XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos

Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-769-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiania, teve por tema "CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO" e, dentre os grupos de trabalho, houve o "GT 3. Criminologias e política criminal II", com apresentações de trabalhos que contemplaram temas concernentes à crise do sistema punitivo e o estado de coisas inconstitucional; as políticas penais restritivas do acesso à Justiça; a política da intolerância; audiências de custódia; reconhecimento da diversidade étnica na execução penal; a seletividade e a ausência de cientificidade na tipificação de organização criminosa; limitação do poder punitivo estatal, no âmbito da aplicação de medidas de segurança; a vitimização indireta do feminicídio; castração química; a ressignificação da punição; justiça restaurativa; e a teoria dos diálogos institucionais.

Foram feitas as seguintes apresentações no GT 3:

1 – Roberto Carvalho Veloso – A crise do sistema punitivo: Uma análise do panóptico sob a visão de Jeremy Bentham e Foucault e o Pós-panóptico de Bauman;

2 – José Cristiano Leão Tolini e Rogério Pereira Leal – Habeas corpus – À contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário;

3 – Taise Rabelo Dutra Trentin – Audiência de custódia: Benefícios e dificuldades na sua implementação;

4 – Waldilena Assunção – Direitos culturais na execução penal: Entre políticas hegemônicas e reconhecimento à diversidade étnica;

5 – Gabriel de Castro Borges Reis – Da tipificação de organização criminosa: Uma criminalização não científica e seletiva;

6 – Wanessa Oliveira Alves – O sistema prisional Brasileiro: A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Justiça e a terceirização com a finalidade de reverter o estado de coisas inconstitucional;

7 – Laís Freire Lemos – A limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em face do princípio da separação dos poderes: Uma análise do recurso especial 580.252/MS;

8 – Marcelo Matos de Oliveira e Sérgio Henriques Zandona Freitas – A medida de segurança e os direitos humanos: A periculosidade à luz da lei 10.216/2001 e da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado;

9 – Valdir Florisbal Jung – Órfãos do feminicídio: Vítimas indiretas da violência contra a mulher;

10 – Andressa Tanferri Sentone – A política da intolerância e os discursos repressivos justificadores da pena;

11 – William Rosa Miranda Vitorino – Castração química no Brasil: Uma abordagem epistemológica;

12 – Alanna Caroline Gadelha Alves – Entre o castigo e a penitência: Fundamentos comportamentais para uma ressignificação da punição no sistema prisional brasileiro;

13 – Victor Fernando Alves Carvalho – Que consenso é esse? Problematização da Justiça Criminal "consensual" na perspectiva da justiça restaurativa; e,

14 – Débora Gonçalves Tomita – O fracasso da prisão: ADPF 347 e a teoria dos diálogos institucionais.

Os debates foram intensos e com grande profundidade, tanto no recorte da criminologia, quanto no da política criminal. Ganhou destaque a crise do sistema prisional brasileiro, sendo mesmo destacado se efetivamente está em crise ou se está cumprindo seu papel. Os referenciais teóricos apresentados pelos participantes representavam uma gama de pesquisadores que garantiram profundidade aos textos elaborados e às apresentações realizadas. As pesquisas desenvolvidas pelos participantes são das mais relevantes para a sociedade contemporânea, principalmente no que concerne ao tema central do Encontro do Conpedi, quanto à criminologia e às politicas criminais.

Goiânia, 28 de junho de 2019.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

QUE CONSENSO É ESSE? PROBLEMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL "CONSENSUAL" NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

WHAT IS THAT CONSENSUS? REFLECTIONS ABOUT "CONSENSUAL" CRIMINAL JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF RESTORATIVE JUSTICE

Daniela Carvalho Almeida Da Costa [1]
Victor Fernando Alves Carvalho [2]

Resumo

Este trabalho problematiza a pretensa justiça criminal consensual, questionando em que medida é legítima a ideia de consenso, veiculada nos instrumentos processuais classificados pelos autores como negociais ou consensuais, como a transação penal e a colaboração premiada. Defende-se, a partir das contribuições da Justiça Restaurativa (Zehr) e da Teoria da Racionalidade Penal Moderna (Pires), que a Justiça Restaurativa desenvolve uma ideia legítima de consenso, por devolver o conflito às partes, dando-lhes voz e reconhecendo-lhes as identidades e necessidades. Utilizou-se a revisão bibliográfica como método de pesquisa, pela leitura crítica dos autores de referência na área.

Palavras-chave: Justiça criminal consensual, Lei 9.099/95, Colaboração premiada, Racionalidade penal moderna, Justiça restaurativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article reflects about "consensual" criminal justice, questioning how much authentic is the idea of consensus which appears in the procedural instruments classified by the authors in general as negotiable or consensual. From the contributions of Restorative Justice (Zehr) and the theory of modern penal rationality (Pires), it is defended that Restorative Justice develops an authentic idea of consensus, by giving the conflict back to the parties, recognizing the identities of the people actually involved. The literature review was used as the research method, by the critical reading of the main authors in the area.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consensual criminal justice, Law 9.099/95, State's evidence, Modern criminal rationality, Restorative justice

---

[1] Doutora (2005) e Mestra (2001) em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Associada (Graduação e Pós-Graduação - Mestrado - em Direito) da Universidade Federal de Sergipe. E-mail: dancacosta@hotmail.com

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). E-mail: victorfernandocarvalho@gmail.com

1 Considerações iniciais

O foco deste trabalho é problematizar os conceitos de justiça criminal negocial ou de barganha e justiça criminal consensual, a partir da seguinte questão: em que medida os instrumentos processuais penais classificados pelos autores como negociais ou consensuais, como a transação penal e a colaboração premiada, realmente veiculam uma ideia de consenso? Para responder a essa questão, investiga-se, num primeiro momento, o modo como pesquisadores de direito processual penal definem esses instrumentos e utilizam a ideia de consenso nessas conceituações.

Perceber-se-á que existe um discurso comum na legitimação das experiências de justiça criminal ditas consensuais ou negociais (Lei 9.099/1995 e colaboração premiada). Esse discurso racionaliza os instrumentos ditos consensuais como democráticos (o acusado "participa" da solução) e produtivos (o Estado tramita mais processos sem deixar de punir). No entanto, ver-se-á que esse discurso esconde uma lógica cruel, lastreada numa falsa ideia de consenso e numa hipervulnerabilização da figura do acusado.

Num segundo momento de investigação, a partir das contribuições de uma lente restaurativa de justiça (Zehr) e da Teoria da Racionalidade Penal Moderna (Pires), desenvolve-se a ideia de que a Justiça Restaurativa efetivamente trabalha com as ideias de consenso e diálogo, por devolver o conflito à vítima, em contraste com os instrumentos da chamada justiça criminal negocial ou consensual, os quais, por estarem situados no marco da justiça retributiva, funcionam de modo verticalizado, com algumas agravantes, inclusive, quando comparados ao processo penal comum do Brasil.

Conforme Zehr (2008), a lente que se usa para enxergar o conflito limita o "enquadramento da foto". Se se vê o crime por meio da lente retributiva, o processo penal permanece incapaz de atender às necessidades concretas da vítima, do ofensor e da comunidade. Enquanto a lente não for modificada – em outras palavras, enquanto o Estado for considerado vítima abstrata do delito –, o "enquadramento" continua o mesmo, e as necessidades das personagens concretas do conflito continuam no ponto cego da "câmera fotográfica". Se essas necessidades não são enfocadas, não há que se falar em consenso e diálogo no processo penal.

Essas reflexões convergem à Teoria da Racionalidade Penal Moderna de Pires (1999, 2004): as teorias modernas de racionalização da pena criaram uma espécie de nó górdio para o direito criminal, impedindo a possibilidade de mutações humanistas dentro do sistema de

justiça criminal (procedimentos que dão voz à vítima, por exemplo), eis que a racionalidade penal moderna explica a punição como obrigação ou necessidade, não como autorização.

A importância de um debate como este cresce à medida que propostas intituladas como consensuais (por exemplo, o *plea bargaining* do "pacote anticrime")[1] são vendidas como "solução mágica" e ganham a adesão de juristas e parlamentares sem qualquer crítica sobre que consenso é esse. Utilizou-se, tanto na primeira investigação quanto na segunda, a revisão bibliográfica como método de pesquisa, por meio da leitura crítica dos autores de referência na área, tanto nacionais quanto internacionais.

2 A justiça criminal negocial ou consensual e sua ideia de consenso

Vasconcellos (2015, p. 55-56) afirma que a justiça penal consensual ou negocial caracteriza-se pelo aceite de ambas as partes (acusação e defesa) a um acordo de colaboração processual, no qual o réu cede de sua posição de resistência, provocando encerramento antecipado do processo. Em troca de sofrer uma sanção penal reduzida, o acusado renuncia ao transcorrer normal do processo e a todas as garantias inerentes a ele. Busca-se, assim, uma convergência de vontades. Isso seria um consenso?

Vasconcellos (2015, p. 56) observa que, em um primeiro momento, por se tratar de justiça consensual, imagina-se que vítima e agressor participam juntos da busca de uma solução. No entanto, na maior parte dos institutos inseridos no âmbito da chamada justiça penal consensual, a vítima não participa da elaboração do acordo. O diálogo é travado exclusivamente entre o Ministério Público, o réu e seu advogado.

Nesses termos, a fala majoritária é que esses instrumentos da chamada justiça criminal *negocial ou consensual* (Lei 9.099/1995, colaboração premiada) veiculam a ideia de consenso pelo fato de o acusado não ser tratado como objeto passivo, mas sim como sujeito ativo da solução do conflito. No entanto, o próprio Vasconcellos (2015, p. 57) afirma se tratar de uma ilusão, pois as pesquisas empíricas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (expressão brasileira dessa justiça consensual) destacam a incapacidade dos institutos transacionais para a resolução dos conflitos e a consequente falácia da crença nesse modelo.[2]

Se "para bom entendedor meia palavra basta", soa inovador e empolgante revigorar a justiça criminal com as ideias de consenso e diálogo. No entanto, para melhor entendedor

---

[1] No dia 04 de fevereiro deste ano, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei "anticrime", com três frentes de combate: corrupção, crime organizado e crimes violentos. O projeto incluiu o *plea bargain*, procedimento em que há ampla negociação entre o acusado e o Ministério Público sobre os fatos, qualificação jurídica e pena.

[2] Ver, nesse particular, esta coletânea de artigos: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ainda, soa estranho que a vítima permaneça excluída do conflito – e que o dito consenso seja anunciado exclusivamente pelo fato de o acusado "participar da solução". Entre aspas mesmo, pois, como se demonstra no decorrer deste trabalho, essa participação é ilusória e esconde uma lógica cruel de hipervulnerabilização do acusado.

Merleau-Ponty afirma que o movimento do filósofo é um constante "do saber à ignorância", "da ignorância ao saber", e um certo repouso nesse movimento. Neste caso, para ir da ignorância ao saber, é necessário adotar uma posição crítica, mais externa ao sistema, porque os fundamentos da justiça penal dita consensual ou negocial já estão legitimados nos manuais de processo penal, por meio de racionalizações que mostram a "indispensabilidade" desses mecanismos para a administração da justiça penal no Brasil, sem qualquer discussão sobre suas funções ocultas e não declaradas (BARATTA, 2011).

2.1 Lei 9.099/1995 e sua pretensa justiça penal consensual

Vilares (2012, p. 323) destaca que a Lei 9.099/1995 trouxe para o ordenamento brasileiro instrumentos de justiça penal consensual, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ela classifica esses instrumentos como consensuais porque, nesse caso, a resolução do conflito e a pacificação social são mais importantes que a busca da verdade. Nessa linha de raciocínio, fica subentendido que os países da *civil law* não conseguem resolver os conflitos porque não priorizam a "eliminação" de conflitos por meio de soluções negociadas (que são entendidas, nesse caso, como sinônimo de consensuais).

Nessa perspectiva, Vilares (2012, p. 324) afirma que os instrumentos inspiradores da Lei 9.099/1995 – o *guilty plea* (em que o acusado se declara culpado, beneficiando-se com redução da pena e tendo seu processo finalizado) e o *plea bargaining* (em que há ampla discussão entre as partes sobre os fatos, qualificação jurídica e pena) norte-americanos – valorizam o consenso entre as partes do processo penal por meio da negociação.

A *composition* francesa, por sua vez, aproxima-se mais da Lei 9.099/1995 (LANGER, 2017, p. 110-111). Pela *composition*, a legislação francesa traduziu o *plea bargaining* para seu ordenamento nacional, porém o resultado foi um modelo despenalizador: retiraram-se as infrações mais leves dos procedimentos criminais formais, evitando-se o recurso à prisão, e criou-se um procedimento menor para ainda manter controle formal sobre essas infrações.

Enquanto nos países de *common law* prevalece um modelo adversarial de processo penal, nos países de *civil law* prevalece um modelo de investigação oficial (Neves, 2013). A cada modelo corresponde uma maneira de distribuir poderes e responsabilidades entre os

atores do processo: no adversarial o poder reside nas partes e o juiz é um árbitro passivo; no outro o juiz está no centro do sistema, é o "dono" do processo e está preocupado com a descoberta da verdade material. Neste, não se negocia a verdade; naquele, a verdade é negociável e o procedimento é oral[3].

Assim, a palavra "verdade" tem um significado próprio em cada estrutura. No adversarial, há uma relativização da verdade, pois se as partes chegam a um acordo sobre o caso não é necessário definir como os fatos ocorreram, ao passo que na estrutura inquisitorial a verdade é mais absoluta, cabendo ao juiz definir como os fatos ocorreram, independentemente de acordos entre acusação e defesa (LANGER, 2017, p. 35). O sistema adversarial é um modelo de disputa, enquanto o sistema inquisitorial é um modelo de investigação oficial da verdade dos fatos (LANGER, 2017, p. 50-51).[4] Para além dessas distinções, percebe-se que ambos os modelos estão inseridos numa lente retributiva de justiça, não havendo, por exemplo, uma reflexão sobre a *qualidade da justiça* para a vítima concreta dos conflitos (tema de que tratará o terceiro tópico deste trabalho), um olhar sobre suas necessidades.

Neves (2013, p. 38-39) posiciona a massificação da pequena e média criminalidade como um fundamento para a ascensão dessa justiça criminal dita consensual. A celeridade da justiça consensual possibilita a resolução ("eliminação") dos conflitos (processos). Além disso, é conveniente para o acusado, que, em troca de assumir a culpa pela prática de infrações mais leves do que as denunciadas, obtém uma pena mais leve do que a inicialmente pensada.

Quanto à composição civil dos danos, Vilares (2012, p. 326) afirma se tratar de um instrumento típico de justiça consensual, por priorizar a vontade da vítima, que, se satisfeita com a reparação do dano, não pode apresentar queixa-crime, e impede o Ministério Público de apresentar denúncia, no caso de crime de ação penal pública condicionada à representação. Dos três instrumentos da Lei 9.099/1995, este parece ser o único mais próximo da ideia de

---

3 Langer, estudando a introdução do *plea bargaining* norte-americano em quatro países de *civil law*, mostra que a versão forte da tese da americanização do processo penal – segundo a qual todos os processos penais no mundo tenderão à busca da "verdade negociada" – é inaplicável, tendo em vista que as diferenças entre o processo penal adversarial dos Estados Unidos e o processo penal inquisitorial da Europa continental e da América Latina são tão marcantes que reformas isoladas inspiradas na concepção norte-americana não são capazes de transformar os modelos inquisitórios em sistemas adversariais (LANGER, 2017, p. 24). Na verdade, de acordo com esse estudo, as reformas provocaram diferenças entre os países de *civil law* em aspectos nos quais eram até então próximos uns dos outros.

4 Rodrigues (2017, p. 108-109) explica que nos países de *civil law* a verdade dos fatos no processo penal é valorizada também a título de distinção entre direito civil e direito penal. Por um lado, como na esfera privada geralmente se lida com direitos disponíveis, a busca da verdade assume um papel menor; o direito penal, por outro lado, por lidar com os direitos à vida e à liberdade, adquire uma superioridade axiológica que faz a busca da verdade assumir um papel mais importante em comparação ao processo civil.

consenso oriunda de uma lente restaurativa de justiça, por dar voz à vítima, permitindo que a intervenção penal se encerre se aquela está satisfeita com a reparação dos danos causados.

Muito embora, como já se destacou, a vítima só tenha voz na composição civil dos danos, Pinto (2006) afirma que a preocupação com a vítima aparece em toda a Lei 9.099/1995, compreendendo-a como um sistema de justiça penal consensual próprio do Brasil, "revolucionário" e fundado no consenso.

É fato que a composição civil dos danos da Lei 9.099/1995 representou a abertura de um espaço de composição dentro do processo criminal, devolvendo-se o conflito para a vítima concreta da infração e afastando-se a obrigação de punir característica da racionalidade penal moderna. Contudo, a composição civil tem sido com frequência conduzida por profissionais sem a devida capacitação para explorar todas as potencialidades transformadoras do momento, convertendo-o em algo mecânico, em que o conciliador muitas vezes tenta impor um acordo (REGINATO, 2014, p. 129 - 131), num desperdício da experiência[5].

Coutinho critica que a Lei 9.099/1995 foi aprovada sem uma base teórica capaz de sustentá-la. Evitou-se um amplo debate no país e, por terem os Juizados competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, sem que o constituinte especificasse quais seriam essas infrações, a lei ressuscitou uma série de infrações bagatelares praticamente esquecidas, enterrando propostas de descriminalização em discussão e reproduzindo uma política neoliberal de tolerância zero (COUTINHO, 2005, p. 5-8). Além disso, a transação penal consistiria na imposição de pena sem processo, pois o legislador infraconstitucional não teria competência para dispensar o processo no caso das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Ora, em se tratando da transação penal e da suspensão condicional do processo, o conflito não é devolvido à vítima, e o trato da questão permanece verticalizado (órgão acusador – acusado). Há, de fato, flexibilização na obrigação de punir com penas aflitivas (característica da racionalidade penal moderna, conforme será demonstrado adiante). Contudo, a vítima continua excluída da situação que lhe pertence, reforçando-se a abstração racionalizadora de que a vítima é o Estado. Nesses termos, conforme será demonstrado no

[5] Reginato (2014), em pesquisa empírica sobre experiências de mediação de conflitos anteriores à Lei Maria da Penha nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, afirma que com a vigência da Lei Maria da Penha predominaram estratégias punitivas no combate à violência contra a mulher, em detrimento de mecanismos conciliatórios, com o afastamento dos Juizados Especiais Criminais e da possibilidade de composição civil dos danos, ignorando-se a experiência histórica das Delegadas da Mulher no campo da mediação: "com a LMP as DEAMs passam a ser 'enquadradas' para que funcionem como 'polícia de verdade', estando proibidas de processar qualquer tipo de ajustamento, especialmente nas situações que envolvam crimes cuja ação penal é pública incondicionada, como, definiu-se, passou a ser o caso da lesão corporal leve" (REGINATO, 2014, p. 45).

decorrer deste estudo, classificar esses procedimentos como *consensuais* torna-se problemático, sobretudo levando-se em conta os aportes das lentes da Justiça Restaurativa (Zehr) e da Teoria da Racionalidade Penal Moderna (Pires).

2.2 A colaboração premiada

Nestes tempos de Operação Lava Jato, se construiu um discurso segundo o qual para a resolução de crimes não tem como não recorrer a um sistema de incentivos e a técnicas de investigação mais flexíveis eticamente. A justiça penal negociada tem encontrado sua legitimação nos frequentes escândalos de corrupção estampados nos noticiários "como expressão real, mas midiaticamente potencializada, de uma preocupação do conjunto da população" (MENDES, 2017, p. 32-34). Nesse passo, o clamor popular, a lentidão dos processos e a crise de instabilidade política surgem como fundamentos "óbvios" de medidas de maior celeridade nas investigações criminais, em detrimento de direitos e garantias.

Assim, necessidades de "maior eficiência" do processo penal em face da insuficiência de "meios tradicionais de prova" – eficiência/funcionalidade – constituem o discurso de legitimação da colaboração premiada (AIRES; FERNANDES, 2017), provocando uma tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador.

A colaboração premiada seria, portanto, um instrumento de política criminal: dispensam-se garantias em favor de maior eficiência e, portanto, do cumprimento de certas finalidades do sistema penal, nesse caso o combate à criminalidade organizada (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 262). O processo penal estaria, assim, "complementando funcionalmente" o direito penal material. Para esses autores, a colaboração premiada faz parte de um Direito Penal Premial (2017, p. 263-264) – prêmio no sentido de incentivo, um mal menor para o réu que colabora com a investigação –, funcionando como justiça criminal consensual, por haver um acordo prévio para a concessão do prêmio.

Os autores reafirmam a ideia de que a Lei 9.099/1995 inaugurou a justiça criminal consensual no Brasil e que desde então os espaços ditos de consenso na justiça brasileira apenas aumentaram (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 265-267). Afirmam também que a voluntariedade é um elemento que fundamenta não apenas a justiça criminal consensual (há acordo somente se o réu quiser colaborar), mas também a possibilidade de afastamento de garantias (o réu colaborador estaria por si mesmo dispondo das suas garantias). Esse discurso, como se verá, esconde uma lógica cruel, pela pressão ínsita ao exercício do poder de punir, e pela ampliação da exposição da classe mais pobre ao sistema penal.

Parece-nos problemático falar de uma integração político-criminal do processo penal, tendo em vista que isso posiciona o processo no mesmo vetor do poder punitivo. Nessa perspectiva, Divan afirma que eficiência e garantia não são ontologicamente opostas: é uma opção ideológica situá-las como opostas, opção esta que em geral aponta para a garantia como um obstáculo para a eficiência, o que sustenta o discurso segundo o qual o processo penal deve pender para o lado de uma política criminal preocupada com a eficiência (DIVAN, 2017, p. 424). Do ponto de vista constitucional, essa valoração é invertida, pois, *pro societate*; o correto seria, portanto, defender uma eficiência tributária das garantias, uma eficiência que contribua com a preservação destas.

Assim como no caso da Lei 9.099/1995, o discurso que legitima a colaboração premiada recorre à ideia de consenso: o acordo sobre a sentença penal representaria a passagem de um direito unilateralmente imposto para um direito dialogado pelas diferentes vontades (SILVA, 2018, p. 96-97). A busca pelo equilíbrio entre lei e consenso, segundo essa fala, seria uma marca da pós-modernidade jurídica. Além da valorização de um suposto consenso, aparecem aqui também o fator eficiência conjugado à garantia do poder de punir: "[...] o recurso ao *plea bargaining* se tornou um instrumento essencial para os procuradores que almejam tramitar mais processos a um menor custo, enquanto garantem condenações, evitando absolvições" (SILVA, 2018, p. 101).

O discurso se constrói apontando não apenas a conveniência para o órgão acusador, mas também para o acusado, pois "embora tais *pleas* assegurem uma alta taxa de condenações, também mitigam severas penas e facultam aos arguidos um grau de indulgência que não estaria disponível de outro modo" (SILVA, 2018, p. 101). Ao fim e ao cabo, "todo mundo sai ganhando".

Ora, a fundamentação da colaboração premiada esconde uma lógica cruel, também lastreada numa falsa ideia de consenso, tendo como consequência a hipervulnerabilização da figura do acusado. Suas garantias são flexibilizadas, perdendo seu potencial de funcionarem como instrumentos de resistência aos processos de exclusão, ínsitos ao direito penal, conforme denuncia a criminologia crítica.

Ademais, a colaboração premiada inverte a lógica da proporcionalidade, própria do direito penal liberal, pois os "criminosos de colarinho branco" que fazem delação são condenados a penas muito menores (ou condições de cumprimento de pena muito mais leves) em comparação a que seriam condenados num processo penal ordinário.[6] Assim, o Estado

[6] "Casualmente escrevo essas linhas tentando entender uma decisão judicial (em famosa operação policial) em que alguém – beneficiado pela delação premiada – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de 'reclusão

propagandeia que o direito penal atinge todo mundo, que a malha do sistema é capaz de capturar os políticos corruptos, mas a questão da proporcionalidade fica de escanteio – o "elefante branco" na sala.

Assim, alguns poucos políticos são capturados pelas redes do direito penal, e esses poucos servem como a propaganda oficial de que o direito penal é um direito que atinge a todos igualmente, ao passo que esses poucos são beneficiados por penas baixas e condições de cumprimento de pena mais leves em troca de flexibilização das suas garantias. O problema todo é que essa flexibilização de garantias repercute em desfavor das classes menos privilegiadas, por já constituírem a clientela do direito penal.

Em termos humanistas, o custo-benefício não compensa, porque a negociação das garantias penais, a título de atingir o colarinho branco (que acaba beneficiado com o afastamento da proporcionalidade das penas), hipervulnerabiliza as classes já vulneráveis ao sistema penal – as classes pobres. Não à toa, Vasconcellos (2015, p. 31) aponta que, em virtude da seletividade e da desigualdade reproduzidas pelo poder punitivo estatal, a expansão da justiça criminal "consensual" ou negocial "acarretará aporias intensificadas e, assim, graves violações a direitos e garantias fundamentais do processo penal em um Estado Democrático de Direito".

Essa crítica quanto à repercussão negativa na classe mais pobre aparece em Zaffaroni (1999, p. XVII-XVIII):

> (...) há quem resignadamente se dispõe e se oferece de bom grado a colocar-se ao serviço destas mensagens, insistindo no mero efeito simbólico da lei penal e assumindo-o, passando por alto que a lei penal se traduz em criminalizações secundárias de maneira seletiva em relação aos mais vulneráveis (...). (...) **Sustenta-se que se deve elaborar um direito penal de duas velocidades: um, com maiores garantias para os débeis e, outro, com menores garantias para os poderosos, ignorando que o último não fará outra coisa que alcançar aos menos poderosos, aos não poderosos que aspiram sê-lo ou àqueles que perderam em relação aos mais poderosos o que, ademais, terminará se tornando algo comum.** Reconhece-se que o direito penal para os poderosos será de aplicação mais excepcional, portanto, se propõe compensar a impunidade com penas mais severas aos poucos casos em que haja punição. (...) Sua tradução prática é que penas mais severas serão aplicadas aos menos poderosos que forem pegos para que o povo acredite em sua eficácia. Também se sustenta que quanto menor gravidade tem uma pena, menores são as garantias para sua imposição. **Esquece-se de que o poder configurador cotidiano – que é o mais importante do poder punitivo – lida com penas menores e, inclusive, contravencionais, enquanto que as mais graves têm muito pouca importância configuradora, dado que a maioria da população se abstém de semelhantes crimes.** (...) (Grifo nosso; tradução nossa).

---

doméstica' ou 'prisão domiciliar'. Depois vem um regime 'semiaberto diferenciado' (?) e uma progressão para o regime aberto após dois anos…" (Aury Lopes Jr., em prefácio a VASCONCELLOS, 2015, p. 14).

A crítica de Karam é igualmente incisiva no sentido de que amplos agrupamentos de esquerda desconsideram os ganhos teóricos da criminologia crítica que problematizam a seletividade e o classismo do direito penal, sobretudo quando esses mesmos agrupamentos reivindicam o discurso do combate aos crimes de colarinho branco, alimentando uma fantasia do magistrado como condenador severo e implacável (KARAM, 1996, p. 80). Ao demandar por mais punição, esses setores da esquerda esquecem-se de que as classes menos favorecidas são prioritariamente atingidas, por constituírem a clientela do sistema de justiça criminal, em conformidade com as contradições inerentes a uma sociedade dividida em classes: "a excepcionalidade da atuação do sistema penal é de sua própria essência, regendo-se a lógica da pena pela seletividade, que permite a individualização do criminoso e sua consequente e útil demonização" (KARAM, 1996, p. 82).

E, mesmo que se diga que num instrumento como o da colaboração premiada o acusado "participa se quiser", não se pode esquecer da pressão ínsita ao exercício do poder de punir do Estado, colocando-se o acusado numa posição desagradável, em que sua voluntariedade fica obviamente vulnerabilizada, e sua liberdade à mercê do acusador público, que pode fazer uso de mecanismos processuais (como a prisão preventiva) para forçar o acusado a aceitar um acordo de delação. Aury Lopes Jr. (em prefácio a VASCONCELLOS, 2015, p. 30-31) é certeiro ao afirmar que:

> A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a "segurança" do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. […] O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido possível e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. **É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.** (Grifo nosso).

Não à toa, Toron defende que a Operação Lava Jato somente obteve êxito em suas investigações em virtude da utilização desmedida de prisões preventivas que tiveram efeito ameaçador nos investigados, levando-os a fazerem acordos de delação premiada. Comparativamente ao Mensalão, cujas provas foram essencialmente documentais, as provas na Operação Lava Jato foram essencialmente documentos oriundos de delações, e "mesmo que diga que muitas delações foram feitas por réus soltos, não é menos verdadeiro que tiveram como *inspiração* as inúmeras prisões, o tempo que duraram e a perspectiva de condenações altas" (TORON, 2016, p. 21). Em determinado momento da operação,

convencer os investigados a colaborarem com o desvendamento das infrações chegou a constituir fundamento para prisão preventiva, numa clara demonstração de que, quando à superioridade natural do acusador público acresce-se o poder de negociar, pressões e coações psicológicas tornam-se normais.

3 A Justiça Restaurativa e a novas lentes sobre o consenso

Nos discursos previamente estudados, a fala em comum parece ser a seguinte: os países da *civil law* não conseguem resolver os conflitos porque estão preocupados com a "busca da verdade real", o que os leva a investir na "eliminação" do conflito. Mas não dá para eliminar o conflito impondo a solução que o Estado quiser. À luz das Teorias da Pena com base garantista, aos moldes do que nos informa a racionalidade penal moderna, o acusado tem direitos e garantias que precisam ser respeitados. Como eliminar o conflito de modo que o Estado fique "bem na fita", cumprindo o poder de punir sem parecer atentatório à pessoa do acusado?

Ora, dando um jeito de o acusado participar "ativamente" da solução; atribuindo-lhe não só a qualidade de ter sido negociada, mas também "consensuada". Constrói-se, assim, uma perspectiva de vantagem em dose dupla: solução democrática (o acusado participa da solução – ou melhor, assina um contrato de adesão) e altamente produtiva (o Estado resolve os conflitos – ou, melhor dizendo, elimina os processos – sem deixar de punir). Além disso, os advogados ganham mais uma técnica de defesa, pois na transação penal a aceitação da pena é antecedida pela avaliação do que é mais benéfico para o acusado em termos utilitários (VILARES, 2012, p. 327).

O Judiciário se torna um balcão de negócios, no qual o Estado (Ministério Público) tem o interesse de acabar rápido com os processos sem prescindir da satisfação do poder de punir.[7] Como deixar esse interesse com ares mais democráticos? Afirmando a possibilidade de o acusado influir na decisão, negociando suas garantias.

Contudo, há uma lógica cruel por detrás dessa cortina de fumaça de jogo democrático e consensual: o conflito é visto como algo que deve ser eliminado, e não elaborado, transformado, conforme os aportes da Justiça Restaurativa; o discurso é de que há consenso, quando na verdade há apenas negócio – com exceção da composição civil dos

[7] "Por meio da transação penal, evita-se o processo ao mesmo tempo em que se satisfaz o *jus puniendi*" (VILARES, 2012, p. 327): enxugar o fluxo dos processos criminais garantindo-se ao mesmo tempo o poder de punir.

danos, que mais se aproxima, em tese, das soluções consensuais possibilitadas pelos círculos restaurativos –, em virtude da pressão ínsita ao exercício do poder de punir.

Eis o que podemos encontrar por detrás da cortina de fumaça: não se discute, por exemplo, em que medida a não aceitação de uma solução negociada implicará numa retaliação do juiz no momento da sentença, ou mesmo numa busca desenfreada por condenação, por parte do Ministério Público. Não se discute a hipervulnerabilização do acusado (especialmente das classes mais pobres), em virtude da flexibilização de suas garantias. Não se discute a falsa propaganda de consenso que essas propostas trazem, falsa por lastrear o consenso apenas num negócio feito com o acusado (negócio este que o deixa ainda mais vulnerável em face do poder punitivo).

Neste trabalho, interessa em especial denunciar essa falsa ideia de consenso. Defende-se que os aportes da Justiça Restaurativa (Zehr) são capazes de informar e nortear uma ideia legítima de consenso para o processo penal, por devolverem o conflito às partes, permitindo que suas vozes sejam ouvidas e suas identidades respeitadas.

Lederach (2012) propõe, em substituição à concepção de resolver conflitos, a ideia de transformá-los. A transformação de conflitos se baseia em duas realidades: o conflito deve ser percebido como algo normal e inerente aos relacionamentos interpessoais, além de ser um motor de mudanças (LEDERACH, 2012, p. 17). Quando se se furta dessa perspectiva, busca-se uma solução rápida para o caso – incapaz de sondar o significado profundo do conflito. Se esse nível mais profundo de significado não for perscrutado, "acumula-se uma energia que surge com força total no próximo monte de louça suja, roupa para passar, ou sapatos que teimam em ficar estacionados no meio da sala" (LEDERACH, 2012, p. 24).

Para mudar a lente, é preciso desenvolver algumas capacidades (LEDERACH, 2012, p. 63-76): perceber os problemas que se apresentam como janelas de oportunidade; ser capaz de integrar múltiplas estruturas temporais (reações de curto prazo com mudanças de longo prazo); ser capaz de colocar as energias do conflito como dilemas (como tratar isto e ao mesmo tempo aquilo); ser apto a fazer da complexidade uma amiga, não uma inimiga; e ser capaz de ouvir e dar espaço para que as *vozes de identidade* se manifestem. A experiência do autor indica que "as questões de identidade estão na raiz da maioria dos conflitos" (2012, p. 70).

Gerar um espaço para que as *vozes de identidade* se manifestem no processo penal tradicional é um desafio particularmente gigante. Christie, já na década de 70, problematizou que o tratamento penal dos conflitos tem feito o Estado deles se apropriar em prejuízo das pessoas concretas diretamente envolvidas no caso. As cortes de justiça têm se tornado lugares

entediantes e maçantes, em que as pessoas diretamente envolvidas não são protagonistas das suas próprias histórias. Christie (1977, p. 3) diagnostica que, no julgamento criminal moderno, duas coisas importantes aconteceram:

> Primeiro, as partes estão sendo representadas. Segundo, a parte que é representada pelo Estado, no caso a vítima, é tão inteiramente representada que ela ou ele [a vítima] na maior parte dos procedimentos é totalmente levada para fora da arena, reduzida a um disparador da coisa toda. A vítima é uma dupla perdedora: primeiro, diante do ofensor, mas segundo, e geralmente de uma forma mais limitadora, em virtude da negação de direitos à plena participação naquilo que pode ter sido uma das mais importantes experiências da sua vida. **A vítima perdeu o caso para o Estado.** (Grifo nosso, tradução nossa).

A apropriação do conflito pelo Estado é uma das características da racionalidade penal moderna (Pires). A Teoria da Racionalidade Penal Moderna, formulada por Álvaro Pires, indica que o nosso modo de pensar em matéria criminal foi estruturado do fim do século XVIII à primeira metade do século XIX, alicerçando-se sobre uma distinção supostamente ontológica, não cultural, entre direito civil e direito penal (PIRES, 1999). O direito civil é flexível e tem espaço para inovações, ao passo que o segundo tem a rígida função de distribuir o mal – mesmo que a vítima concreta da infração penal não o queira. Essa distinção supostamente ontológica gera uma série de obstáculos a mutações humanistas e inovadoras no direito criminal, destacando-se, aqui, o obstáculo expresso na *obrigação de punir*: as teorias modernas da pena, embora fundamentem a punição por vieses diferentes (como necessidade prática – Beccaria, como necessidade moral – Kant, ou como necessidade jurídica – Feuerbach), convergem na compreensão de que é sempre indispensável recorrer à punição (PIRES, 1999, p. 81-83), criando uma espécie de *nó górdio* em torno da ideia de punir.

A racionalidade penal moderna, portanto, informa a punição como *necessidade* ou *obrigação de punir*, não simplesmente como autorização:

> A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. [...] **No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente. Assim, as teorias clássicas da pena reduzem a fundamentação do direito de punir à obrigação ou necessidade de punir.** No âmbito da teoria da dissuasão, por exemplo, Beccaria afirma que a certeza da pena é mais importante que sua severidade. Esse enunciado é frequentemente apresentado como se fosse crítico, mas reitera a necessidade (ou obrigação) pragmática e política da punição. De fato, se acreditamos que a certeza da pena aflitiva é importante para produzir dissuasão, o Estado (ou o sistema jurídico) deve punir sempre que isso for possível, sem se preocupar com outras formas de realizar a justiça. A teoria da retribuição contém a mesma concepção: Kant afirma que a pena é um imperativo categórico, isto é, haveria uma obrigação moral de punir. **No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um**

> **deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir.** (PIRES, 2004, p. 44).

Nesses termos, "a vítima perdeu seu caso para o Estado", como já dizia Christie.

Outro fator que contribuiu para a construção da obrigação de punir foi a concepção contratualista que se popularizou com Hobbes e Locke, marcada por uma polarização "criminal *versus* Sociedade" (PIRES, 2001, p. 92). O indivíduo, a partir do momento em que comete o delito, está se pondo, por moto próprio, para fora da sociedade que todos os indivíduos em conjunto aceitaram constituir para a proteção de seus direitos individuais. Se um indivíduo ofende o direito de outrem, a sociedade inteira deve defender a vítima contra o ofensor. Assim, surge uma obrigação pública da sociedade de proteger um interesse individual (da vítima) tornado coletivo pelo contrato social, restabelecendo por meio do castigo uma moral abstrata (PIRES, 2001, p. 92-93). Nesse sentido, para proteger os interesses da vítima, o conflito é dela roubado: seus interesses são defendidos de forma abstrata, nunca de forma concreta. E isso é tão naturalizado[8] que, quando se fala em justiça penal consensual, não se problematiza o fato de que a vítima continua excluída do caso: *pressupõe-se* que o consenso ocorre entre o acusado e o Estado, então dono do conflito.[9]

Todas essas questões convergem para o mesmo ponto: somente há uma ideia legítima de consenso se o modelo de justiça for transformado no sentido de atender às necessidades e aos interesses concretos das pessoas – não apenas da vítima, mas também do ofensor e da comunidade envolvida no caso. Em outras palavras, enquanto o modelo de justiça for retributivo, as propostas ditas de justiça penal consensual apenas reforçam a obrigação de punir, própria da racionalidade penal moderna, com o gravame da hipervulnerabilização do acusado, pelo enfraquecimento de suas garantias e por sua exposição a pressões e coações psicológicas variadas.

Para se falar numa ideia legítima de consenso na justiça criminal, é preciso um outro olhar, uma outra lente: a lente restaurativa (Zehr). A Justiça Restaurativa trabalha com uma ideia legítima de consenso e diálogo, por devolver o conflito à vítima, observando as necessidades concretas das pessoas envolvidas, em contraste com os instrumentos da chamada

---

[8] Não à toa Álvaro Pires fala em *nó górdio* gerado pela racionalidade penal moderna, que passou a constituir, muito mais que um obstáculo cultural ou jurídico para mutações humanistas no direito penal, um obstáculo *epistemológico*.

[9] Consenso que, como foi demonstrado, não pode ser assim classificado, não apenas por excluir a vítima, mas também por, a título de ser democrático, hipervulnerabiliza a figura do acusado, enfraquecendo suas garantias (o que repercute em desfavor dos mais pobres) e colocando-o à mercê de pressões psicológicas e coações do acusador público.

justiça criminal negocial ou consensual, os quais, por estarem situados no marco da justiça retributiva, funcionam de modo verticalizado – com algumas agravantes, conforme já dito.

Costa e Machado Júnior, a partir das contribuições do abolicionismo penal, apontam a Justiça Restaurativa como um caminho inovador e alternativo à racionalidade penal moderna, em evidente contraponto à estrutura da justiça retributiva, "na medida em que aquela propõe a retomada do protagonismo pelas partes envolvidas no evento danoso, dando-lhes voz e poder no processo de construção de um acordo que recomponha o tecido social lesionado" (2018, p. 85). Em sintonia com o presente trabalho, Costa e Machado Júnior já haviam observado que no paradigma retributivo:

> Não há espaço para as partes diretamente envolvidas no conflito expressarem suas impressões e sentimentos acerca do mesmo. Não há espaço para diálogo entre os opostos. O Estado aplicará a lei ao condenado, substituindo a vítima, alijando-a completamente do conflito, ignorando sua dor e necessidades. E constrói-se uma crença de que a aplicação vertical da lei será suficiente para gerar justiça às partes. **É uma ideia vertical e hierarquizada de justiça e, portanto, artificial, uma vez que diz muito pouco aos diretamente envolvidos no conflito, seja ao condenado, seja à vítima, seja à comunidade.** (2018, p. 67, grifo nosso).

E arrematam indicando que, para devolver o conflito às partes e à comunidade (sem que o Estado se alheie do processo), é preciso pensar num modelo de justiça dialogal e horizontal, que valorize o empoderamento das pessoas concretamente envolvidas – as vozes de identidade, como diz Lederach. Esse modelo corresponde à Justiça Restaurativa. Enquanto para a lente retributiva os danos são definidos em abstrato, o Estado se coloca como vítima e as necessidades da vítima concreta são ignoradas, para a lente restaurativa os danos são definidos em concreto, as pessoas e os relacionamentos são as vítimas legítimas e suas necessidades concretas tornam-se a preocupação central (ZEHR, 2008, p. 174-175). Qualquer suposta ideia de consenso que se apresenta no modelo retributivo, pela própria essência deste, torna-se demagógica e retórica, por não atender às necessidades concretas das pessoas diretamente envolvidas na situação-problema.

4 Considerações finais

Existe um exercício, concebido por Kay Pranis e replicado por facilitadores da Justiça Restaurativa, que consiste em todos os participantes se sentarem em círculo, no centro do qual se coloca um saco de pano contendo gravetos. Na ordem do círculo, cada um pode ir ao centro e interagir com o saco e com os gravetos da maneira como preferir. O exercício é feito em silêncio, e caso a pessoa não queira interagir com os objetos, pode sinalizar, simplesmente passando o "objeto da fala" ao colega ao lado. O exercício considera-se

finalizado quando todas as pessoas do círculo sentem-se satisfeitas e passam a vez (YABASE, 2015, p. 60-61).

Nessa atividade, alguns valores da Justiça Restaurativa têm oportunidade: 1) esperar o tempo do outro e a percepção correlata de que cada um tem seu tempo de processar escolhas; 2) reconhecer a própria voz e identidade e a percepção correlata de que "se eu tenho voz, então sou responsável pela solução final e ninguém pode me obrigar a assumir uma solução que não reconheço", o que, a nível coletivo, provoca outras pessoas a saírem em defesa de alguém que porventura seja silenciado por outrem; 3) reconhecer a busca do consenso como um valor, pois se alguém faz uma concessão ("não vou mexer mais nos gravetos") o faz por espontânea vontade, cedendo a moto próprio por compreender que o alcance de uma solução final exige concessões recíprocas, de modo que a solução seja satisfatória para todos (se a pessoa permanece insatisfeita, pode interagir com os gravetos sempre que chega sua vez).

Os participantes podem começar o exercício numa perspectiva interna mais individualista e competitiva ("quero que os gravetos fiquem organizados segundo minha lógica"), mas a perspectiva pode mudar ao longo do jogo para algo mais cooperativo ("reconheço outra lógica e quero colaborar e ajudar"). Não é possível desenvolver-se um ideal de consenso numa configuração vertical de poder.

Essa atividade simboliza, portanto, o protagonismo das pessoas envolvidas. Esse tipo de protagonismo não existe na justiça penal tradicional, muito menos na pretensa justiça penal consensual, conforme foi evidenciado ao longo desse artigo, por reforçar a racionalidade penal moderna, com o gravame da hipervulnerabilização do acusado, mediante o enfraquecimento de suas garantias e sua exposição a pressões e coações psicológicas as mais variadas, que reforçam o estigma e a exclusão.

Entretanto, é possível alcançar uma experiência legítima de consenso por meio da Justiça Restaurativa, em virtude da devolução do conflito às pessoas concretamente envolvidas, canalizando suas vozes, reconhecendo suas identidades e, portanto, atendendo às suas necessidades. A Justiça Restaurativa, ao estimular a construção horizontal do justo, cabendo ao Estado a responsabilidade de criar a ambiência segura para que o diálogo aconteça, inaugura uma nova lógica de resolução de conflitos cuja potência reside no consenso e no compromisso com os laços de pertencimento.

Quando o consenso emerge da participação ativa de todos os envolvidos diretamente no conflito, que tiveram suas necessidades reconhecidas e atendidas, ainda que tenham feito concessões para tanto, há uma legitimidade na solução construída que cria um vínculo ao seu

cumprimento, estimulando, ao invés da culpa que aprisiona o sujeito ao passado, a assunção de responsabilidade com vistas ao porvir; numa ruptura com a lógica da dor, da punição e da exclusão, que são a essência da justiça penal retributiva, ainda que em sua face negocial.

5 Referências

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 253-284, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133461>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: uma introdução à sociologia do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. In: **The British Journal of Criminology**, vol. 17, n. 1, 1977.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elísio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226>. Acesso em: 14 abr. 2019. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.54226.

COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Manifesto Contra os Juizados Especiais Criminais (Uma Leitura de Certa "Efetivação" Constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-14.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica científica de "a colaboração premiada como instrumento de política criminal" – um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 417-428, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133471>. Acesso em: 7 abr. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147001>. Acesso em: 6 abr. 2019.

LEDERACH. John Paul. **Transformação de conflitos.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê "colaboração premiada e justiça criminal negocial": novos e múltiplos olhares. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo

Horizonte, v. 3, n. 1, p. 31-38, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133445>. Acesso em: 6 abr. 2019.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já! **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 34, n. 135, p. 37-64, jul./set. 2013. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106327>. Acesso em: 7 abr. 2019.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A revolucionária justiça penal consensual**, 2006. A revolucionária justiça penal consensual. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139946>. Acesso em: 6 abr. 2019.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, v. 1, n. 68, p. 39-60, 2004.

_____. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. **Sociologias**, Porto Alegre, nº 1, p. 64-95, 1999.

_____. La "Línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el Príncipe. **Nueva Doctrina Penal** (Buenos Aires), nº 2001/A, 2001, pp. 71-96.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. **Obrigação de punir: racionalidade penal moderna e as estratégias de controle da violência doméstica contra a mulher.** 2014. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão.

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 103-130, 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133451>. Acesso em: 7 abr. 2019.

SILVA, Germano Marques da. Plea Bargaining e acordos sobre sentença. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 28, n. 1, p. 95-117, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143953>. Acesso em: 7 abr. 2019.

TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 15-41, ago. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131331>. Acesso em: 14 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015. (Monografias; 68).

VILARES, Fernanda Regina. O consenso habermasiano no processo penal: justiça penal consensual e o princípio da oportunidade nos crimes tributários. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 317-338, set./out. 2012. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=97586>. Acesso em: 6 abr. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CERVINI, Raul. **Direito criminal I.** Coordenação de José Henrique PIERANGELI. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. (Jus aeternum). p. 9-40. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=3633>. Acesso em: 14 abr. 2019.

YASABE, Carolina Yuubi. **Os sentidos de justiça restaurativa para os facilitadores e suas consequências para uma prática transformadora.** 2015. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.