

Artigos

Recebido: 15.01.2017

Aprovado: 02.08.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i2.3483>

* Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, Paraná



O confisco do conflito na historiografia penal

*André Ribeiro Giamberardino**

Resumo: A hipótese analisada é a existência de um equívoco historiográfico na vinculação entre a afluência da punição com a ideia de vingança privada e com a presença da vítima no processo criminal. É comum se associar uma suposta humanização da punição, principalmente através da pena de prisão, à rejeição da vingança privada e, portanto, à monopolização da violência pelo Estado moderno. A justificação da pena seria prevalentemente utilitarista, demonizando-se o retributivismo como incompatível com a natureza civilizada do ato de punir. Entretanto, o conceito de crime como violação do soberano e o modelo processual inquisitório são matrizes vinculadas ao confisco do conflito dos ofendidos, na passagem de uma justiça penal negociada a uma justiça penal hegemônica.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Punição; História do Direito Penal.

The expropriation of conflict in penal historiography

Abstract: The aim is to analyze the existence of a historiographic misunderstanding in the link between the level of suffering of the punishment with the idea of private revenge and the presence of the victim in the criminal process. It is common to associate a supposed humanization of punishment with the rejection of private revenge and the expropriation of conflict by the modern state. The justification of the penalty would be predominantly utilitarian, demonizing retributivism as incompatible with the civilized nature of the act of punishment. However, the concept of crime as a violation of the sovereign and the inquisitorial procedural model are matrices linked to the confiscation of the conflict from the hands of the victim.

Palavras-chave: Restorative Justice; Punishment; Penal Law History.

Introdução

Pretende-se neste texto realizar reflexões gerais sobre a relação teórica entre certas perspectivas historiográficas e seu impacto no estudo da punição e suas linhas de justificação. Argumentamos especificamente que há um profundo equívoco historiográfico em se associar a violência e a afluência da punição com a ideia de vingança privada e com a presença da vítima no processo criminal. Da leitura dos “manuais” e cursos mais utilizados no ensino jurídico fica claro como o espaço ocupado pela história no estudo do direito penal é, frequentemente, empobrecido e instrumentalizado para a naturalização e para a

legitimação da pena como instituição política, ao invés de servir como ferramenta de problematização e de uma compreensão mais profunda.

O papel do historiador, afinal, não é a legitimação do presente, mas a explicitação de pontos de fratura e descontinuidade que permitam olhar para o passado com cautela e consistência. O que caracteriza a história e a historiografia é uma “peculiar e determinante relação com o passado”, através de sinais e testemunhos pelos quais o historiador colhe significados na tentativa de representar uma experiência que já passou¹. Para tanto, é necessário reconhecer que não há uma “verdade histórica” passível de ser conhecida e descrita, mas sequências cronológicas de acontecimentos sobre os quais o historiador se debruça e dá sua própria interpretação. O historiador pertence a seu tempo, e “não trabalha diretamente sobre a realidade, mas passa pelo filtro obrigatório dos textos, dos discursos, dos sinais. Enquanto operação hermenêutica, o conhecimento historiográfico é um conhecimento, por assim dizer, de segundo grau: procede do sinal ao significado, do visível ao invisível, sem poder dispor de nenhum ponto fixo, de nenhuma ancoragem segura”². Nesse sentido, em suma, “o rigor histórico reside mais numa coerência interna do discurso – numa observância de ‘regras de arte’ convencionais – do que numa adequação à ‘realidade’ histórica”³. Investigar a história implica no respeito à autonomia do passado, sem colocá-lo necessariamente como estágio preparatório do presente.

É comum se associar uma suposta humanização da punição, principalmente através da pena de prisão, à rejeição da vingança privada e, portanto, à monopolização da violência pelo Estado moderno. A justificação da pena seria prevalentemente utilitarista, demonizando-se o retributivismo como incompatível com a natureza civilizada do ato de punir.

O utilitarismo, como filosofia moral, pretende valorar cada ação conforme seu potencial em “produzir felicidade”, entendida esta como presença de prazer e ausência de sofrimento⁴. Trata-se da definição do princípio da utilidade consoante a felicidade do maior número. O caráter justo/injusto não poderia ser tomado como qualidade intrínseca a qualquer ato ou coisa, como conceito ambíguo e indeterminado, mas seria necessariamente referido ao princípio da maximização da felicidade do maior número, e especialmente quando se trata de punir.

A argumentação de Stuart Mill seguiu, assim, no sentido de tomar a sanção jurídica como critério distintivo entre a “justiça” e as outras “obrigações morais”, situando a primeira como “a denominação apropriada para certas utilidades sociais que são muito mais importantes e, portanto, mais absolutas e imperativas”⁵. Tendo reconhecido o impulso de vingança e autodefesa como componente do sentimento de justiça, o autor defendeu a necessidade de sua submissão ao crivo do interesse do bem comum, o que não poderia levar a outro caminho senão à justificação da pena segundo o escopo de intimidação pela ameaça

¹ COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado**, p. 10-11.

² COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado**, p. 15.

³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**, p. 34.

⁴ STUART MILL, John. **Utilitarianism**, p. 7.

⁵ STUART MILL, John. **Utilitarianism**, p. 64.

e pelo exemplo, o que ficou bastante claro em seu discurso em defesa da pena de morte⁶.

As teorias de justificação da pena sob um prisma utilitarista se voltam mais ao futuro que ao passado, e mais ao autor que ao ato, constituindo discursos que buscam legitimar a pena como medida de prevenção, contrapondo-se nesse sentido às teorias retributivas. Com particular ênfase, nos séculos XVIII e XIX, colocou-se o objetivo de produção de medo e intimidação nos potenciais violadores da lei penal, seja por meio da ameaça legislativa ou do exemplo da aplicação judicial. Essa foi a teoria da pena defendida por Jeremy Bentham, no século XIX, a partir da premissa segundo a qual a ação humana é movida pelos princípios da dor e do prazer⁷. Se o cálculo racional da dor ou sofrimento advindos da aplicação de uma pena resultasse mais significativo que aquele das vantagens a serem obtidas com o crime, o sujeito se absteria de praticar o ato. Também nesse sentido havia escrito Cesare Beccaria, para quem a finalidade da pena seria “apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”⁸.

O ponto central aqui é que a adoção da perspectiva utilitarista no estudo e na justificação da punição moderna acabou por produzir distorções e obscuridades que podem ser questionadas do ponto de vista histórico. O estudo da história das penas e das transformações políticas do período absolutista e moderno indica que o suplício e as penas infamantes e corporais estão ligados à gradual concentração do poder político e à ressignificação da questão criminal como ação política, e não à participação da vítima ou a sentimentos de vingança privada. Por fim, perceber tais equívocos é fundamental para que possamos vislumbrar, no futuro próximo, a criação de espaços de interação racional e mediada entre ofensores e ofendidos, passo crucial para a construção de novas práticas de censura e paradigmas punitivos realmente menos violentos.

Historiografia penal e o mito iluminista da humanização das penas

O contexto da reforma penal iluminista é marcado por duas mudanças decisivas decorrentes da modernidade e do antropocentrismo: o indivíduo passando a ser visto como tal, anterior ao coletivo, e a metáfora contratualista, relativa a uma ordem política artificial, formalmente igualitária e criada pela vontade do homem, substituindo aquela da sociedade como corpo, cuja organização seria pré-existente à vontade humana e ontologicamente hierárquica e desigual⁹. Não atentar para tais notas de mudança implica em graves equívocos metodológicos, como sói acontecer, por exemplo, quando se equipara valores como liberdade e igualdade, em suas versões modernas, à forma da democracia da antiga Grécia, sem observar que na Grécia antiga toda a concepção de poder e governo repousava na acepção coletiva de povo e cidade, não reduzível a uma mera soma de indivíduos.

A cultura medieval também se estruturava em rígidas hierarquias e diferenciações de *status*,

⁶ STUART MILL, John. *Utilitarianism*, p. 65-71.

⁷ BENTHAM, Jeremy. *The rationale of punishment*, p. 61,

⁸ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, p. 62.

⁹ COSTA, Pietro. *Cittadinanza*, p. 27.

fundada na metáfora da cidade – unidade de organização político-institucional medieval – como corpo. A metáfora não significa a anulação do sujeito em prol da comunidade política, mas sim uma forma de se compreender a parte como relacionada ao todo. Falar em Estado ou “democracia” em tal contexto visaria se referir à participação popular, a essa dimensão política do “povo”, à cidade como local de emancipação da lógica da organização feudal. O direito medieval era certamente distinto da experiência jurídica moderna por causa de tais premissas, tendo natureza mais factual e menos vinculado às estruturas políticas de poder.

Tomar a punição como objeto de estudo implica em situá-la historicamente a partir de tais transformações. Como fenômeno social, ela é um conjunto complexo de processos e instituições interligadas, nunca um objeto ou evento uniforme e insuscetível de redução a um singular significado ou objetivo¹⁰.

Todo conceito deve ser manejado com atenção ao contexto e à experiência jurídica em que se inserem:

Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, propriedade, contrato, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica* existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. (...). Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido¹¹

A obra seminal de Mario Sbriccoli propôs diferenciar o “penal” e o “direito penal”: o primeiro, conceito mais amplo, designaria as práticas, o fenômeno social, e não apenas o quadro normativo e doutrinário da disciplina. Estudar a história do fenômeno penal seria estudar a relação entre formas jurídicas e relações sociais, a interação entre normas, discursos, práticas, interesses, de forma complexa e multidisciplinar¹².

Dar como pressuposto a evolução e a humanização dos sistemas penais é um obstáculo epistemológico de natureza historiográfica. Em sua base, sobrevive o mito segundo o qual a suposta superação da crueldade das penas estaria ligada à substituição da “vingança privada” pelo “monopólio estatal” da punição, estando assim diretamente ligada à exclusão da participação ativa dos sujeitos do conflito. Da mesma forma, explicar a consolidação da prisão como principal forma de punição como resultado de um processo de evolução e humanização é uma grande simplificação, rejeitada pela vasta literatura revisionista, trabalhando com marcos teóricos diversos e que vão do materialismo histórico a Weber¹³.

Associar a emergência da pena de prisão a um processo linear de evolução indica o uso de um tipo de historiografia positivista e que pode ser nomeado como celebratório, porque preocupado apenas em

¹⁰ GARLAND, David. **Punishment and modern society**, p. 16-17.

¹¹ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**, p. 26-27.

¹² SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, tomo I, p. 3-44. Milano: Giuffrè, 2009.

¹³ Por exemplo, v.: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and social structure**. New York: Columbia University Press, 1939; ROTHMAN, David. **The discovery of asylum. Social order and disorder in the New Republic**. Boston: Little Brown, 1971; FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir. Naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario**. Bologna: Il Mulino, 1977; IGNATIEFF, Michael. **A just measure of pain. The penitentiary in Industrial Revolution 1750-1850**. London: McMillan, 1978.

glorificar o presente¹⁴. Aplicar à punição a teoria do progresso linear só é possível quando o passado é lido com a perspectiva do presente, o qual é sacralizado e “glorificado como meta”¹⁵.

Tais “estratégias” são largamente utilizadas na grande maioria das obras também no âmbito do direito penal. Vide, apenas para exemplificar, os seguintes trechos:

O Direito Penal, como hoje nos aparece, está prêsso por uma linha de evolução a fases que se sucederam continuando-se desde as origens. (...). Dessas origens e na linha dessa evolução, que prossegue nos nossos dias, vai o Direito Penal abandonando os seus apoios religiosos e míticos (...) para chegar a ser simplesmente um sistema jurídico de luta contra o crime, no interesse da defesa social¹⁶

Cessada, pelo menos para grande número de infrações penais, essa fase primitiva, a reação penal tornar-se represália por parte da vítima, situando-se na esfera privada. A evolução processa-se então no sentido de restringir a princípio a vingança privada, limitando-a pelo talião e pela composição com a vítima (preço da paz), para em seguida assumir o Estado o monopólio da justiça punitiva¹⁷

A idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (clã, grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de punir em nome dos súditos. (...). A *pena pública* constitui o último estágio no desenvolvimento da história das sanções criminais¹⁸.

Há, certamente, pesquisas que se colocam como exceções à triste regra e se apresentam como alternativa de compreensão histórica do campo jurídico-penal, especialmente se debruçando sobre a realidade brasileira¹⁹. São perspectivas, todavia, que ainda ficam distantes das salas de aula e dos livros indicados como bibliografia obrigatória para o aprendizado do direito penal.

Evidentemente, como referido acima, a experiência jurídica medieval é distinta daquela moderna, e há grandes mudanças decorrentes do iluminismo penal e importantes rupturas, especialmente a crítica à tortura como meio de instrução e o princípio do devido processo legal abarcando garantias processuais e substanciais do cidadão frente o arbítrio estatal²⁰. Há, sobretudo, a afirmação filosófica da prevalência do direito individual ainda que contra a vontade da maioria. Mas tudo isso não nos autoriza a concluir que a exclusão radical dos diretamente envolvidos no conflito – já significativamente denominados como interesses “privados” – significaria, necessariamente, a “retomada da vingança”, a “privatização dos conflitos” ou a “mitigação de garantias processuais”.

¹⁴ HENDLER, Edmundo. *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, p. 109.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*, p. 29.

¹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, p. 53 e 59.

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 26.

¹⁸ DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 124-125.

¹⁹ Vide BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002; ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, vol. I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003; DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil*. São Paulo: Ibccrim, 2006; SALLA, Fernando. *As prisões de São Paulo 1822-1940*. São Paulo: Annablume, 1999; PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão. História e violência nas prisões brasileiras*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, *op.cit.*

Um primeiro equívoco é definir o iluminismo ou os séculos XVI e XVII como o momento de fundação do direito penal moderno, do ponto de vista das estruturas do conceito de crime e do processo. Na verdade, tal fundação seria melhor situada no processo histórico de concentração do poder político entre meados do Medievo e o Antigo Regime. Zaffaroni indica provocativamente, nesse sentido, o *Malleus Maleficarum*, de 1484, como o “primeiro” texto codificado do direito penal e processual penal moderno²¹.

O iluminismo penal não significou, portanto, uma ruptura teórica e politicamente profunda para com “o que veio antes”, havendo na verdade uma relação de continuidade, mormente em relação à estrutura conceitual da teoria do delito e da estrutura inquisitória do processo penal.

O conteúdo material do conceito moderno de crime, visto por uma perspectiva devidamente historicizada, indica-nos como é o paradigma do crime político ou *crimen lesa maiestatis* que acompanha, com função constitutiva, todo o percurso do direito penal moderno. Para Beccaria, os crimes políticos ou lesa-majestade seriam “os delitos máximos porque mais danosos”, pois poderiam “destruir a sociedade”²². Similarmente, Foucault destacou como, ainda no pensamento medieval, o conceito de dano é substituído pelo de infração, infração como “ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”²³.

O conceito de crime como “violação do soberano” foi fundamental na obra de Mario Sbriccoli, debruçando-se sobre a história da justiça criminal a partir dos seguintes conceitos-chave: (a) “justiça penal negociada”, referente ao período entre os séculos XI e XIII, (b) “justiça penal hegemônica ou de aparatos”, a partir dos séculos XIII e XIV, e enfim o (c) paradigma do “crime político ou *laesae maiestatis*”, a partir do século XVI²⁴.

O período da “justiça penal negociada”, primeira fase da experiência de cidadania medieval, entre os séculos XI e XIII, teve formas jurídicas caracterizadas por seu caráter comunitário e fundado no pertencimento, com predomínio da oralidade e lugar importante à iniciativa do ofendido. A finalidade era a satisfação da vítima, o que não significava, necessariamente, a forma da vingança (que era considerada um direito da vítima), pois era abarcada também a *compositio* extrajudicial. Vinculava-se assim a percepção de justiça à efetiva reparação²⁵. É importante observar que já nesta experiência eram excluídos os forasteiros, estrangeiros, ou aqueles considerados incorrigíveis, para os quais não se aplicaria a justiça em comunidade²⁶, demonstrando que também ali o exercício da punição exercia uma função de demarcação e produção de diferenciação social.

O olhar moderno encontra dificuldades em interpretar, sob a ótica de seu tempo, as complexas

²¹ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**, p. 271,

²² BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**, p. 54-55.

²³ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, p. 66.

²⁴ SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 3-44.

²⁵ SBRICCOLI, Mario. L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 139-140.

²⁶ SBRICCOLI, Mario. L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 141.

questões antropológicas que demarcam o lugar da vingança e das formas pacíficas de resolução de conflitos. Especialmente porque tais modelos de mediação e *compositio* tiveram sempre feição substancialmente coletiva. A ofensa contra o indivíduo era uma ofensa contra todo o grupo, não se operando com noções como “sujeito de direito” ou “direito subjetivo”. Com baixo grau de formalização, a “justiça negociada” desprivilegiava a certeza e a “questão da verdade”.

Mudanças nas relações de cidadania entre os séculos XII e XV repercutem no “penal” e suas práticas, nascendo, aos poucos, em torno a processos cada vez mais ritualizados, a “justiça penal hegemônica ou de aparatos”. É a *inquisitio*, elaborada entre os séculos XIII e XIV, em meio à formação das cidades europeias, fundando-se sobre o incremento do grau de formalização das normas, tudo para a “descoberta da Verdade”, verticalizando relações com a autoridade central.

Esse “novo modo” de fazer justiça ganha rapidamente caráter de hegemonia. Reduz enormemente os espaços de negociação em matéria penal, impondo um princípio de oficialidade da ação pública, a indisponibilidade do processo, enfraquece o papel da mediação social na solução dos conflitos, a partir da ideia de que não há justiça sem a punição do culpado. Enfim, promove um modelo processual que recolhe provas através da inquirição direta, o que marginaliza gradualmente o ideal da mediação e da justiça negociada. Essa nova justiça penal é fundada sobre relações de obediência, regulada por normas legislativas e doutrinárias, administrada por aparatos cada vez mais articulados e formalizados, prevalecendo sempre a forma escrita²⁷.

Nesse contexto culturalmente riquíssimo em que ascendia a ciência e o conhecimento científico a um papel protagonista e “os julgamentos penais se tornam tarefas de especialistas”²⁸, há uma mutação semântica da própria noção de justiça, distanciando-a dos parâmetros distributivo/ressarcitório em prol da concepção da repressão e “luta contra o crime”. A questão criminal emergia, enfim, como ação política²⁹.

A gestão do sistema processual inquisitório, em âmbito eclesiástico, passou, nesse sentido, pela equiparação da heresia aos crimes de lesa-majestade. A articulação de um processo voltado à defesa da fé influenciou decisivamente o direito secular, especialmente quanto ao caráter secreto, o predomínio da forma escrita e a ausência quase completa de contraditório. O panorama normativo é marcado pela relevância da doutrina: os juristas filtram, interpretam e organizam o sistema e as normas produzidas pelas autoridades políticas e também produzem outras, disciplinando e orientando a prática da justiça³⁰. As *Practicae Criminales* eram o acervo doutrinário da justiça dos aparatos e uma das razões de sua hegemonia, operando com dupla face: legitimavam os procedimentos através das *consuetudo practicandi*, e ditavam ao juiz o que decidir, como e quanto punir. Diante da infinita riqueza da casuística – caso por caso, hipótese por hipótese – através das *Practicae* se constrói o processo e assim nascem as disciplinas de *ius criminale* no século XVI³¹.

²⁷ SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 8-9.

²⁸ CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, p. 19.

²⁹ SBRICCOLI, Mario. L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 143.

³⁰ SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 10.

³¹ SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 30.

De um lado, a concentração da gestão da prova nas mãos do juiz, e de outro, a posição do imputado totalmente subordinada e sem garantias, produz em um ambiente de suspeita que não tem “vítimas”, mas somente a “busca da verdade”, em regra por meio da extração da confissão por métodos de tortura. Em comum com a inquisição católica, há os fundamentos teóricos ligados à consolidação da questão criminal como estratégia de poder e, conseqüentemente, da gestão do sistema penal como meio de governo.

Com o paradigma do *crimen laesae maiestatis*, segundo o qual todo crime é uma ofensa ao Rei, a partir do século XVI, tem-se um novo modelo em cuja base estava um princípio de obediência distante da preocupação com o dano causado a alguém determinado, ou seja, com a lesão a direitos fundamentais individualizados. Esse é o ponto: é o momento no qual o conceito de crime se distancia do dano causado à vítima para ser construído, cada vez mais, como mero ato de desobediência, consolidando o princípio do *parere legibus et praeceptis superiorum* (“obedecer às leis e ordens dos superiores”). Dentre seus efeitos, os princípios doutrinários das antigas *Practicae* passam a aparecer na forma de leis gerais³²; não à toa começam a aparecer textos como a *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada por Carlos V em 1532 para o território do Império Carolíngio, e as *Ordonnance Criminelle*, de Luis XIV na França, em 1670. Nosso sistema moderno, como dito, é fundado neste período e a partir destas primeiras codificações, e não na reforma iluminista do século seguinte.

Talvez a primeira grande sistematização das teorias da pena tenha sido aquela de Hugo Grotius em 1625, admitindo a justiça natural no ato de punir, cognoscível pela razão, porém limitada pela aferição da utilidade da punição no caso concreto³³. Grotius, porém, adotou como pressuposto a sociabilidade do ser humano e sua propensão a não buscar tão-somente os próprios interesses, diferentemente de Thomas Hobbes e sua perspectiva antropológica profundamente pessimista, porque fundada no medo da autoridade. Para ele, o conceito de segurança e o fundamento do “direito de punir” se associam ao “cuidado com a própria preservação e, dessa forma, com uma vida melhor”³⁴, definindo a pena, expressamente, como um mal imposto por autoridade pública tendo em vista uma ação ou omissão definida como transgressão da lei e para o fim de “direcionar a vontade dos homens à obediência”³⁵.

Com Hobbes, a teorização de um conceito moderno de soberania se confunde com a própria fundamentação contratualista da pena como atributo exclusivo do soberano, a partir da superação do estado de natureza como a guerra de todos contra todos. Por trás da noção de *ius puniendi* hobbesiana estão já presentes, portanto, não obstante o contexto absolutista, muitos princípios importantes ao direito penal liberal, especialmente o princípio da legalidade, inclusive quanto à irretroatividade da lei penal, e a distinção entre crime e pecado, com sua conseqüente secularização.

A imposição da pena, nesse contexto, ganha um caráter eminentemente político e de conservação da ordem e da subordinação ao *Princeps*. Diferentemente, portanto, de uma concepção comunitária de justiça, ou mesmo da justiça pública com elementos negociais e espaços destinados à satisfação da vítima:

³² SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*, p. 19.

³³ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí/RS: Unijuí, 2004 [1625], v. Cap. 20 e 21.

³⁴ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 223.

³⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 353.

aqui não há mais vítima, podendo-se apontar a absorção da *inquisitio* pela modernidade como o fenômeno social e político responsável pela ressignificação da punição como função do Estado. Nas próprias palavras de Hobbes, enfim, “o objetivo da pena não é a vingança, mas o terror”³⁶.

Depois, com a revolução francesa e o iluminismo penal, a base do que viria a ser o sustentáculo de uma supostamente nova estrutura de processo na Europa continental, o “processo misto”, foi produto da combinação de princípios e leis decorrentes da revolução de 1789 com a Ordenação Francesa de Luís XIV, de 1670, a qual foi sempre apontada como um dos ordenamentos processuais mais importantes dentro dos sistemas inquisitórios.

De um lado, leis com inspiração liberal; de outro, o *Code des délits et des peines*, em outubro de 1795, retomando a estrutura inquisitória e autoritária, sob a liderança de Napoleão Bonaparte. Foi sobre tal base que se elaborou, em França, o *Code d’instruction criminelle*, redigido em 1808 e em vigor a partir de 1811, tido como a semente do “processo misto”, em duas fases: a primeira de base inquisitória, pois a instrução era secreta e sem contraditório, forma de saber-poder e de “autenticar a verdade”³⁷, enquanto o oposto viria a ocorrer na segunda etapa, essencialmente processual. Porém, o “espírito inquisitório” passa ao processo misto³⁸, marcado pela preponderância da influência da Ordenação de 1670 na elaboração do *Code* de 1808, em especial no que se referiu ao lugar ocupado pelo imputado.

Essa foi a matriz dos sistemas processuais de base européia-continental nos séculos seguintes³⁹. A fórmula bifásica, consagrada pelo *Code d’instruction criminelle* francês, em 1808, foi recepcionada em toda a Europa continental e em especial na Itália, perpassando diversas novas codificações. Há semelhanças importantes entre este modelo e o processo penal público da *civil law*: a mesma ação, as mesmas regras de instrução, os mesmos critérios para valoração de indícios e provas⁴⁰.

Então, diferentemente do que uma leitura historiográfica equivocada por vezes nos sugere, essas características do processo inquisitório acabaram sendo transpostas e passaram a integrar o processo penal secularizado, sem qualquer movimento de ruptura. Da mesma forma, o estudo dos “crimes políticos” permite o decifrar de um determinado código social e de uma estrutura de poder que se faz permanente e perene também na sociedade moderna.

Antes, a construção, pelos juristas, do príncipe como “metáfora do Estado”⁴¹. Depois, no lugar do rei colocamos a ordem pública e conceitos como “defesa da sociedade”. Ofensas ao *princeps* não poderiam, em face de seu caráter sacro, encontrar punição terrena, assim se legitimando o incremento da severidade das penas em forma de suplício. Não importaria tanto o dano ou o direito fundamental violado, e sim a punição da desobediência, função estrutural da concepção de crime político.

³⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 355.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 77-78.

³⁸ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 459.

³⁹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 39.

⁴⁰ SBRICCOLI, Mario. L’inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale. In: *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*, p. 134.

⁴¹ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 80.

Dos 484 artigos do *Code Pénal* napoleônico, que serviu de base para a maioria das legislações continentais, 197 se referiam a delitos contra a autoridade do Estado⁴². A ideia de violação ao soberano permanece hoje, ao fundo, como fundamento dos processos de criminalização, mesmo se adaptados às diferenças culturais próprias de cada experiência histórica. É claro que não há concepções idênticas, mesmo porque nunca houve uma *fattispecie* precisa e bem definida do crime lesa-majestade. O que se tem é um ponto comum decisivo, segundo o qual, seja em que forma estiver, o objetivo é a “persecução quanto a qualquer forma de atentado ao sistema de poder enquanto tal”⁴³. Tornou-se recorrente dizer, inclusive, que o Estado seria o “sujeito passivo constante” de todos os crimes e a vítima propriamente dita apenas o “sujeito passivo eventual”.

A exclusão das vítimas como dogma e as práticas restaurativas: dentro ou fora da história das penas?

Os conceitos de dano e bem jurídico, da forma como construídos nos léxicos anglo-saxão e europeu-continental, não representaram um resgate da valorização dos direitos lesados da vítima porque a vítima só seria mediatamente e secundariamente lesada. Como visto, o dano primário seria ao Estado. Tais conceitos representam componente essencial da expropriação do conflito e a ressignificação deste como *crimen laesae maiestatis*.

A elevação do conceito de “bem jurídico” ao posto de referência político-criminal do direito penal europeu se insere no processo de marginalização da vítima e em uma concepção unilateral de pena. “Ao se conceber a vida ou a propriedade da vítima concreta tão somente como objeto da ação, entendendo o bem jurídico ‘vida’ ou ‘propriedade’ de modo abstraído e institucionalizado em respeito à vítima concreta, o bem jurídico já não era algo que pudesse corresponder ao indivíduo”⁴⁴, pois mera abstração individual.

Não se trata apenas da afirmação de “superioridade” do interesse público sobre o individual, até porque tal característica não explica, por si só, o processo histórico de confisco do conflito. A participação ativa dos sujeitos – criminalizados e vitimizados – do conflito em sua resolução é o principal componente que foi excluído da construção social moderna das práticas de censura e suas representações. De acordo com Bourdieu, a “instituição de um ‘espaço judicial’ implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social”⁴⁵.

As vítimas são, de fato, personagens irrelevantes no processo criminal. Foi nesse sentido que Nils Christie se referiu a elas como “duplas perdedoras”, em importante texto⁴⁶. Em suas palavras, os advogados seriam “ladrões profissionais” pois responsáveis por uma arbitrária redução da complexidade – ao determinarem o que é e o que não é relevante – que priva a vítima e a própria coletividade da oportunidade de lidar com seus conflitos.

⁴² DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 209.

⁴³ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 187.

⁴⁴ ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Quadernos de conferencias y artículos*, p. 38.

⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 225.

⁴⁶ CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, London, 17(1), p. 1-15, 1977.

Através da especialização, há a instituição de uma “distância neutralizante” que visa “organizar, segundo formas codificadas, a *manifestação pública* dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais”⁴⁷. No entanto, o que ocorre é que os sujeitos diretamente envolvidos no conflito sequer conseguem acompanhar o desenrolar das etapas do processo, não compreendem a linguagem forense, não sabem, sequer, o que aconteceu.

O próprio reconhecimento do direito como única forma do discurso legítimo implica que “a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento” permaneça desconhecida⁴⁸. Com a profissionalização do sistema de justiça criminal, a vítima, o acusado, seus próximos, todos são apartados da própria possibilidade de compreensão do que se passa e, conseqüentemente, da possibilidade de participação.

Em um primeiro momento, é necessário reconhecer que as vítimas de crimes como “grupo de pressão” em regra exercem a função político-criminal de legitimação da pena, seja protestando “contra a impunidade” e reivindicando o incremento da severidade das sanções, seja reivindicando serviços de natureza assistencial. Por outro lado, há um conjunto consistente de pesquisas que contraria a acepção comum e historicamente construída como pressuposto inquestionável que idealiza nas vítimas de crime uma espécie de gana punitiva desprovida de racionalidade⁴⁹.

No Brasil, em investigação conduzida pela Universidade de São Paulo junto a vítimas de violência doméstica, entre 2009 e 2010, concluiu-se que “não são sentimentos de vingança e desejos de maior punição que necessariamente emergem das falas e das representações das vítimas”. As conclusões do trabalho apontaram que as principais expectativas giram em torno a “expectativas de proteção estatal, resolução do conflito e reparação”⁵⁰. Em outro trabalho de investigação, foram analisadas 486 entrevistas realizadas com acusados e vítimas de homicídio, ou seus familiares, na cidade de Curitiba, Brasil, sendo verificada a ampla pluralidade semântica da noção de “justiça” empregada pelos participantes, impossível de redução a uma concepção unívoca⁵¹.

Parece evidente que a expectativa da vítima não pode ser reduzida *a priori* à vingança e tampouco à mera reparação do dano. Pode-se falar no anseio por uma “experiência de justiça” que pode até assumir a forma de um desejo de vingança, mas não necessariamente, e esse é o ponto sobre o qual o estudo da história da punição deve servir como propulsora de novas possibilidades, e não como fechamento de alternativas.

⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 228.

⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 243.

⁴⁹ Por exemplo, v. BOERS, Klaus; SESSAR, Klaus. Do people really want punishment? On the relationship between acceptance of restitution, needs for punishment and fear of crime. In: **Developments in Crime and Crime Control. German Studies on Victims, Offenders and the Public**. New York: Springer, 1991; BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

⁵⁰ ALVAREZ, Marcos; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; MARQUES DE JESUS, Maria; MATSUDA, Fernanda; SANTIAGO, Caio e CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, p. 86.

⁵¹ GIAMBERARDINO, Andre. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Se a interação entre os sujeitos redundava, como premissa, em guerra civil, pode até ser previsível a aceitação da fundamentação politicamente liberal do direito penal moderno, como limite possível ao arbítrio estatal e voltado à garantia da liberdade individual do cidadão. Trata-se, porém, de uma promessa perenemente vã. Constatou-se que a aposta fundamental da modernidade é fundada em uma ambivalência decisiva: a violência ritualizada e monopolizada seria a única possibilidade de interromper a violência difusa, mimética, mas sendo também violência, funcionaria como um veneno que se converte em antídoto⁵². Porém, como se depreende do conceito de *pharmakon*, só haveria efetivamente antídoto se em doses moderadas, sem excesso, sob pena de tornar a ser veneno, concentrando-se nesta tentativa de contenção todo o esforço do iluminismo penal. Seria realmente possível diferenciar direito e violência, estabelecendo-se distinção estanque entre uma violência legítima, regulada e racionalizada, e outra ilegítima, a ser simplesmente contida? Até que ponto é possível conter algo utilizando instrumento com o mesmo conteúdo do que se pretende conter?

Para o filósofo italiano Eligio Resta, supor que o direito pode regular a guerra, prevalecendo sobre a dimensão da decisão política, é uma ilusão⁵³. A grande aposta seria, esta sim, a construção de um “direito fraterno”, justamente porque não fundado sobre a infligência de violência e na dicotomia “amigo/inimigo”, mas na abertura consciente de espaços à diferença: para tanto, deixando para trás as premissas hobbesianas, o conflito deve ser visto e aceito em sua riqueza e complexidade, e não reduzido às formas de sua regulação tendo por escopo sua supressão. Mas para que isso seja possível, é necessária a revisão historiográfica de premissas decisivas sobre a compreensão do fenômeno da punição.

Embora ignoradas pela historiografia penal, as iniciativas ligadas à justiça restaurativa já ocupam espaço significativo na discussão sobre o futuro do sistema penal e alternativas à prisão. Há práticas culturais milenares em algumas culturas, mas a forma ocidental ganhou lugar somente na segunda metade do século XX, a partir da atribuição de um novo papel para a reparação do dano: primeiramente com Giorgio del Vecchio⁵⁴, em 1965, argumentando que a compensação, inclusive simbólica, seria a única forma de atender às expectativas de justiça da vítima e da coletividade. Em seguida, em 1977, Randy Barnett defendeu a “restituição pura” como um novo paradigma para a justiça penal: o conceito de “crime” seria visto como uma ofensa a direitos de alguém, e não do Estado, consistindo sua forma pura na compensação pelo dano causado sem passar pela imposição de sofrimento ao ofensor⁵⁵. Tudo isso contribuiria de forma mais eficaz para se atingir a fins tais quais a “reabilitação” do acusado sem o recurso à privação de liberdade. Albert Eglash é apontado, justamente, como o primeiro a utilizar o termo “justiça restaurativa” no contexto ocidental⁵⁶, classificando-a como uma terceira possibilidade ao lado das justiças “retributiva” e “distributiva” e caracterizada como *criativa* por contar com a participação dos diretamente envolvidos.

⁵² RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza*, p. 28.

⁵³ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza*, p. 92.

⁵⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. The struggle against crime. In ACTON, Harry Burrows (ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 197-203.

⁵⁵ BARNETT, Randy. Restitution: a new paradigm of criminal justice. In: JOHNSTONE, Gerry (org.). *A Restorative Justice Reader*, p. 50.

⁵⁶ EGLASH, Albert. Creative Restitution: A broader meaning for an old term. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 48, p. 619-622, 1957.

“Restauração”, “restituição criativa”, mediação: a denominação não deve importar tanto, já que “nomes” muitas vezes podem trazer consigo vícios e experiências que não correspondem ao que se pretende. O ponto central e que indica uma ruptura significativa na narrativa histórica das penas está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão.

A justiça restaurativa, em sentido amplo, é em regra definida como conjunto de princípios normativos que, assim como outras teorias, visa responder à questão sobre como deve uma sociedade (re)agir diante do conflito. Há a proposta de se revisar postulados arraigados que estão na base do moderno sistema de justiça criminal. É preciso, justamente, rever o que significa “crime”, o que significa “punir” e qual papel deveria realmente ocupar a vítima no “conflito”. Trata-se de um amplo movimento social global que desafia os tradicionais paradigmas de explicação da punição e da crítica, tendo por fundamentos a ampliação dos espaços democráticos e a construção de novas modalidades de regulação social. Esses movimentos desafiam, também, a própria maneira de se narrar historicamente as transformações pelas quais passa e passará o sistema penal.

Não há um único conceito ou perspectiva. Um possível ponto de partida está na definição adotada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas na Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2012, a qual define as práticas restaurativas como *processo*, “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”.

Similar, a Diretiva 2012/29/UE (União Europeia), de 25 de outubro de 2012, define a justiça restaurativa como “qualquer processo pelo qual a vítima e o ofensor são capacitados, se assim consentirem, a participar ativamente na resolução dos problemas oriundos da ofensa criminal através do auxílio de um terceiro imparcial” (Diretiva 2012/29/UE, art. 2., I, “d”).

A ênfase que associa a restauratividade ao processo e à participação, mais que ao próprio acordo ou resultado, está presente no conceito de Tony Marshall, para quem se trata de um “conjunto de princípios” que delimita um método de resolução de conflitos que envolve as partes envolvidas e a comunidade de um modo ativo e participativo⁵⁷. Trata-se da visão minimalista ou pura, que prioriza a efetiva resolução de conflitos por mecanismos de mediação e traz um conceito de reparação simbólica, não apenas pecuniária.

Nessa perspectiva é necessário, para que se possa falar em restauração, que haja ao menos a tentativa de promoção de um encontro face-a-face entre vítima e ofensor, assim como entre seus respectivos círculos familiares e sociais, e que sejam eles a debater e construir a proposta de acordo de reparação simbólica. Para a perspectiva maximalista, diferenciando-se da minimalista, é admissível a inclusão da coerção à cooperação e possível a ressignificação do processo penal tradicional e da pena estatal sob o prisma da restauração. Em regra, mas não necessariamente, a ênfase acaba se deslocando para a reparação dos danos sofridos sob um prisma compensatório ou restitutivo, mais preocupado com a reparação financeira/pecuniária.

⁵⁷ MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. In: JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**, p. 58.

A importância do encontro é vinculada à relevância da verbalização da própria experiência. Reconhecê-lo é coerente em atentar à construção social da identidade de “vítima” através de processos de comunicação verbal e simbólica. Em pesquisa sobre a experiência das conferências familiares na Nova Zelândia, no âmbito da justiça penal juvenil, constatou-se que apenas um quarto das vítimas participantes afirmaram terem saído “pior” do encontro, e a razão mais frequente dentre estas foi justamente ter tido a percepção de que o adolescente acusado não estava efetivamente “se importando” com os danos que havia causado a eles⁵⁸.

Apesar da crescente importância que têm as iniciativas de justiça restaurativa em diversos países há ao menos cinco décadas, nota-se que elas continuam sendo situadas fora de uma “história penal”. Certamente, este diálogo teórico só será possível se superadas determinadas premissas que valoram negativamente qualquer forma de abertura à participação dos ofendidos no processo criminal. O que precisa ser sublinhado é que ainda que alguns desses acordos de reparação simbólica sejam similares a modalidades já conhecidas de alternativas penais, a grande diferença está na participação ativa dos envolvidos no processo de discussão e decisão.

O reconhecimento da “ofensa” como fratura, ou seja, como lesão que atinge relações humanas e sociais na medida em que viola obrigações de reciprocidade, pode ser aproximado ao horizonte da justificação retributiva da pena. Uma aproximação, porém, que deve ser muito cuidadosa. Há distinções fundamentais para com a perspectiva restaurativa.

A primeira põe em dúvida o pressuposto da necessidade de retorsão do “mal da pena” para se “fazer justiça”. A questão trazida à baila é exatamente se à imputação de responsabilidade deva seguir necessariamente a retorsão do mal: em outras palavras, por que é preciso fazer sofrer? Em segundo lugar, problematiza-se os efeitos diretos e indiretos de exclusão dos envolvidos, apostando-se claramente na capacidade da sociedade em expressar democraticamente novas formas de convivência. Não se trata de substituir o Estado, mas de rearticular o papel do direito para a resolução dos conflitos, com impactos enormes em nossas tradicionais perspectivas quanto à punição.

Considerações finais

A nota característica da democracia moderna, desde meados do século XVIII, foi a busca pela limitação da *voluntas* soberana em nome ou através da *ratio* expressada, sobretudo, pelo direito. Os desdobramentos pós Segunda Guerra Mundial, em particular, consagraram o Estado Constitucional de Direito justamente como forma de defesa do sujeito em face do arbítrio e do totalitarismo.

Todavia, jamais saiu de cena a tensão entre democracia e poder soberano: em nenhum momento se deixou de considerar que a soberania haveria de ser absoluta, sem limitações, sob pena de não ser possível manter a paz e “a ordem”. É aí que entra o penal, e sua retórica de legitimação de que só seria possível manter tal ordem através do confisco do conflito e afastamento das vítimas do processo tradicional.

⁵⁸ MORRIS, Allisson; MAXWELL, Gabrielle. Family Group Conferences and Reoffending In: **Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 243-263.

Há ainda um ponto fundamental sublinhado por Pietro Costa, que é com frequência ignorado: os sujeitos não-proprietários jamais fizeram parte, efetivamente, do “projeto da modernidade”, inclusive da modernidade penal⁵⁹. De fato, a própria história da pena de prisão nos indica relações diretas com mudanças na compreensão do pauperismo, passando da filantropia católica à condenação moral da mendicância por parte do protestantismo, alocando-se mão-de-obra nas casas de trabalho e correção.

O sentido sempre foi substancialmente o de criar uma sociedade de indivíduos capazes de autocontrole e inseridos dentro de um projeto moderno inteiramente construído em torno à noção do *jurídico-proprietário*. Nesse sentido, “o ‘jurídico-proprietário’ afirmado como núcleo central, célula geradora do projeto social em seu conjunto, constituía-se como função da segurança (e vice-versa), celebrava-se como condensação de ‘todo o tempo’ e de ‘toda a civilização’”⁶⁰.

Estabelece-se assim a relação direta entre a condição do sujeito como proprietário e a construção de um projeto social pensado em função da necessidade de segurança. A monopolização do poder de punir, afinal, não concentra no soberano a mera soma das vontades individuais de vingança, mas se apresenta como componente funcionalmente imprescindível à manutenção da ordem e, assim, da conservação do próprio poder soberano.

Compreender tais processos históricos e problematizar premissas equivocadas é imprescindível para a construção de alternativas à violência latente e seletiva dos nossos sistemas penais. E se “a história do ‘penal’ pode ser pensada como a história de uma longa fuga da vingança”⁶¹, a proposta de abertura de espaços racionalizados e civilizados para fala e escuta, por parte de todos os envolvidos em um conflito, parece um caminho coerente e importante.

Referências

ALVAREZ, Marcos; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; MARQUES DE JESUS, Maria; MATSUDA, Fernanda; SANTIAGO, Caio e CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 86, p. 247-288, 2010.

BARNETT, Randy. Restitution: a new paradigm of criminal justice. In: JOHNSTONE, Gerry (org.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 46-56.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Torino: Einaudi, 1965 [1764].

BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. London: Prometheus Books, 2009 [1830].

BOERS, Klaus; SESSAR, Klaus. Do people really want punishment? On the relationship between acceptance of restitution, needs for punishment and fear of crime. In: **Developments in Crime and Crime Control. German Studies on Victims, Offenders and the Public**. New York: Springer, 1991.

BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁵⁹ COSTA, Pietro. **Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico**. 1. Milano: Giuffrè, 1974.

⁶⁰ COSTA, Pietro. **Il progetto giuridico**, p. 288-290.

⁶¹ SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, p. 3.

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **British Journal of Criminology**, London, 17(1), p. 1-15, 1977.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- COSTA, Pietro. **Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classic**. 1. Milano: Giuffrè, 1974.
- COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. Bari: Laterza, 2005.
- COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia**. Curitiba: Juruá, 2007.
- DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio. The struggle against crime. In ACTON, Harry Burrows (ed.). **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 197-203.
- DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. **Ethics**, 101(3), p. 537-559, 1991.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- EGLASH, Albert. Creative Restitution: A broader meaning for an old term. **Journal of Criminal Law and Criminology**, 48, p. 619-622, 1957.
- ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. **Cuadernos de conferencias y artículos Universidad Externado de Colombia**, 18, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1973.
- FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir. Naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- GARLAND, David. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- GIAMBERARDINO, Andre. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí/RS: Unijuí, 2004 [1625].
- HART, Herbert L. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1-27.
- HENDLER, Edmundo. **Las raíces arcaicas del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Great Britain: Penguin Books, 1968 [1651].
- IGNATIEFF, Michael. **A just measure of pain. The penitentiary in Industrial Revolution 1750-1850**. London: McMillan, 1978.
- KOERNER, Andrei (org.). **História da justiça penal no Brasil**. São Paulo: Ibccrim, 2006.

- MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. In: JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 28-45.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario**. Bologna: Il Mulino, 1977.
- MORRIS, Allisson; MAXWELL, Gabrielle. Family Group Conferences and Reoffending In: **Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 243-263.
- NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- PEDROSO, Regina Célia. **Os signos da opressão. História e violência nas prisões brasileiras**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.
- RESTA, Eligio. **La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza**. Bari: Laterza, 1992.
- ROTHMAN, David. **The discovery of asylum. Social order and disorder in the New Republic**. Boston: Little Brown, 1971.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and social structure**. New York: Columbia University Press, 1939.
- SALLA, Fernando. **As prisões de São Paulo 1822-1940**. São Paulo: Annablume, 1999.
- SBRICCOLI, Mario. **Crimen Laesae Maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna**. Milano: Giuffrè, 1974.
- SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, tomo I, p. 3-44. Milano: Giuffrè, 2009.
- SBRICCOLI, Mario. L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale. In: **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**, tomo I, p. 131-154. Milano: Giuffrè, 2009.
- STUART MILL, John. **Utilitarianism**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2001 [1861].
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.