por completo, a avaliação da vítima do delito. Obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal pelos órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Levava-se às últimas consequências a consideração de bens indisponíveis, a ponto de quase tudo significar ofensa a interesse coletivo. Eliminava-se, na órbita penal, a conciliação, a transação e, portanto, a mediação. Em suma, voltava-se a meta do Direito Penal a uma formal punição do criminoso como se outros valores inexistissem. (NUCCI, 2011, p. 398)

No estudo da história da pena viu-se que o poder de punir passou pela fase da vingança privada, onde o conflito era visto como um fato interpessoal e as partes envolvidas decidiam como ele seria solucionado. Geralmente as partes optavam por certos tipos de compensações como, serviços e restituições, ou outras formas porque nessa fase as pessoas ainda tinham a liberdade de conversar sobre o conflito ocorrido e ajustar os interesses e as situações criadas. Quando não era possível a negociação, as partes optavam por um duelo ou um debate com limites estabelecidos pela comunidade. (ACHUTTI, 2014)

Com as mudanças do século XVIII na Europa, surgiu o marco para a análise do poder de punição, a vingança passa a ser pública, ou seja, os envolvidos no conflito bem como a sociedade, são anulados do sistema jurídico, no sentido de participar efetivamente dos rituais para a resolução do embate. Na vingança pública o rei soberano passa a ser o Estado, é ele quem controla o poder punitivo, isso quer dizer que, é o Estado que transforma a noção de conflito interpessoal em crime. E ainda, passa a investigar através do inquérito, um processo de investigação próprio do poder público, onde as investigações serão feitas de modo inquisitório. O termo “inquisitivo” era utilizado por líderes da igreja católica para a apuração de algum fato.

Com esse parâmetro de controle de conflitos sociais, o Estado e acusado são os únicos considerados partes do embate, a vítima foi totalmente esquecida e assim o estado tinha como principal objetivo fortalecer o seu domínio sob o acusado e os demais membros da comunidade. O sistema penal de hoje se apoiou nas

concepções Modernas do Direito Penal, ou seja, a Justiça criminal é um meio de aplicação da repressão estatal e nada mais.

O que se vê o Sistema Penal ao longo da história teve momentos de possibilidade de conciliação entre vítima e ofensor. Segundo Daniel Achutti, em sua obra *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil* - há autores que afirmam que houve sociedades que teve o predomínio da Justiça Restaurativa e outros dizem ainda que houve momentos em que a Justiça Retributiva alcançou altos níveis de crueldade. Contudo, o fundamental é entender que o modelo atual de Justiça criminal é fruto de um longo processo e que as formas como a questão criminal é entendida depende dos interesses socioeconômicos e políticos. Para o autor, o Direito Penal, bem como o Processo Penal são produtos da própria história.

Achutti sugere a indagação de que o processamento dos delitos vem sendo geridos de muitas formas diferentes ao longo da história, e, portanto, é uma construção social.

Então, o autor questiona:

Se o processo penal é fruto de um processo histórico e, portanto, pode ser considerado como uma escolha, haveria motivos para não se pensar em outros meios de resolução de conflitos? Por qual razão deve-se buscar apenas reformar ou modificar o atual sistema (em direção a uma perspectiva com maior ou menor aderência aos postulados constitucionais, de acordo com a perspectiva político criminal adotada) em vez de, antes disso, procurar outra forma de administrar os conflitos? (ACHUTTI, 2014, p. 52).

Assim, Achutti faz uma excelente reflexão, ele interroga os motivos pelos quais as pessoas tanto tem medo de pensar em uma nova modalidade de resolução de conflitos. Se os modelos “modernos” não estão sendo suficientes, eles não podem ser reformados, mas extintos. Esta pergunta que faz o autor, podemos perceber no nosso dia a dia, as pessoas sabem da falência do sistema carcerário, mas para elas viver sem esse violento sistema penal é impensável. Existe mesmo o medo de projetar um recomeço para a solução de demandas criminais, uma falta de esperança ou um preconceito que quer continuar intocável. Porém, nenhum desses

argumentos podem ser justificativas para não mudar o que precisa ser mudado em nossa sociedade. É com esse espírito de transformação que o autor aponta a Justiça Restaurativa como um novo trilho a percorrer na busca da paz social.

Com todos os males do sistema de Justiça criminal Moderno e as lutas por igualdades civis, houve entre as décadas de 70 e 80 o surgimento de métodos restaurativos. Na literatura jurídica o autor Mauro Cappelletti, em sua obra *Acesso à Justiça* de 1978, traçou tendências ao movimento restaurativo. Cappelletti defende que o acesso à justiça é uma forma de distribuir a igualdade, e, sobretudo, de afirmar os direitos humanos. E assim o autor expõe:

Afastar a pobreza (no sentido legal) – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema de *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados aos únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (CAPPELLETTI, 1988, p. 9)

Pode-se perceber nos conceitos de Cappelletti que, a igualdade de acesso à justiça é o que faz acontecer o “devido processo legal”, onde as partes têm verdadeiramente.

“Paridade de armas”. No entanto esse conceito é marcado apenas no processo civil, porque geralmente trata-se de litígio de um particular em face de outro particular.

Já no processo penal é o Estado contra um particular, o processo penal é inquisitivo, não apenas acusatório. Sendo assim, por mais que haja atuação das defensorias públicas, que fazem um belíssimo trabalho, as características atuais do sistema de Justiça criminal, impede a igualdade nos procedimentos de investigação, acusação e defesa justa. Cappelletti reconhece que uma mudança é necessária na solução dos conflitos e, assim fulgura:

A medida em que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”,

típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição francesa de 1946, são antes de tudo necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. (CAPPELLETTI, 1988, p.10)

Na obra de Cappelletti, *Acesso à Justiça* (1978), o autor desenvolve o que ele chama de soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça. São as tendências de métodos de resolução de conflitos da época que ele conceitua como ondas, são elas:

“A primeira onda: Assistência judiciária; a segunda onda: Representação dos direitos difusos; a terceira onda: enfoque de acesso à justiça”. As contribuições de Cappelletti para os operadores do direito são de extrema importância, basta lê-lo o livro e se deparar com as diversas alternativas apresentadas pelo autor. Podemos considerar a obra inspiradora de Cappelletti uma introdução ao estudo do processo, em que ele promove a Justiça restaurativa.

É neste contexto histórico que vai surgindo a Justiça Restaurativa, sendo como ponto de partida principal, a insuficiência do modelo convencional de jurisdição criminal. Segundo (Achutti, 2014), a busca por modelos restaurativos nos países ocidentais começou quando o Canadá passou a obter soluções de conflitos “criminais” através da reconciliação entre as partes. O autor aponta os movimentos sociais que ocorreram por volta dos anos setenta, que podem ser considerados modelos restaurativos, são eles:

- a) direitos dos presos e opções à prisão: os órgãos de controle social, e os estudantes criaram iniciativas para diminuir o encarceramento de pessoas isso porque sentiram a opressão contra as comunidades carentes e a distinção de gênero e raça, algumas penitenciárias foram abolidas;
- b) métodos alternativos para a solução de conflitos: o acesso à justiça era a preocupação da população na época, meados da década de setenta. A demora do judiciário, as formalidades de um processo a falta de recursos para pagar pelo serviço de um advogado, tudo isso acabava não sendo satisfatório e acabava complicando mais as situações já existentes ou

ferindo direitos fundamentais. É assim que a comunidade optou pelos métodos de aconselhamento em igrejas, associações de bairros ou centros de negociações entre as partes e com pouca presença de profissionais da área jurídica;

- c) plano para reconciliar vítima e ofensor: esta pratica iniciou-se no Canadá e nos Estados Unidos, onde ocorria a intervenção de um terceiro para restaurar o relacionamento entre as partes;
- d) mediação vítima e ofensor: aqui era a mesma proposta do programa de reconciliação, mas a diferença principal é que nesse modelo restaurativo, passou a haver mediação em casos de conflitos em que ocorreu algum crime grave;
- e) grupo de proteção dos direitos das vítimas: Tendo em vista a falta de participação das vítimas nos processos judiciais, militantes feministas e estudantes, passaram a salientar os danos causados às vítimas e o dever do Estado em dar atenção a elas. Reuniram esses grupos de apoio às vítimas e os militantes da reforma judicial criminal, com isso o movimento expandiu ao longo dos anos 1990;
- f) círculo de sentença: esse grupo trabalha promovendo a organização da comunidade diante de um conflito, bem como a recuperação da vítima, ofensor e comunidade. Este teve origem no Canadá nos anos 80.

No exame da obra *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal* de, Daniel Acchutti, podemos ver que a Justiça Restaurativa pode ser definida de diversas formas, basta entender que o objetivo central é quebrar com os padrões de justiça criminal utilizando sempre de técnicas que estimulem a negociação e/ou diálogo que proponha soluções práticas verdadeiras, e de interesse de todos os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade). A Justiça Restaurativa é todo esse movimento que visa à proteção de pessoas e de direitos, possibilitando a harmonia, a reparação, o restabelecimento e, sobretudo a reintegração do ofensor. O autor relata diversos conceitos que os teóricos do tema descrevem sobre justiça restaurativa na tentativa de fixar uma definição. No entanto, logo de início declara que a Justiça Restaurativa é um termo inacabado porque são amplas as suas formas, não podendo ser fixada em apenas um ponto. A questão criminal envolve várias situações e por isso o conceito de Justiça Restaurativa precisa ser relativizado.

Segundo Achutti, os autores Johnstone e Van Ness, trabalharam intensamente nos aspectos da Justiça Restaurativa para tentar alcançar um conceito. Para eles existem requisitos que definem o que seja Justiça Restaurativa (ACHUTTI, 2014), são eles:

- a) sujeito a avaliações científicas: isso significa que a Justiça restaurativa é uma ciência que como qualquer outra depende de experimentos e é na prática que verificamos se é ou não um modelo restaurativo;
- b) internamente complexo: os autores descrevem que a justiça restaurativa é internamente complexa porque ela requer informalidade, participação ativa das partes envolvidas e a convocação de um facilitador para mediar o diálogo fazendo o possível para estabelecer soluções que implique menos violação à dignidade humana do ofensor;
- c) aberto: os autores determinam que a Justiça Restaurativa deve ser um termo aberto que alcance todas as situações que envolvam a vítima, ofensor, comunidade e respectivamente suas necessidades. Assim as experiências práticas vão sendo agregadas para melhoria do sistema.

Ainda com relação ao conceito de Justiça Restaurativa, Achutti verifica uma conformidade de opinião entre alguns doutrinadores, a partir da ideia de Tony Marshall (1996, p.37).

“Justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro.” (ACHUTTI, 2014)

As características da Justiça Restaurativa vêm se desenvolvendo ao longo dos anos, através das experiências e flexibilidades ocorridas nas comunidades. Percebe-se que esse modelo de fazer Justiça é extraído de ideologias progressistas que visam à restituição da paz social através daquilo que as partes envolvidas acharem melhor para elas e para toda a comunidade. Esse diálogo proporciona a compreensão de onde o problema surgiu e estimula a responsabilização das partes para resolver do problema. A essência da Justiça Restaurativa é empregar na sociedade uma visão

inovadora de enfrentamento da questão criminal. Nesta forma de administração de conflitos criminais o crime não é visto apenas como uma conduta tipificada no código penal que cabe uma pena, mas sim uma conduta que gerou um dano, e o principal a ser socorrido pela lei deve ser a vítima, ou seja, aquela que sofreu o dano. É o que esclarece Antonine Garapon (*apud* ACHUTTI, 2014, p. 60):

A Justiça Restaurativa proporciona um verdadeiro deslocamento do centro de gravidade da justiça, pois atribui um rosto novo à justiça: reconstruir a relação no que ela tem, de mais concreto. Tem como vizinhos homens de carne e osso, não a lei! Com a quebra da centralidade da justiça criminal no acusado, a vítima passa a ter papel fundamental neste novo cenário, de forma a intimar o direito penal a reorganizar-se. Quando nos concentramos na vítima e já não no autor, a malvadez como vontade má deixa de ser central, o que exerce uma influência considerável sobre o sentido da pena. Esta já não pode pretender uma intenção culpada.

O modelo de Justiça restaurativa tem sua preocupação voltada para a recuperação não só do ofensor, mas também a recuperação da comunidade que foi ofendida com o dano. O que ocorre no procedimento restaurativo é o que os doutrinadores chama de inversão do objeto, porque no modelo tradicional o enfoque é no acusado, no restaurativo o enfoque é a vítima, ofensor e comunidade.

Pode-se perceber que há não só uma inversão de objeto neste procedimento, mas uma reversão de valores perdidos.

O procedimento da Justiça restaurativa é norteado por princípios que protegem as partes de qualquer tipo de opressão. São valores gerais: da não dominação, ponderamento, respeito aos limites, escuta respeitosa, igualdade de preocupação entre os participantes, respeito à Declaração Universal dos direitos humanos e demais Tratados internacionais de Direitos humanos. De forma direta, neste processo administrativo restaurativo são introduzidos outros princípios que são aplicados objetivamente na prática: “reparação dos danos materiais dentro do possível, igualmente a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção de novos delitos, dentre outros.” (ACHUTTI, 2014).

A Justiça Restaurativa possui amparo legal através da Resolução nº2002/12, publicada pela Organização das Nações Unidas (ONU). A resolução revela apenas

princípios básicos para os Estados que queiram implantar a Justiça restaurativa criminal em seus países. A resolução traz definições sobre o que é a programa de Justiça restaurativa, superando o conceito de Marshall. Achutti, nos mostra que:

No artigo 1º, tem-se a definição do que é um programa restaurativo: programa de justiça restaurativa significa qualquer programa que usa processos restaurativos ou tenha como objetivo atingir resultados restaurativos. O resultado restaurativo, por sua vez, é definido no artigo 2º como um acordo alcançado como resultado de um processo restaurativo, e pode incluir restituição, serviço comunitário, ou qualquer outro meio de reparar a vítima e a comunidade pelo dano sofrido, bem como a reintegração da vítima e/ou do ofensor. (ACHUTTI, 2014, p.72).

Através desta pesquisa pode-se observar que o método restaurativo tem força de lei, portanto sua prática é legítima e os operadores do Direito têm encontrado caminhos para o desenvolvimento deste inovador modelo de Justiça. As ferramentas utilizadas para o alcance da proteção da vítima, a recuperação do ofensor e da comunidade tem maior eficácia na resolução dos conflitos. A Justiça Restaurativa é algo que pode e deve ser implantado em nosso ordenamento jurídico transpondo o atual sistema criminal que não traz soluções, e sim problemas bem maiores.

Vê-se que a Justiça Restaurativa é um conceito amplo e que pode ser ampliado cada vez mais, desde que vise à recuperação da vítima, ofensor e comunidade. No modelo restaurativo, o objetivo é criar o espaço para a compreensão, a restauração de danos e a reconciliação das partes envolvidas no conflito. As partes precisam entender que devem ser reconstruídos os laços do respeito para que elas possam viver na mesma sociedade. Assim valores como a união, a solidariedade, o amor ao próximo, a paz, são cultivados obtendo dessa forma uma vida melhor, uma sociedade mais justa.

## **5 CONCLUSÃO**

Neste trabalho foi pesquisada a história da pena privativa de liberdade e analisada suas funções no contexto histórico. Dessa forma a função da pena em análise, de acordo com o código de Direito Penal e sua literatura jurídica, é punir, prevenir e ressocializar. A punição é uma forma de retribuição ao mal cometido. A prevenção significa que a aplicação da pena de prisão será uma forma de exemplo e inibirá

outros indivíduos a cometer delitos. A pena privativa de liberdade também visa a ressocialização do indivíduo apenado à sociedade na qual ele se ausentou por algum período. Assim foram reunidos os estudos que tentam justificar a existência da pena privativa de liberdade.

As teorias que justificam a pena foram analisadas comparando as situações reais que temos em nosso sistema prisional e fora dele. A eficácia das funções da pena é o questionamento deste trabalho, buscando respostas práticas para o Direito Penal e Processo Penal brasileiro que atravessa sua maior crise. E é diante do agravamento do problema que refletimos os danos causados pela pena privativa de liberdade na sociedade, bem como na vítima e no indivíduo apenado.

Em virtude do que foi mencionado, a pena em toda a sua trajetória foi utilizada como um mecanismo de controle social. O controle social é na verdade uma forma de proteger a economia, buscando sempre proteção ao patrimônio conquistado e a exclusão de qualquer ameaça a este patrimônio. No estudo da história da pena vimos que na revolução industrial muitos indivíduos se tornaram uma ameaça ao patrimônio dos grandes proprietários. Porque não tiveram oportunidades de educação e emprego, foram excluídos da sociedade. Dessa forma é que os filósofos do contratualismo acreditaram na criação do “garantismo penal” com o argumento de que assim seria distribuída a igualdade/justiça. Com a criação das normas denominadas como crime, seria afirmada a legitimidade do Estado para condenar pessoas à prisão (princípio da legalidade). Portanto, percebemos que as condutas criminalizadas, ou seja, tipificadas no código penal, é uma forma de selecionar o negro e o pobre brasileiro às cadeias, haja vista que são estes os protagonistas do processo penal, sendo conseqüentemente condenados às celas.

Assim a pesquisa efetua os questionamentos através das teorias críticas das funções da pena. A crítica á igualdade mostra que o indivíduo apenado pela pena privativa de liberdade sofre com a rotulação, ou seja, é estigmatizado como criminoso dificultando sua vida social e suas chances de transformar a situação. A crítica a legitimidade indaga o conceito de crime adotado pela legislação vigente e a forma como são recrutadas as pessoas chamadas de criminosas. A teoria da culpabilidade de Freud é uma grande contribuição para a Justiça Criminal, por ela

entende-se como se dá o comportamento daquele que viola uma norma. Isso nos leva a crer que os estudos científicos da psicanálise é mais que um instrumento que pode ser utilizado na Justiça criminal, é uma ciência que torna lúcida a prática Penal.

Levando em consideração o sistema de execução penal progressivo, na qual a pena é cumprida atualmente, pode-se perceber que há séculos não há mudanças significativas no sistema prisional que pudesse promover a ressocialização dos apenados. Pelos aspectos mencionados, a crise do encarceramento é questão de saúde pública. Há pessoas vivendo em “depósitos de gente” misturados em situações insalubres. Por tudo o que foi analisado, não há nenhuma hipótese que nos leva a acreditar que a pena privativa de liberdade pode ter algum efeito positivo na vida de um ser humano. Pode-se observar também que não há efeitos positivos para a sociedade aprisionar pessoas. Conjuntamente não é sadio, mentalmente falando, alimentar no ser humano o gosto pelo ódio e vingança. Analisando as teorias psicanalíticas, os princípios da pena de prisão são nutridos de sentimentos destrutivos, o que nos leva a concluir que não é prudente o Estado continuar resolvendo conflitos criminais da mesma forma. É necessária uma severa mudança, e não pode mais ser violenta, tendo em vista que a violência sempre foi a primeira opção ao tratar-se de Direito Penal e nunca houve bons resultados por este caminho. É fundamental que todos se conscientizem que o diálogo é a base das relações humanas e que os conflitos podem ter soluções seguindo este caminho. Então, pode-se entender que o diálogo deve ter espaço no processo penal assim como é eito no processo civil.

Conclui-se que não há motivos para a resistência na busca de soluções práticas que possa em verdade distribuir igualdade e justiça. Portanto, se pode reconhecer que essa é uma das soluções para o alcance da ressocialização do transgressor.

De acordo com a pesquisa sobre a Justiça Restaurativa, considera-se que esta é toda forma de resolução de conflitos que prioriza o diálogo ou acordo entre as partes envolvidas e os demais membros da sociedade. É qualquer prática que busque facilitar a resolução de conflitos e que promova a proteção á vítima, ao ofensor e a comunidade. No modelo restaurativo pode haver reparação patrimonial, moral e psicológico á vítima, o que não acontece no modelo de Justiça criminal atual. O

ofensor pode ser visto com outro olhar. O conceito deste indivíduo não será mais o de criminoso, mas sim de um ser humano que errou como qualquer outro pode errar.

Dessa forma não haverá mais o fenômeno de “rotulação” que prejudique ainda mais qualquer pessoa. A Justiça Restaurativa pode ser uma resposta encontrada para toda a problemática do sistema prisional.

Portanto, pode-se concluir que a pena privativa de liberdade não pode oferecer ressocialização. Ela é a grande geradora de conflitos e problemas sociais de todas as espécies e níveis de profundidade. Sua aplicabilidade não tem nenhuma eficácia na ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel, **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. São Paulo: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revan, 2005.

BATISTA, Vera Malagutti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 17. ed. São Paulo: Revan, 2012.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella JR e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de **Curso de filosofia do direito**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. ntonio Fabris, 1988.

FOUCAULT, Michael, **Vigiar e punir**. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

MAPA do encarceramento: os jovens do Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Aceso em: 15 jan. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; MIRABETE, Renato N.; **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral**. 7 .ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Jessé, **A construção social da subcidadania**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 0000.

WALZER, Michael, **As esferas da justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.