

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIANA AGUIAR DEDAVID

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS:
POR UM DIÁLOGO POSSÍVEL EM MATÉRIA PENAL**

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIANA AGUIAR DEDAVID

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS:
POR UM DIÁLOGO POSSÍVEL EM MATÉRIA PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo

Porto Alegre

2011

A meus pais, por todo o amor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer às pessoas e às instituições que possibilitaram a realização deste trabalho, pelos diferentes sentidos que aportaram ao meu percurso.

Aos meus pais Carlos e Lorena, por ensinarem, com tanto amor, a medida exata entre a mão que acalenta e protege e a mão que impulsiona e dá asas.

Aos meus irmãos Alexandre e Daniel, meus anjos da guarda e fiéis companheiros de viagem.

Aos meus familiares, de sangue e de afeto, pelas histórias, memórias e por toda a vivência que me fizeram ser quem sou.

Aos meus queridos amigos, com quem aprendi a colorir o mundo e com quem divido sempre os pincéis.

Aos colegas do Direito e da Psicologia, bem como às instituições onde realizei estágios, pelas discussões, incursões e construções. Nesses espaços, produziram-se ideias e amizades para toda a vida.

Ao Thiago, pelo novo mundo que temos descoberto juntos, pelo companheirismo e pela compreensão nesse momento tão intenso.

Ao professor Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, pela orientação neste trabalho e pela dedicação e confiança depositadas ao longo de todo o curso de Mestrado.

Aos professores Dr. Salo de Carvalho e Dra. Beatriz Aginsky, pelo diálogo profícuo e pelas providenciais sugestões para a melhoria desta pesquisa.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela qualidade do ensino e pela defesa da educação enquanto instituição crítica e instauradora de novas possibilidades.

Se é que há um contrapeso ao poder de sedução das ideologias, esse não se encontra nas potências da razão em elaborar argumentações e contra-argumentações, mas na potência da razão em perceber inequivocamente os seus próprios limites: a posição insubsumível da alteridade do outro.

— Ricardo Timm de Souza

RESUMO

O presente trabalho propõe-se ao estudo da Justiça Restaurativa como novo modelo de administração dos conflitos em matéria penal, a partir do diálogo com a temática dos Direitos Humanos. Considerando os apontamentos da Teoria Crítica do Direito e da Criminologia crítica, situamos a Justiça Restaurativa junto ao Direito Penal mínimo, a partir da introdução de uma racionalidade ética à racionalidade jurídica. Como modelo comunitário, participativo e dialogal, a Justiça Restaurativa parece abrir novos caminhos no campo sinuoso da conflitualidade social e sustenta-se pela necessária tutela dos Direitos Humanos diante das prerrogativas do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Direitos Humanos; Teoria Crítica do Direito; Criminologia Crítica, Direito Penal Mínimo.

ABSTRACT

This research aims to study Restorative Justice as a new administrative model for conflicts in criminal matters, coming from a dialogue with Human Rights. Considering the concepts brought by the Critical Theories of Law and Critic Criminology, we place the Restorative Justice model within the Minimum Criminal Law, with the introduction of an ethic rationality to the rationality of law. As a communitarian, participative and dialogical model, Restorative Justice seems to open new avenues in the sinuous field of social conflict and is sustained by the necessary protection of Human Rights as a prerogative of the Democratic Rule-of-Law State.

Key-words: Restorative Justice, Human Rights; Critical Theories of Law; Critic Criminology, Minimum Criminal Law.

LISTA DE SIGLAS

CNV – Comunicação Não-Violenta

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Penal

CPR – Central de Práticas Restaurativas

DH – Direitos Humanos

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

DIP – Direito Internacional Público

ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

FASE – Fundação de Atendimento Socioeducativo

JR – Justiça Restaurativa

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

UE – União Europeia

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

UNODC – Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime

LISTA DE QUADROS

Quadro 1. Procedimentos da Justiça Restaurativa.....	68
Quadro 2. Valores da Justiça Restaurativa	71
Quadro 3. Efeitos para a vítima	83
Quadro 4. Efeitos para o infrator	84
Quadro 5. Resultados da Justiça Restaurativa	85
Quadro 6. Comparação entre Direito Penal, Reabilitador e Restaurativo	94

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I – FUNDAMENTOS PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA: TEORIA CRÍTICA DO DIREITO, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DIREITOS HUMANOS	
1. O PAPEL DO DIREITO NO SOCIAL: ORIGENS SIMBÓLICAS, AFIRMAÇÃO COMO CIÊNCIA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO	16
1.1. O Direito como aparato simbólico	17
1.1.1. <i>Origens do simbolismo da justiça</i>	17
1.1.2 <i>A justiça na Modernidade: A afirmação da Ciência do Direito</i>	21
1.2. O fenômeno da judicialização dos campos político e social	26
2. DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS: INTERSECÇÕES A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	36
2.1. Teorias de Direito Penal e Criminologia	36
2.1.1. <i>O Direito Penal a partir da Criminologia Clássica</i>	36
2.1.2. <i>O Direito Penal a partir da Criminologia Crítica</i>	41
2.2. Política criminal: desdobramentos práticos a partir das teorias de direito penal	52
2.2.1. <i>Direito Penal Máximo: Política da Tolerância Zero e Gerencialismo</i>	55
2.2.2. <i>Direito Penal Mínimo: Garantismo e Abolicionismo</i>	57
2.3. Direitos Humanos	60
PARTE 2 – JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS: POR UM DIÁLOGO POSSÍVEL EM MATÉRIA PENAL	
3. O MODELO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	65
3.1. Por uma aproximação do conceito de Justiça Restaurativa	66
3.2. Procedimentos em Justiça Restaurativa	69
3.3. Valores e Fundamentos da Justiça Restaurativa	74
3.3.1. <i>Diálogo: A função da palavra</i>	76
3.3.2. <i>Arrependimento e perdão: A busca pelo entendimento</i>	81
3.3.3 <i>Coesão social: integração da vítima e da comunidade</i>	84

3.4. Objetivos e Efeitos da Justiça Restaurativa	87
3.5. Legislação e Diretrizes internacionais em Justiça Restaurativa	91
4. JUSTIÇA RESTAURATIVA, DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITOS HUMANOS: ALINHAVANDO SENTIDOS E POSSIBILIDADES	98
4.1. Justiça Restaurativa e Direito Penal Mínimo	98
4.2. Justiça Restaurativa e Direitos Humanos	101
4.3. Aplicação da Justiça Restaurativa: Críticas e possibilidades	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS	113
ANEXOS	121

INTRODUÇÃO

A partir da implementação do Estado Democrático de Direito, o discurso jurídico desponta como a instituição simbólica mais fortemente buscada e creditada para a regulação das relações sociais (GARAPON, 1997). Devido a seu alto valor na cultura, muitos conflitos de ordem política e social, que poderiam ser gerenciados na esfera administrativa e comunitária, terminam utilizando-se do sistema judicial para a sua resolução. Esse fenômeno, produto da cientificação do saber jurídico a partir do marco da Modernidade, tem sido chamado de *judicialização da política e das relações sociais* (VIANNA, 1999), sendo o poder judiciário o foro privilegiado para a administração dos conflitos sociais na atualidade.

Nesse sentido, parece importante a reflexão acerca do papel do Direito na cultura e dos efeitos da *judicialização das relações sociais*. Pensando-se especialmente na esfera penal, vemos que o saber jurídico e o contexto judicial mostram-se insuficientes para abarcar a *complexidade*¹ do fenômeno do delito. Na sua função primeira de controle social, isto é, de redução da reincidência, reparação do dano e resposta à sociedade, o sistema jurídico, auto-centrado, normativo e dogmático, vê-se incapaz de prosperar sozinho.

Se vamos além e pensamos em respostas não-punitivas do Estado, vemos que o sistema jurídico aparece como apenas uma das formas possíveis dentro de um rol de alternativas viáveis para o enfrentamento dos conflitos produzidos em sociedade. Ao se propor uma abertura em relação à gestão da política criminal, faz-se necessário inserir na discussão outras modalidades de administração de conflitos em matéria penal, visando a superação da recorrente busca por teorias de justificação da pena e buscando uma maior aproximação entre as partes envolvidas no conflito, resgatando o singular da palavra de cada um e privilegiando o seu entorno social.

Nessa busca, vemos que o modelo da Justiça Restaurativa, modelo em construção, mostra-se como uma das alternativas que propõem uma crítica ao dogmatismo jurídico e ao

¹ Nesse sentido, estamos de acordo com Salo de Carvalho em relação à complexidade dos fenômenos: “A importância da teoria pós-moderna é demonstrar que para problemas complexos fundamental construir mecanismos complexos de análise, avessos às respostas binárias, unívocas e universais, bem como alheios à pretensão de verdade inerente à vontade de sistema que orienta os modelos científicos modernos.” CARVALHO, Salo de. *Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCCRIM, Ed. Revista dos Tribunais, p. 293-338, ano 17, n. 81, nov-dez 2009. p. 320.

sistema punitivo, além de devolver a voz aos atores sociais envolvidos no delito, para que, em conjunto, possam pensar nas medidas do dano e na sua subsequente ressignificação. A noção de restauratividade diz respeito à restauração das relações sociais maculadas com o conflito, de modo que a prática restaurativa visa a oferecer formas de amenizar o dano causado, seja a partir da responsabilização do ofensor, seja a partir do envolvimento da comunidade.

As práticas restaurativas tiveram origem em contextos sociais onde era necessário pensar-se em um modo informal de administração de conflitos para situações específicas, muitas vezes em caráter temporário. Em muitas comunidades indígenas ou em regiões onde são marcantes as diferenças étnicas e culturais, as práticas restaurativas foram o modo encontrado pela comunidade para compor o conflito.

Em âmbito internacional, um exemplo notório de aplicação de práticas restaurativas é o da Comissão para Verdade e Reconciliação na África do Sul, organizada para responder à série de violações de Direitos Humanos praticadas pelo governo do Partido Nacional no regime do *Apartheid*. Embora estruturada por comissões internas, compostas por membros da comunidade, a experiência foi um marco, assim como Nuremberg, na instauração de tribunais *ad hoc* para solucionar crimes de caráter internacional em contextos de transição política. A abordagem pacífica, dialógica e comunitária utilizada naquele momento para a administração dos conflitos, ainda que de forma incipiente, dá um matiz das possibilidades a serem consideradas para a construção de uma política internacional em Direitos Humanos que se utilize dos ideais restaurativos.

À medida que a utilização das práticas restaurativas foi se ampliando para outros contextos, começou-se a pensar em sua teorização como modo de borderar a heterogeneidade e informalidade de suas práticas, surgindo, assim, a proposição de uma *Justiça Restaurativa*, como campo de estudo e sistema normativo.

Atualmente, já temos, em nível internacional, a Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas², que estabelece os Princípios básicos para o uso de programas de justiça restaurativa em matéria penal. Essa regulação dá corpo ao entendimento da Justiça Restaurativa como via possível para a resolução de conflitos, pois, além de convergir com as diretrizes de Direitos Humanos, aponta a necessidade de buscar novos meios para o enfrentamento dos conflitos diante da crescente demanda jurisdicional em matéria penal.

² Para ver o conteúdo completo da Resolução, ver ANEXO 2.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo apresentar o modelo da Justiça Restaurativa em material penal, articulando-o a tutela dos Direitos Humanos enquanto prerrogativa do Estado Democrático de Direito. Para esse tensionamento, serão tomados como base os questionamentos introduzidos pela Teoria Crítica do Direito e pela Criminologia Crítica.

Para melhor sistematização, o trabalho está dividido em duas partes. A primeira apresentará os fundamentos para a Justiça Restaurativa a partir da teoria crítica do Direito, da Criminologia crítica e dos Direitos Humanos. No primeiro Capítulo, far-se-á uma análise mais ampla do papel do Direito na contemporaneidade, a partir da proposição de uma genealogia do Direito, que passará por suas origens como aparato simbólico, pela afirmação da Ciência do Direito na Modernidade a partir do racionalismo jurídico e, por fim, pelo fenômeno da judicialização do político e do social na atualidade.

No segundo Capítulo, será abordado especialmente o sistema penal e sua interlocução com os Direitos Humanos. Primeiramente, será feita a análise de algumas teorias de Direito Penal, tanto no campo dogmático-normativo como no campo criminológico, diferenciando as visões clássica e crítica do Direito Penal. Após, serão analisados os desdobramentos práticos das políticas criminais na atualidade, com o apontamento de uma possível crise do sistema e a proposição de novas racionalidades para a administração dos conflitos em material penal. Para tanto, será feito um breve resgate dos fundamentos dos Direitos Humanos como base e fundamento do Estado Democrático de Direito, a partir do qual entendemos sustentar-se a aplicação da Justiça Restaurativa.

Na segunda parte do trabalho, passaremos, então, a análise relacional entre Justiça Restaurativa e Direitos Humanos, como encontro possível para viabilizar a administração dos conflitos em matéria penal dentro dos pressupostos constitucionais. O modelo da Justiça Restaurativa será apresentado no terceiro Capítulo, a partir de suas origens, conceitos, fundamentos, princípios, objetivos e efeitos trazidos para os participantes, colocando as proposições valorativas da Justiça Restaurativa em diálogo com a Filosofia, a Sociologia e a Psicologia. Por fim, será realizada uma breve contextualização de experiências legislativas e diretrizes internacionais relacionadas ao tema.

Por fim, o último Capítulo apresentará a pretendida aproximação entre Justiça Restaurativa, Direito Penal mínimo e Direitos Humanos, a partir da costura de seus sentidos e possibilidades. Nesse ponto, serão consideradas as críticas e as intersecções possíveis em relação à temática da Justiça Restaurativa em matéria penal e a tutela dos Direitos Humanos. Pela potência dos questionamentos introduzidos pela Justiça Restaurativa, como prática de

origem difusa, comunitária e, em um primeiro momento, à margem do sistema legal estatal, buscaremos pensar em outras vias possíveis para a resolução de conflitos em matéria penal.

Vemos que a teorização e a adequação da Justiça Restaurativa aos sistemas legais assumem contornos bastantes variáveis, pois seus fundamentos advêm de distintas correntes filosóficas, sociológicas e políticas, podendo a prática restaurativa justificar-se por motivos como a valorização da vítima, a responsabilização do acusado, a autonomia da comunidade e a possibilidade de diálogo entre os atores sociais.

Importante referir que a justificação do presente trabalho não está na proposição de um novo modelo de administração de conflitos que dê conta da complexidade do fenômeno do delito. Presta-se, antes, a uma reflexão sobre o saber jurídico e seus efeitos na cultura, especialmente no que se refere ao sistema penal e às formas de controle social pelo Estado. A presente pesquisa tem como mote abrir os estudos do campo jurídico para outros campos de saber, como a Sociologia, a Filosofia e a Psicologia, com base em um estudo que possa ir além das concepções dogmático-normativas do Direito e que possa abordar de maneira crítica o fenômeno do delito e suas vias de enfrentamento.

PARTE I – FUNDAMENTOS PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA: TEORIA CRÍTICA DO DIREITO, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DIREITOS HUMANOS

1. O PAPEL DO DIREITO NO SOCIAL: ORIGENS SIMBÓLICAS, AFIRMAÇÃO COMO CIÊNCIA E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Neste Capítulo, buscaremos problematizar a função do Direito na cultura, como corpo simbólico produtor de saberes por meio do discurso jurídico e das instituições judiciais³. A partir da proposição de uma genealogia dos simbolismos do Direito e da análise da sua afirmação como ciência, enfrentaremos a questão da *judicialização das relações políticas e sociais*, fenômeno que produz efeitos no modo como se gerenciam os conflitos sociais.

Para tanto, primeiramente, abordaremos a questão do Direito enquanto aparato simbólico, construído desde a Antiguidade como lugar privilegiado para a resolução de conflitos. Depois, passaremos à análise da produção da ciência do Direito, construída com base no racionalismo e nos ideais da ciência introduzidos pela Modernidade, afirmando-se, assim, como entidade simbólica autônoma. Por fim, trataremos do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, produto da Contemporaneidade, que passa a ver o Direito como a única instância legitimada para a resolução dos conflitos de qualquer ordem, mesmo os políticos e sociais.

A contextualização acerca do lugar que o Direito ocupa no social parece importante para dar a conhecer as bases sobre as quais se assentam os novos modelos de administração da justiça, cujas proposições, embora fundamentadas no Direito, muitas vezes questionam o

³ Desde um ponto de vista sociológico, o direito, ou o fenômeno jurídico, pode ser entendido como composto de dois aspectos inseparáveis entre si. Em primeiro lugar o direito como discurso, ou seja, como unidade de significação ou prática enunciativa; e em segundo lugar o direito como conjunto de aparatos especializados que lhe servem de suporte, como campo social em que se produz e se negocia esse discurso. (...) são dois aspectos indissociáveis, uma vez que o discurso ou a razão jurídica não existe à margem do lugar social ou da rede de relações em que emerge, e se existe esse lugar social é precisamente devido a essa razão jurídica que ali se constitui, se produz e se negocia como tal. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas*. In: Ruth Gauer (org.). **Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

seu papel ou a sua abrangência. Nesse sentido, antes de adentrarmos, especificamente, na temática da Justiça Restaurativa, como modelo de justiça que extrapola os limites do espaço judicial e do discurso jurídico, consideramos relevante entender o que são o espaço e o discurso do Direito.

1.1 O DIREITO COMO APARATO SIMBÓLICO

Assim como as simbologias do Direito foram sendo construídas a partir dos diferentes contributos ideológicos atinentes a cada período no tempo, também a forma de sistematização e aplicação do Direito foi se alterando conforme se modificava a maneira de conceber o mundo. Nesse sentido, passaremos a análise do Direito a partir dos seus simbolismos, como forma de compreender os seus fundamentos e a sua importância no social.

1.1.1 Origens do simbolismo judiciário

Para uma reflexão acerca do papel do Direito na Contemporaneidade, tomamos como ponto de partida a identificação do seu *status* como instituição simbólica, de forma que compartilhamos do entendimento de Derrida (2007, p. 21) ao postular que nós não obedecemos às leis porque elas são justas, e sim porque têm autoridade. E a autoridade das leis, para o autor, reside tão somente no crédito que nós as oferecemos, de modo que se justifica a alusão que ele faz ao caráter místico – simbólico – das leis: “Nelas acreditamos, eis o seu único fundamento”. Sendo assim, o sentido das leis e do Direito, parte, primordialmente, de uma crença simbolizada socialmente.

A fim de compreendermos a gênese desse *status* simbólico conferido à lei e, mais amplamente, ao Direito, viemos propor um regaste histórico da genealogia do judiciário, isto é, das origens da construção desse espaço social utilizado para dirimir os conflitos. Segundo os ensinamentos de Antoine Garapon (1997, p. 25), o espaço utilizado socialmente para este fim foi criado muito antes de existirem leis, direito, juízes e palácios da justiça formalmente estabelecidos. Ele surge, inicialmente, na forma de um ritual, e, durante muito tempo, não

passou de um repertório de gestos, palavras, fórmulas e discursos, destinados a dar expressão aos conflitos sem pôr em perigo a ordem e a sobrevivência do grupo.

Garapon, ao enfrentar a temática do *simbólico judiciário*, busca resgatar as matrizes históricas do espaço simbólico do judiciário na sociedade, por entender ser esse o prefácio indispensável à descrição do espaço que a sociedade contemporânea – democrática – confina ao sagrado. O primeiro gesto da justiça teria consistido em delimitar um lugar, isto é, em circunscrever um espaço propício à sua realização. Nesse sentido, a escolha de um determinado espaço para a realização do ritual judiciário seria o estatuto primeiro do *simbólico judiciário* e estaria relacionada aos diferentes registros sociais predominantes em cada época, como a cosmologia, mitologia, religião e história.

Considerando esses registros conforme uma linha temporal, em um primeiro momento, vê-se que o simbolismo judiciário estaria orientado por um *contributo cosmológico*, de modo que teria retirado a sua força da natureza, ao se levar em conta que a definição dos locais da justiça não advinha de uma escolha dos homens, mas antes de um desígnio dos deuses. O contributo cosmológico é que deu sentido, por exemplo, ao simbolismo da árvore enquanto ente sagrado e elemento onipresente na justiça. A presença frequente das árvores no palo judiciário dever-se-ia ao fato de que estas atrairiam a graça divina e a transmitiriam aos magistrados que se sentam à sua sombra.

A esses exemplos de utilização do contributo cosmológico no simbolismo judiciário, seguem-se outros descritos por Garapon, como uma sebe de ramagens erguida no exterior das cidades tendo constituído a primeira delimitação de um espaço de justiça no Ocidente. Esta cintura vegetal cumpria uma função jurídica, pois demarcava claramente os espaços, diferenciando o mundo exterior – onde os conflitos podiam eclodir e desenvolver-se – do lugar privilegiado para a sua resolução. No interior deste cercado, reinava uma ordem especial e obrigatória isenta de qualquer forma de violência, estando os discursos e comportamentos sujeitos à vigilância da audiência. Dessa demarcação espacial é que teria derivado a origem do *parquet*, designando o recinto delimitado por barreiras e gradeamentos, no seio do qual se sentavam tanto as gentes do rei como os oficiais de diligências ou advogados.

No mesmo sentido, as primeiras casas da justiça da Idade Média teriam tomado como inspiração o simbolismo cosmológico para organizar o espaço, dividindo-o em duas partes: o baixo piso, que albergava os calabouços, e o piso superior, onde se situava o auditório. Para Garapon, os palácios da justiça contemporânea ainda guardam vários elementos deste primeiro registro simbólico, a começar pela barreira e pelo *parquet* inicial, sempre em madeira até a um período recente.

Em um segundo momento, à medida que a Igreja afirma o seu poder social, o simbolismo da justiça vai buscar suas fontes no *contributo religioso*. A justiça, nos termos de Garapon, cristianiza-se, não tanto para consagrar uma nova ordem jurídica, mas para mostrar os seus limites e recordar à humanidade uma função que continua a ser essência divina. Esse novo contributo não traz diretamente a ideia de que a justiça é divina, acredita, antes, que os juízes são homens aos quais se incumbe uma tarefa sobre-humana e para a qual devem se tornar dignos. Este simbolismo funciona, ao mesmo tempo, como unção e sanção, pois não só autoriza, como também ameaça, ao lembrar aos juízes os riscos que correm ao exercerem na terra uma função divina, até então reservada unicamente a Deus.

O simbolismo religioso destinou-se, primeiramente, aos juízes, de modo que os primeiros destinatários dessa força simbólica eram, efetivamente, os profissionais da justiça. Como exemplo desta aplicação, temos os símbolos religiosos (crucifixos ou relicários) dispostos em frente aos olhos do juiz na sala de audiência, de forma a lembrar-lhe a ética de sua função. Seguidamente, a imagem de Cristo emergia por detrás do assento do magistrado, criando um eixo de simetria com a pessoa do juiz que orientou progressivamente o espaço judiciário. Depois, com a apreensão do simbolismo pelo público, a ideia dos símbolos dispostos no espaço da sala de audiência se mantinha. Os símbolos recordavam a todos – a começar pelo juiz – que os fundamentos da justiça eram exteriores ao mundo terrestre e que Deus, ao reservar para Si o julgamento final das coisas e das pessoas, garantia o seu bom funcionamento.

Ao mesmo tempo em que fundamentava o poder de julgar e a responsabilidade do juiz, essa delegação divina estabelecia a independência dos mesmos face à autoridade política. A possível condenação do mau juiz servia para estabelecer a própria ideia de justiça. O juiz poderia ser bom ou mau, mas a justiça em si estaria para além de tais contingências, visto que não pode estar incluída nas leis nem ser totalmente confiada às pessoas. A justiça não é boa nem má, é princípio de separação entre o bem e o mal. Portanto, a condenação do juiz era entendida como a última vitória da justiça, pois inferia a transcendência da justiça, que se sobrevinha às falhas humanas.

Sobre esse momento, Ruth Gauer (p. 105-106) leciona que o universo medieval era fechado, finito, esférico e hierarquizado e mantinha-se atrelado aos contributos cosmológicos e religiosos para a explicação dos fenômenos. Dessa forma, todas as instituições sociais, incluindo-se aí o judiciário, pautavam-se segundo esse entendimento do mundo, que estava submetido às forças da natureza e aos dogmas religiosos.

É no século XVII, a partir dos estudos matemáticos e filosóficos de Bacon, Galileu e Descartes, que se vai propor um domínio do homem sobre a natureza como forma de dominá-la, assinalando a morte do universo medieval e de sua *consciência* de um *mundo fechado*. A teoria de Galileu seria o marco dessa ruptura com o medievo, pois cria um universo *infinito* e, portanto, *aberto*. A dimensão religiosa do saber medieval – hermético e total – foi quebrada ao introduzir-se uma separação entre razão e fé, de modo que a verdade reveladora não podia mais ser confundida com a ciência (GAUER, p. 106).

A ideia de um espaço finito, ao ser substituída pela ideia de um espaço infinito, a partir do deslocamento da Terra como o centro do mundo, subverte a maneira de pensar. O homem passa a viver em um mundo onde ele não é o centro, visto que o céu abriga inúmeros mundos. Esse deslocamento espacial produz uma reflexão sobre a posição do homem no mundo, bem como sobre a posição do que é considerado sagrado. Sobre a nova geometria especial introduzida por Galileu, Gauer (p. 106) dirá:

A geometria de Galileu eliminou os espaços heterogêneos (Céu-inferno) e criou espaços homogêneos, despojados de qualidades e passíveis de serem quantificados, mensurados, enquanto uma nova geometria espacial. Podemos arriscar dizer que Galileu criou a gênese do espaço democrático, uma vez que para ele todos os espaços se equivalem.

Com a publicação de *Discurso sobre o método*, René Descartes propõe uma nova ordem epistemológica para a apreensão do conhecimento, dando impulso a uma nova visão de mundo que marca até hoje a história da filosofia da ciência (*revelação cartesiana*⁴). Sua obra teria levantado questionamentos sobre a possibilidade de pensar o mundo e se pensar no mundo sem a influência das interpretações eclesiais das sagradas escrituras, realizadas pela mais alta cúpula da Igreja Católica (ACHUTTI, 2009, p. 25).

Da submissão aos desígnios naturais e religiosos, ancorados em Estados teocêntricos, passou-se, então, a controlar os efeitos da atuação da natureza sobre o homem, a partir de medições, quantificações e análises matemáticas, dotadas de rigor científico. A laicização do Estado, além de conferir ao judiciário estatuto simbólico próprio, traz consigo efeitos na forma de conceber e aplicar a justiça, instituição que também passa a submeter aos pressupostos da ciência e ao racionalismo jurídico, conforme passaremos a analisar.

⁴ Expressão utilizada para referir-se ao marco epistemológico no campo da ciência introduzido pelo método cartesiano, a partir da publicação de *Discurso sobre o Método*, em 1637. Em CAPRA, Fritjot. **O ponto de mutação**. ed. 24. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 52-56.

1.1.2 O Judiciário na Modernidade: A afirmação da Ciência do Direito a partir do racionalismo jurídico

A partir da Modernidade, o *simbólico judiciário* emancipa-se para se tornar expressão de uma virtude e de uma instituição autônoma, dotada de *capital simbólico próprio* (GARAPON, 1997). Nesse sentido, passa-se de uma heteronomia para uma autonomia simbólica, visto que a justiça já não se socorre mais da cumplicidade do sobrenatural, nem apela à confiança do religioso: só conta com a sua própria grandeza. A figura do palácio da justiça como *templo*, no início do século XVII, consagra essa emancipação: o judiciário fundamenta-se a si próprio.

A autonomia simbólica do judiciário, ao afirmar-se como instituição autolegitimada, vem ao encontro desse novo paradigma introduzido a partir da laicização do Estado, levando à chamada *secularização* do direito. Conforme Amilton e Salo de Carvalho (2002, p. 5), o termo *secularização* é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas, mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s). A proposição filosófica de Descartes, a partir da divisão entre *res cogitans* e *res extensa*, é de que é possível explicar o mundo sem qualquer influência do observador humano, de forma objetiva e universal (CAPRA, 1983, p. 50), através do método científico.

O método cartesiano de ciência introduziu um determinismo rigoroso que passou a pautar a análise dos fenômenos, de modo que tudo passa a ser passível de explicação através da noção de causa-e-efeito: o futuro de qualquer parte do sistema poderia – em princípio – ser previsto com absoluta certeza se se conhecesse em todos os detalhes seu estado em determinada ocasião (ACHUTTI, 2009, p. 26). Sobre este novo momento, Achutti (2009, p. 29) diz que, ao desencantar o mundo e despi-lo dos mitos que o configuravam, a ciência atribuiu a si o local privilegiado de revelação da verdade e, ao fazer isso, mitificou-se. Substituiu-se um mito pelo outro; agora, a racionalidade científica tentar dar conta de explicar todos os fenômenos do mundo.

A introdução da ciência como forma de apreensão dos fenômenos, afastando a ideia do conhecimento submetido a dogmas sobrenaturais ou religiosos, produziu seus efeitos também na área do direito, que viu, na secularização, a sua emancipação da moral.⁵ Para Canotilho

⁵ O termo *moral* é empregado nesse contexto em correspondência ao significado de *ideologia (moral ideológica, dogmática)*, diferenciando-se da definição do termo na filosofia grega, para a qual o significado da expressão

(*Apud* CARVALHO & CARVALHO, 2002, p. 6-7), teria sido a secularização do direito que, substituindo a noção de direito divino pela “natureza ou razão das coisas”, originou uma concepção laica do direito natural.

A partir daí, observamos a formulação de uma ciência do Direito que propõe se legitimar pelo racionalismo, ao abandonar os dogmas religiosos, inquestionáveis, em favor de postulados racionalistas, justificados pela ciência. O racionalismo introduz uma cisão entre direito e moral e dá as bases para a instauração do positivismo jurídico, cujas proposições são bem representadas pela *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen (1935). Nessa obra, Kelsen postula que a validade de uma norma só se pode dar pela validade de outra norma. No entanto, essa relação não pode ser recursiva e interminável, devendo a validade ser garantida por uma norma *pressuposta* como mais elevada: a norma fundamental (*Grundnorm*). A partir dessa lógica, o sistema jurídico é concebido como autolegitimado, pois a sua validade é dada pela própria normatividade das leis.

A autolegitimação do sistema jurídico, como concebida por Kelsen, parece relacionar-se à ideia da autonomia simbólica da justiça trazida por Garapon, conforme já analisado no item anterior deste trabalho. A casa de justiça, que, nesse contexto, passa a ser reconhecida como *templo da lei*, tem o seu simbolismo representado como uma alegoria, cujo exemplo mais popular é a uma mulher com os olhos vendados, transportando numa mão um gládio e na outra uma balança. Os olhos vendados da figura representativa da justiça manifestam a laicização do *simbólico judiciário*, pois, ao obstar a qualquer jogo de imagens, a justiça encontra sua virtude apenas em si mesma. Desse modo, a representação da justiça daria a entender que sua legitimidade é completamente interior, pois não há mais a necessidade de dar a conhecer as suas próprias justificações.

O Direito, que passa a operar conforme os pressupostos da ciência, também se vê fundamentado em uma lógica de auto-suficiência e autoprodução: códigos, leis e artigos são tratados como imperativos legais na aplicação do direito, o que, para Achutti (2009, p. 42), “resultou em pouca (ou nenhuma) reflexão acerca do fenômeno jurídico enquanto fato social, cultural, histórico, político, *etc*, ou seja, enquanto um fenômeno essencialmente transdisciplinar”. Essa codificação também se estenderia ao ensino jurídico, influenciando juristas de várias gerações no sentido de considerar a norma como a Justiça em si.

O positivismo jurídico de Kelsen, ao propor uma teoria da autonomia da normatividade jurídica, estaria, no entendimento de Franco de Sá (2004, p. 114), na defesa de

moral guarda estreita relação com o significado de *ética*. Nesse sentido, ver COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

um encerramento do direito sobre si mesmo. Esses fechamentos e distanciamentos parecem ser produtos do próprio modo de construção da ciência positivista, cujo método se baseia na delimitação do objeto de observação/pesquisa, no isolamento de variáveis, na simplificação da realidade e na especialização das áreas a fim de explicar os fenômenos com maior acurácia. Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 54), sobre o determinismo do método científico e a sua redução da complexidade da realidade em categorias analisáveis e replicáveis, dirá:

(...) um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro. Segundo a mecânica newtoniana, o mundo da matéria é uma máquina cujas operações se podem determinar exatamente por meio de leis físicas e matemáticas, um mundo estático e eterno a flutuar num espaço vazio, um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via da decomposição nos elementos que o constituem.

Desse modo, cada área de conhecimento passa a se especializar, criando um movimento natural para dentro da sua própria disciplina, em detrimento de um conhecimento mais generalista, que necessitaria de um movimento para fora, uma abertura, uma aproximação com outras disciplinas. Foucault (1975/2009, p. 209), sobre esse processo, explica:

Historicamente, o processo pelo qual a burguesia se tornou no decorrer do século XVIII a classe politicamente dominante, abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, e através da organização de um regime de tipo parlamentar representativo. Mas o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares constituíram a outra vertente, obscura, desse processo. A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípio igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos e físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas.

Além da especialização em disciplinas, a construção do conhecimento na Modernidade reinstaura uma concepção de busca pela *verdade de todas as coisas* (já presente no período medieval) que, desde então, domina a prática científica do mundo ocidental, excluindo quaisquer outras formas de saber não racional e espalhando-se por todos os campos do conhecimento (ACHUTTI, 2009, p. 28-29). Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos e Ricardo Timm de Souza, respectivamente, postulam:

Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. (SANTOS, 2002, p. 61)

O ser humano acabou por fazer da ciência a sua verdade racional, tendendo, especialmente na cultura ocidental, a fazer dela o seu ídolo ao qual tudo mais – especialmente outras formas de racionalidade – é sacrificado. (SOUZA, 2004, p. 34)

Como se vê, as críticas dirigidas ao racionalismo científico – que se replica no campo jurídico – se relacionam à sua pretensão de totalidade na explicação dos fenômenos, deixando de fora outras formas de apreensão do conhecimento e tornando-se tão sagrado como os antigos dogmas que norteavam a sociedade antes da modernidade.

Em relação à simbologia desse novo momento, Garapon (1997) dirá que, mesmo a arquitetura dos *templos* da justiça passa a se organizar em torno da distância em relação aos demais saberes, manifestada pela altura dos edifícios e pela ruptura com a ordenação da rua. A antiga casa da justiça era integrada em uma rua, já o *templo* se apresenta agora separado do resto da cidade, mas, ainda assim, situado no seu centro. Surge, então, um sagrado tipicamente judiciário que marca a sua distância face à religião. Nem religioso nem propriamente real, antes ambas as coisas ao mesmo tempo, assiste-se a uma insistência tardia do simbolismo sobre a sacralização da virtude da justiça. O *templo*, então, assinala a conclusão de um processo de *distanciação interna*. O seu modelo afirma-se à medida que a religião vai deixando de ser a referência incontestada da ordem social.

De fato, a construção do templo da justiça, como entidade autônoma, produz experiências como a separação e a sacralização, vislumbradas a partir da disposição espacial dos palácios da justiça. O simbolismo da separação expressa-se pelo espaço fechado, dividido e simétrico dos tribunais, que acentua a diferenciação entre o sagrado espaço judiciário e o espaço profano da cidade. Da mesma forma, a divisão dos espaços dentro do templo da justiça demarca o lugar e a função de cada personagem no ritual judiciário, nos termos de Garapon (1997). Foucault (2007, p. 38-39) se utilizará do mesmo conceito para explicar essa lógica discursiva, ao dizer que o ritual:

(...) define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem e os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos.

No espaço judiciário, como se vê, existe um *script* rigoroso pautado na tradição, que dita as regras do “teatro” que configura o processo judicial. Nesse sentido, o ritual forense impõe restrições ao falar e ao próprio movimento dentro da sala de audiências, ou seja, ninguém está autorizado a dizer o que bem entende, da forma que bem quer – há mecanismos que controlam a forma e o próprio acontecimento discursivo (GOULART, 2009, p. 1). As matrizes do ‘Direito Canônico’ ganharam nova embalagem, mantendo, contudo, seu

hermetismo e multiplicidade de métodos (ditos) científicos, a censura e o adestramento sobre o que pode e deve ser dito (ROSA, 2006, p. 32).

Nesse sentido, a ordem também é um simbolismo trazido pelo ritual judiciário, visto que se trata de um espaço à parte e obrigatório para os seus ocupantes; um espaço organizado e hierarquizado, inteiramente constituído pelo vazio e pelo interdito; enfim, um espaço à imagem da lei. Para Garapon (1997), esse espaço realiza, na imperfeição do mundo e na corrupção da vida, uma perfeição temporária e limitada: “Como qualquer espaço sagrado, constitui-se em contraponto ao caos do mundo profano, homogêneo e neutro, que nenhuma ruptura vem diferenciar.”

Este novo aparato simbólico do Direito testemunha uma reorganização que prepara silenciosamente o advento da democracia. O palácio da justiça torna-se um ponto de referência para a nossa sociedade que, diz-se, carece de sentido. O positivismo dos séculos XIX e XX serviu-se dessa mesma linguagem simbólica para conferir à lei os traços da virtude da justiça e ao legislador a qualidade de arquiteto de um novo mundo. Já se prescinde da figura do monarca e do papa como expressões máximas da justiça, convertendo-se sem dificuldade os antigos templos religiosos e reais em *templos da lei* (GARAPON, 1997).

1.2 A JUDICIALIZAÇÃO DO POLÍTICO E DO SOCIAL

A partir do constitucionalismo, o campo jurídico surge como campo legítimo para a produção de saberes e administração do poder no social, visto que os princípios e as regras jurídicas passam a normatizar ideologias e comportamentos. Pela força do Direito como norteador da cultura no contemporâneo, a via judicial passa a ser recorrente na busca pela resolução de conflitos não-administrados política e socialmente. Nesse sentido, postulam Hulsman & Celis (1997, p. 131):

Quando as formas naturais de resolução de conflitos falham ou se revelam impotentes, os interessados, de todo modo, se vêem obrigados a recorrer a mecanismos artificiais. Entra, assim, em cena o aparelho oficial de justiça. O papel dos tribunais consiste exatamente em dizer o direito de cada um nas situações conflituosas e reorientar as relações interpessoais mal sucedidas ou não integradas na vida social.

O Poder Judiciário, então, com seu aparato institucional, seria o foro privilegiado para dirimir os conflitos sociais, não resolvidos de forma natural, ou de forma não-institucionalizada ou burocratizada.

Em *Sociologia da Burocracia* (1966), Max Weber dirá que, dentro do projeto de racionalização da sociedade ocidental moderna, o destino do poder judiciário estaria marcado pela crescente burocratização, enquanto forma mais eficiente de administração, inclusive, da justiça. Este fenômeno, visto como uma tendência universal, reflete a expansão do Estado em todos os seus ramos, pela diluição do poder nas instâncias do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Sob a ótica do Estado Liberal, era possível observar estritamente o princípio da separação de poderes, em consonância com o qual as competências devem ser distribuídas de tal forma que haja um sistema de freios e contrapesos (*check and balances*). No entanto, a evolução da sociedade e do capitalismo industrial forçou a alteração do papel atribuído ao Estado, que passou a prestar serviços e a promover mudanças sociais, isto é, a ser mais atuante. Nesse sentido, o Estado do Bem-Estar traçou uma agenda igualitária, a qual está consubstanciada nas chamadas Constituições Dirigentes ou Comunitárias. Nessa época, foram elaboradas as teorias materiais da constituição, segundo as quais a lei maior de um Estado deve contemplar normas políticas, programáticas, e não apenas normas de organização do aparato estatal. Consequentemente, o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado. Vistas sob esse ponto de vista, as constituições devem estabelecer direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político. Dessa forma, as constituições rompem com o dogma da liberdade absoluta do legislador, que passa a atuar adstrito aos princípios constitucionais.

Nesse novo paradigma, o Poder Judiciário passou a atuar seguindo os preceitos garantidos nas Cartas Magnas. E as decisões judiciais sobre matérias administrativas passaram a conter, implícita ou explicitamente, uma análise constitucional dos atos praticados pelo Poder Público, no sentido de verificar sua conformidade com os fins traçados pela Constituição. Tendo em vista que as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação sócio-econômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário foi conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade da atuação governamental. Nesse contexto, o Estado especializou seus órgãos e entidades visando a propiciar maior eficiência e celeridade às ações governamentais (VIANNA, 2010).

Ademais, diante da necessidade de dar publicidade aos atos, cada vez mais técnicos e complexos, ocorreu um incremento quantitativo e qualitativo na produção normativa. As normas jurídicas foram perdendo seu caráter abstrato e genérico, tendendo a se tornar cada vez mais específicas e a versar sobre os mais diversos aspectos sociais e econômicos (VIANNA, 1999). Para este fim, foram criados novos órgãos judiciais e parajudiciais específicos, que passaram a desempenhar atribuições que não deveriam ser outorgadas aos juízes, em consonância com a doutrina clássica da separação dos poderes.

Esse fenômeno de expansão do papel do judiciário na sociedade moderna, que tem sido nominado como *judicialização da política*, é tema cada vez mais recorrente na literatura⁶, principalmente a partir do momento em que o constitucionalismo e a democracia exigiram um aparato estatal mais complexo e organizado. De um modo geral, a expressão é utilizada em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia. No entanto, a expressão ganhou o debate público e, com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos.⁷

Para alguns autores, o ato de judicializar a política significa valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas⁸, considerando dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

⁶ *Judicialização da política e politização da justiça* seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Sobre o tema: VIANNA; GARAPON E CAPELETTI (1999), MACIEL E KOERNER (2002), SANTOS (2003), CARVALHO (2006).

⁷ Para uma análise aprofundada dos sentidos da judicialização da política no Brasil a partir de duas obras paradigmáticas nesse sentido [*Ministério Público e política no Brasil*, de Rogério Bastos Arantes, e *A democracia e os três poderes no Brasil*, de Luiz Werneck Vianna (org)], ver MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises*. **Lua Nova**, n. 57, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 10 Jul. 2010.

⁸ Os autores estabelecem quais seriam as diferenças essenciais entre o comportamento decisório nas instâncias da justiça e da política, marcando que, na sua gênese, as atividades não teriam correspondência analógica, o que acaba acontecendo com o fenômeno de mão-dupla da *judicialização da política* e da *politização da justiça*. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

Para Capeletti (1999), a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno. Vianna (1999) tomou o termo para descrever as transformações constitucionais no Brasil, introduzidas com promulgação da Constituição de 1988, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. Miguel Reale (2004) é um dos autores que concentra os estudos a respeito da judicialização da política na perspectiva da atuação do Poder Judiciário: suas atribuições, práticas, cultura de seus agentes e aplicação defasada da legislação.

O Estado Social, mais interventivo, faz do direito um instrumento para dar publicidade às suas decisões, traduzindo em normas jurídicas as suas decisões políticas. Assim, a agenda da igualdade redefine a relação entre os três poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos, e confia ao Judiciário a guarda da vontade geral, em detrimento da vontade do soberano:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça. (VIANNA, 1999, p. 22)

Nessa nova lógica democrática, a dimensão coletiva do político desaparece, se *liquefaz* (BAUMAN, 2001), visto que o judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental, no caso a caso. O sistema judicial, na forma como foi concebido, encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. O cidadão reivindica, na verdade, ser mais ativo, capaz de decidir seu próprio destino e não aceita mais se envolver numa luta coletiva, de modo que os laços sociais se fragilizam e os conflitos, portanto, são aguçados (GARAPON, 1999, p. 49). Enquanto a democracia reforça a identidade do sujeito individualista, a justiça destitui a autoridade tradicional, como postula Garapon (1999, p. 140):

A sociedade democrática desfaz os laços sociais e os refaz socialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a 'inventar' a autoridade, sem sucesso, ela acorre então para o juiz.

A expansão do poder judiciário na democracia, então, parece ter como causa o panorama mundial de incapacidade dos poderes Executivo e Legislativo de darem conta das demandas sociais por justiça, exigindo uma atuação mais efetiva e reguladora do juiz. Esse cenário parece denotar a falência das instâncias de decisão política e de outras modalidades extrajudiciais de resolução de conflito, como a mediação e a arbitragem.

Sendo assim, além da judicialização da política, a discussão ampliou-se para o seu sentido social, ao se falar na *judicialização das relações sociais*⁹, para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda, do aumento do número de processos nos tribunais. A judicialização, no seu sentido amplo, não estaria restrita à atuação dos juízes, estender-se-ia também aos fiscais da lei – representados, especialmente, pelos membros do Ministério Público, que estariam “extrapolando” suas atribuições para levar os conflitos à justiça, ou para resolvê-los extrajudicialmente, tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência. Além disso, há de se considerar as ações de grupos políticos que defendem o recurso das arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos.

Foi o Direito do Trabalho que deu um caráter público a relações da esfera privada, e que introduziu no campo do direito um argumento de justiça, inexistente na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, procurando compensar a parte economicamente menos favorecida nas relações de trabalho e tirando o tema da justiça social da esfera da sociedade civil e do Parlamento. Esse novo direito promoveu um viés igualitário à ordem liberal, publicizando a esfera privada.

Vianna (1999 e 2010) reforça essas perspectivas ao tratar o fenômeno em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas. Para o autor, a imposição do neoliberalismo provocou a diluição das formas de solidariedade social que, de algum modo, o Estado de Bem-Estar Social induzia, levando a uma intensa fragmentação da vida social, à desregulamentação de direitos, ao esvaziamento de partidos e sindicatos, que, ao lado de outros processos sociais relevantes, foram fatores decisivos para que o Judiciário viesse a se converter em um novo lugar não só para a defesa de direitos, como também para sua aquisição.

⁹ VIANNA vai se dedicar a esse fenômeno no capítulo *A judicialização das relações sociais* (p. 149-156). In: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

O próprio legislador, consciente do quanto a sociedade se tinha tornado vulnerável diante do Estado e das empresas, vai fortalecer esse movimento a fim de lhe fornecer recursos de defesa, dando partida, assim, ao que se denominou a revolução processual do Direito, cujo marco mais representativo foi a criação da ação civil pública e, mais à frente, a institucionalização de códigos do consumidor, passando a admitir ações por parte de entes coletivos (VIANNA, 2010).

Em torno do Poder Judiciário, se cria, então, uma nova arena política, onde os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Judiciário a uma interpelação direta dos indivíduos, partidos e grupos sociais (VIANNA, 1999).

No entanto, sabemos que a democratização da vida social é fato recente no Brasil, e segue seu curso de modo cada vez mais intenso. Contudo, o problema agora se inverte: se temos democracia, estamos longe da república. Não há república sem vida ativa da cidadania na esfera de uma livre sociedade civil, protegida das políticas de cooptação do Estado e do poder do dinheiro. O constituinte de 1988 foi um bom intérprete da nossa realidade político-social ao dotar a sociedade de meios, inclusive judiciais, para a defesa da sua república, entre os quais o ministério público e a justiça eleitoral. O legislador não menos, quando criou a lei de Responsabilidade Fiscal (VIANNA, 1999).

Nesse sentido, um dos argumentos em defesa do fenômeno da judicialização reside no entendimento de que as garantias constitucionais e a proteção aos direitos humanos têm efetividade a partir da sua tutela pelo poder judiciário. Dessa forma, alguns autores sustentam que o direito é legítimo em regular essas relações com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana (BACELLAR, 2002, p. 2).

Nesse novo registro, a república passa a ser tensionada por pressões de sentido democratizador que visam a conquista de novos direitos – o da infância, o da mulher, o do deficiente físico, o da cidade, o do ambiente, etc -, que são postos sob a tutela do poder judicial. Portanto, o direito invade arenas que antes eram exclusivas de outras instituições sociais, inclusive as de natureza estritamente privada, passando a regular, por exemplo, as relações de gênero no ambiente familiar e o tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Essa atuação dos diferentes atores sociais em busca da resolução judicial dos conflitos bastante forte nas áreas do Direito de Família, Direitos Civis e Direito do Consumidor, culminou, no Brasil, na criação de leis específicas de proteção à mulher, à infância e juventude, aos GLBTT¹⁰, chegando-se a entendimentos extremos em relação à

¹⁰ Sigla para o Movimento dos Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Transgêneros.

necessidade de atuação dos agentes judiciais, como, por exemplo, vê-se na sugestão de uma necessária judicialização da sexualidade humana¹¹.

O Direito do Consumidor, cada vez mais espreado, é um campo bastante representativo de como têm se dado as relações sociais na sociedade de mercado: ele vem regular as relações de clientelismo quando as instâncias administrativas já não dão mais conta.¹² O cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais.

A facilitação do acesso ao sistema judicial, a partir da informalização de alguns procedimentos (com a criação dos Juizados Especiais, por exemplo) também dá o tom do lugar que o poder judiciário ocupa no imaginário social. Sobre este aspecto, há a argumentação a respeito do tempo político-legislativo, muito mais longo que o tempo real das demandas sociais, o que imputa ao gestor das decisões políticas um comportamento de análise de custos e benefícios ao pensar as políticas públicas. Recorrer ao Judiciário, principalmente quando há possibilidade da utilização de mecanismos como a tutela antecipada, pode garantir uma efetivação mais ágil dos direitos sociais constitucionalmente previstos, além de evitar desgastes políticos, seja no sentido de obter maioria representativa, seja na relação com a opinião pública.

Os fatores que mais teriam influenciado o processo de *judicialização* são o fim da guerra fria (ou do socialismo real), a internacionalização do direito como ordenador do poder supranacional, a crise da legitimidade representativa (seja pela apatia popular ou pela inércia do poder político) e o exacerbado contratualismo das relações sociais (devido à falência das instâncias mediadoras tradicionais). No campo das relações sociais, o aumento da litigância processual seria conseqüência do fenômeno moderno da plena condição do indivíduo capitalista, ocorrido pelo rompimento com os laços sociais anteriores – família, igreja, Estado provedor etc. E, paralelamente a este processo, estar-se-ia passando por um movimento de

¹¹ "Neste século XXI, creio que o Estado, através de uma Constituinte Planetária, deverá revelar e consolidar os valores éticos e morais da nova sociedade informática, a começar pela própria América Latina. Revisando, assim, através de uma democracia direta (via Internet), a longa tradição secular e jurídica de dissimular a diversidade de comportamento sexual, de modo a fazer, abertamente, a judicialização da sexualidade humana. Espero que nos próximos dez anos, o Estado nacional venha a determinar, juridicamente, que a homossexualidade não é uma inversão ou doença, como julgam alguns párocos e educadores mais duros, mas uma opção sexual. Em substância, no século XXI em construção, a homossexualidade não será tabu"¹¹ MARTINS, Vicente. 2002. "Por que excluir os gays nas escolas?". Grupo Gay da Bahia – GGB. Disponível em <http://www.ggb.org.br/direitos.html>. Acesso em Jul. 2010.

¹² A alta demanda judicial em relação à rede de telefonia, por exemplo, deixa bem clara a ineficiência da solução de conflitos em nível administrativo – não só as empresas não se sentem coagidas pelas agências reguladoras, que não são efetivas na aplicação das sanções, como também os usuários do serviço se sentem desacreditados em relação à obtenção de respostas em nível administrativo, ingressando diretamente no sistema judicial.

contratualização das relações sociais, visto que o contrato aparece como peça fundamental em todas as instâncias de regulação da vida humana (GARAPON, 1999, p. 144-145).

Compilando os diferentes posicionamentos, é possível vislumbrar que, na defesa pelo fenômeno da judicialização, parece estar subjacente a ideia de que o Judiciário é realmente o único foro competente para solucionar os conflitos de qualquer ordem, tanto políticos como sociais, como identifica Vasconcelos (2008, p. 3):

(...) é atribuído ao Poder Judiciário o exercício tradicional, mediante postulação, da pragmática das decisões em face de litígios judicializados, pela aplicação da norma jurídica ao caso concreto, enquanto manifestação coativa do Estado-juiz, com fundamento constitucional e consoante a dogmática e a hermenêutica. Essa atribuição se dá, evidentemente, no pressuposto de que a administração dos conflitos interpessoais, sociais e interinstitucionais é matéria exclusivamente jurídico-normativa.

Nesse sentido, a judicialização da política e do social seria um indicador de que a justiça teria se tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado (GARAPON, 1997, p. 25), atuando na lógica totalizante dos antigos *templos* cosmológicos ou religiosos, como vimos.

Em relação ao Direito Penal, Achutti (2009, p. 39) aponta que, a partir do racionalismo jurídico, “simplifica-se uma situação complexa” e, “ancorados no aparelho jurídico”, com a força de seu simbolismo, “emerge entre os juristas (e a população em geral) uma onda de otimismo, acreditando-se que o sistema penal possui condições, por si só (eis que é autojustificável), de dar conta dos problemas sociais contemporâneos”.

O fenômeno da expansão desenfreada da atuação do judiciário, que é marcado pelos fundamentos da Modernidade e, mais especificamente no Brasil, relaciona-se com a recente redemocratização política, deixa alguns estudiosos preocupados. Para Campilongo (2000), se a judicialização for interpretada em sentido sistêmico, podemos correr o risco de perder as diferenciações funcionais entre os subsistemas do direito e da política. Para Melo (2001), a partir desses macroprocessos de mudança social, as relações entre direito, política e sociedade se encontram embaralhadas. E, embaralhados os subsistemas, seus agentes, modos de decisão e linguagens perderiam seu caráter próprio, indicando uma tendência social crítica que poderia levar aos extremos da *judicialização do Estado* ou *judicialização do país*.

Além desses efeitos, há que se pensar na função do Poder Judiciário enquanto instituição que possa dar conta de solucionar as demandas a que se propõe. Pensando nas relações humanas, parece que espaço burocratizado de resolução dos conflitos possibilitado pelo judiciário é ineficiente, se considerarmos, além do aumento desenfreado do número de processos e do alto custo decorrente desta situação, o artificialismo e a padronização das

decisões. Em função da alta demanda, os órgãos judiciários se vêem obrigados a classificar os processos de forma cada vez mais segmentada e repetitiva, deixando de lado a essencialidade e individualidade de cada situação. Essa padronização, porém, não é vista como algo negativo pelo social, pois é o que permite maior celeridade processual, dando a falsa impressão de que os litígios estão sendo mais *resolvidos*, quando na verdade só estão sendo mais *finalizados*. Essa preocupação com a padronização e o ganho de tempo é ideia preconizada pelas próprias instituições judiciárias, como se vê no caso da Justiça Federal no Rio Grande do Sul: “As varas federais vêm sendo especializadas, permitindo que a mesma matéria seja reunida, favorecendo a padronização de procedimentos e o ganho de tempo”.¹³

Neste cenário, o processo torna-se um espaço de formas e de repetição frenéticas e nos vemos presos a um discurso que se prolifera, mas que não escuta, que não interage, um discurso egoísta e surdo. A própria sala de audiência é um lugar de movimentos e espaços pré-estabelecidos, que pode parecer hostil e frio. Neste local, o olhar do jurista e seu ouvido são disciplinados. Isto serve para que as regras do discurso judicial sejam automaticamente seguidas, concentrando-se na análise normativa do litígio, numa atividade técnica que rouba a originalidade dos conflitos, despreocupada com as sensações de angústia sentida pelas partes (GOULART, 2009, p. 1-2).

Para Goulart (2009), o discurso judicial não parece ser capaz de fornecer respostas e soluções completas para todos os problemas jurídico-processuais. No que tange ao processo em geral, o discurso normalmente é apegado a dados como *forma*, *prazos*, *verdade*, *validade*, *natureza jurídica*, todos elementos de dominação e de exercício de poder do discurso jurídico.

Dessa forma, vemos que o estatuto simbólico do judiciário, com toda a sua potência de novo *templo* da Modernidade, acaba incidindo no social como a força legítima para enfrentar os conflitos políticos e sociais. No entanto, entendemos necessário, nesse contexto de burocratização dos conflitos e de inflacionamento das demandas judiciais, fortalecer as subjetividades e as construções produzidas socialmente, de modo que os sujeitos e as comunidades possam se sentir legitimados a administrarem os conflitos de forma dialogal, pacífica e informal.

¹³ Informação retirada do sítio eletrônico da Justiça Federal no Rio Grande do sul, no link sobre a Estrutura da instituição. Disponível em: www.jfrs.jus.br. Acesso em 10 jul. 2009.

2. DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS: INTERSECÇÕES A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Após uma contextualização das origens do Direito enquanto instituição simbólica, da sua função na Modernidade e dos efeitos da sua aplicação na Contemporaneidade, passaremos a analisar, de modo mais específico, as produções do Direito na área penal.

Sendo assim, neste Capítulo, percorreremos algumas vertentes dogmáticas e criminológicas de Direito Penal, até a sustentação de uma teoria crítica do Direito Penal a partir da criminologia crítica, com vistas a refletir sobre a eficiência e os fundamentos do sistema penal como é concebido no discurso vigente. Ao se pensar em uma teoria crítica do Direito, consideramos importante circundar a área dos Direitos Humanos, como campo passível de introduzir uma nova racionalidade ética ao Direito Penal, concebendo novas formas de administração da justiça em matéria criminal.

2.1 TEORIAS EM DIREITO PENAL

2.1.1 O Direito Penal a partir da Criminologia Clássica

Com a adequação e a sistematização da dogmática à Ciência do Direito – sobretudo no direito privado por Ihering, em *Espírito do Direito Romano* (1852-1865) -, Binding e Liszt (Alemanha) e, posteriormente, Rocco (Itália), essa transposição do paradigma é feita ao Direito Penal (CARVALHO, 2009, p. 296). Dessa forma, o Direito Penal também passou a operar dentro da concepção cientificista e disciplinar, mantendo a lógica que movia o processo inquisitorial do medievo. A única diferença é que, dentro do ideal positivista, havia uma justificativa racional para a realização do objetivo fundamental do instrumento, de modo que se consagrou o processo penal, através de todos os seus métodos, como local privilegiado de revelação da verdade de um fato-crime pretérito (ACHUTTI, 2010, p. 29).

Através de seu arcabouço teórico cientificamente legitimado, juntamente à sustentação científica da ciência (pura) do direito como um todo, o processo penal assume o seu lugar de destaque e habilita-se como meio eficiente para a reconstrução de um evento pretérito, a atribuição de culpas no presente e a determinação de uma pena a ser cumprida no futuro (ACHUTTI, 2010, p. 44).

Segundo Achutti (2010, p. 37-38), a justificativa predominante do processo penal – apresentada como *o objeto* do processo penal por alguns autores e como *a finalidade* por outros – não mudou essencialmente da justificativa apresentada pelos inquisidores na Idade Média, ou seja: a busca pela verdade real. O processo continua sendo visto como um mecanismo apto a reconstruir o passado, principalmente através das palavras das testemunhas, das(s) vítima(s) e do(s) acusado(s). Os discursos ganham força e formam o que é chamado pelo *sensu comum teórico*¹⁴ de *fato*. Da mesma forma, exatamente como nos procedimentos utilizados pelos Tribunais da Inquisição, ainda se praticam os atos de interrogatório, de inquirição de testemunhas, de reconstituição dos fatos, dentre outros.

No paradigma criminológico positivista (Escola Positiva), com base na Antropologia Criminal, o objeto de investigação foi focalizado no criminoso (*homo criminalis*) e na etiologia do delito, em reação ao fenômeno puramente abstrato e normativo (*homo poenalis*), estudado inicialmente pelo direito penal liberal-racionalista (Escola Clássica). A Criminologia clássica, representada por esses dois momentos, trazia como novidade no enfrentamento do problema da criminalidade e da resposta penal a pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário) (BARATTA, 2002, p. 29-30).

Enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, a ideologia da Defesa Social assumia o predomínio ideológico na área penal. O conteúdo dessa ideologia da filosofia dominante na ciência jurídica baseia-se na seguinte série de princípios: a) princípio da legitimidade; b) princípio do bem e do mal; c) princípio de culpabilidade; d) princípio da finalidade ou da prevenção; e) princípio de igualdade; e f) princípio do interesse social e do delito natural.

O conceito de defesa social parece ser a condensação dos maiores progressos realizados pelo Direito Penal moderno, visto que, mais que um elemento técnico do sistema

¹⁴ Expressão de WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito** – Vol I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

legislativo ou dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante dos princípios acima apresentados (BARATTA, 2002, p. 41-42).

Dentro da Criminologia Clássica, temos as escolas clássica e positiva. A Escola Clássica, produto do Estado Liberal clássico, formulou um entendimento que foi herdado pela Escola Positiva, fruto do Estado Social, de modo que as duas se adequaram às exigências políticas que acompanharam a evolução da sociedade burguesa, como veremos.

2.1.1.1 Escola Clássica

A Escola Clássica é um antecedente da Criminologia moderna, em relação aos seus estudos sobre as teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidos em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Como referência, temos, particularmente, a obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm Von Feuerbach na Alemanha e de Cesare Beccaria e da Escola Clássica de Direito Penal na Itália (BARATTA, 2002, p. 31-32).

A Escola Clássica se situava como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do Antigo Regime, e objetivava substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes, concernentes à lógica liberal racionalista – princípios de humanidade, legalidade e utilidade. Como exemplo de um discurso crítico sobre o sistema penal e de uma alternativa radical ante o mesmo, as escolas liberais clássicas adquiriram um novo interesse à luz das tendências criminológicas que deslocaram sua atenção da criminalidade para o direito penal, fazendo de ambos o objeto de uma crítica radical do ponto de vista sociológico e político.

Como expoentes da Escola Clássica, temos os juristas da Escola de Direito Penal italiana, bastante representativa desse momento da Ciência Penal. A obra *Dos delitos e das Ppenas*, de Cesare Beccaria (1764/2001), representa o marco teórico da Escola Clássica, ao propor uma fundamentação filosófica do Direito Penal. Para Beccaria, a justiça humana é a utilidade comum, sendo que a ideia de utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles – que caracterizaria o estado de natureza hobbesiano. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do

poder punitivo pelo próprio Estado (BARATTA, 2002, p. 33). Sendo assim, no sistema conceitual de Beccaria, a essência e a medida do delito estão no dano social, de modo que o dano social e a defesa social constituem os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena.

Outro jurista representativo da Escola Clássica foi Giandomenico Romagnosi, com as obras *Genesi del Diritto Penale* (1791) e *Filosofia del Diritto* (1825). Tal como para Beccaria, para Romagnosi o fim da pena é a defesa social, mas ele entende que a pena serve como um contra-estímulo ao impulso criminoso. Na obra *Genesi*, Romagnosi dirá que “se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinqüente].” Contudo, para Romagnosi, a pena não é o único modo de defesa social, de modo que considera mais importante o esforço social para a prevenção do delito, através do melhoramento de desenvolvimento das condições de vida social. Nesta postulação de Romagnosi, pode-se ver uma importante antecipação da teoria dos “substitutivos penais”, elaborada por Ferri no âmbito da Escola Positiva (BARATTA, 2002, p. 33).

Assim como Beccaria e Romagnosi, Francesco Carrara também concebe que a função da pena é a defesa social. Em sua obra *Programma de corso di diritto criminale* (1859), Carrara fundamenta a sua tese fazendo uma distinção entre consideração jurídica do delito e consideração ética do indivíduo. Para ele, o fim da pena não é a retribuição nem a emenda, mas a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito. A emenda, a reeducação do condenado, pode ser um resultado acessório e desejável da pena, mas não sua função essencial ou o critério para sua medida.

2.1.1.2 Escola Positiva

A Escola Positiva, em reação ao conceito abstrato de indivíduo (*homo poenalis*) propugnado pela Escola Clássica, vem afirmar, em meados do século XIX, a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causa espontânea mediante um ato de livre vontade, mas que procure encontrar a complexidade das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo delituoso.

Nesse novo referencial, o crime e o criminoso (*homo criminalis*) eram abordados metodologicamente de maneira distinta em decorrência de sua natureza diversa. Isto é, se o crime, na qualidade de ente jurídico e abstrato, requeria método dedutivo, lógico e formal, o

homo criminalis, como ente natural, necessitava de pesquisa indutiva, empírica e experimental (CARVALHO, 2009, p. 295-296).

A publicação da obra *O homem delinquente* (1876/2007), por Cesare Lombroso, é considerada o marco teórico da Escola Positiva, período em que concebe a Criminologia como disciplina autônoma, positivada, inspirada pela filosofia de Augusto Comte. Nessa obra, Lombroso fundamenta a criminalidade a partir da patologia, ao considerar o delito como um ente natural, “um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção”, determinado por causas biológicas, algumas até mesmo de origem hereditária. Segundo Baratta (2002, p. 38), ao contrapor-se à tese da Escola Clássica da responsabilidade moral e da absoluta imputabilidade do delinqüente, Lombroso propõe um rígido determinismo biológico.

A visão predominantemente antropológica de Lombroso, que levou à Criminologia a ser inicialmente denominada também de Antropologia criminal, seria depois ampliada por Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1905), com a acentuação dos fatores psicológicos, e por Enrico Ferri (*Sociologia Criminale*, 1905/1916), com a acentuação dos fatores sociológicos.

O delito era conduzido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. Sobre a relação determinista de causa e efeito, podemos tomar como exemplo excerto da obra de Garofalo (1916, p. 67-68): o criminalista positivo não pode conceber o delito senão como ação proibida sob a ameaça de uma pena. Do mesmo modo que a explosão de uma arma obedece a certas leis de física, de química e de mecânica, assim o poder constituído, proibindo ou não este ou aquele ato, obedece a certas leis naturais da sociedade. Daqui a conclusão de que todo o ato proibido com a ameaça de pena pelo poder constituído é um delito natural, ou que o único delito natural que existe é precisamente aquele que as leis consideram como tal.

Para Baratta (2002, p. 39), o sistema penal como concebemos hoje se fundamenta na concepção da Escola positiva em relação ao autor do delito e à classificação tipológica dos autores.

2.1.2 O Direito Penal a partir da Criminologia Crítica

A leitura do Direito Penal a partir da Criminologia Crítica encontra seus fundamentos na Teoria Crítica do Direito, abordagem que propõe uma superação do *positivismo jurídico* e do *jusnaturalismo*. A teoria crítica nasceu no campo da filosofia e suas formulações foram desenvolvidas especialmente pela Escola de Frankfurt, cujos principais representantes foram Horkheimer, Marcuse, Benjamin, Adorno e Habermas, pensadores que tinham como objeto de estudo, notadamente, a crítica da ciência, a discussão da indústria cultural, a questão do Estado e suas formas de legitimidade (FREITAG, 1986, p. 8).

A articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição racionalista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética ideal hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista (WOLKMER, 2001, p. 5). De inspiração neomarxista, o principal alvo de ataque dos pensadores frankfurtianos que cuidaram do Direito é o positivismo jurídico. Segundo Bray (2005), a proposta é desmistificar a legalidade dogmática tradicional, bem como aproximar o Direito às ideologias, ao poder e às práticas sociais.

De acordo com Wolkmer (2001, p. 5), podemos conceituar a Teoria Crítica como:

O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.

No campo das propostas, a teoria jurídica crítica oferece novos paradigmas, propondo formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras de prática jurídica, a exemplo das práticas de natureza comunitário-participativa-informal, que assumem a forma de negociação, mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares, e que se desenvolvem em ambiente plurais e conflitantes (BRAY, 2005).

É de acordo com esse entendimento que surge a Criminologia Crítica, com um olhar mais sistêmico sobre o fenômeno do crime, a partir do qual vem a questionar a ideologia da Defesa Social, passando a estudar também a vítima e o controle social. A Criminologia Crítica, como afluente da Teoria Crítica do Direito Penal, fundamenta-se na crítica à intervenção penal, por entender que a pena não cumpre o seu papel, e na proposição de uma

ampliação do seu âmbito de intervenção para outros elementos que envolvem o delito, antes circunscrita ao infrator.

Essa nova concepção da criminologia visa superar as teorias patológicas e determinísticas da criminalidade, a partir de um diálogo com outras áreas do conhecimento, como é próprio das teorias críticas. Nesse sentido, Carvalho (2009, p. 304) entende que a investigação criminológica pode ser visualizada em três esferas de saber: jurídico-penal, sociológica e psicológico-psiquiátrica.

Através da Sociologia Jurídica, por exemplo, é possível conceber as relações existentes entre Direito, poder e dominação, ao considerarmos o jurídico não como um campo específico que pode ser isolado de outros modos de regulação social, mas como uma das formas de existência das relações sociais numa sociedade dada e, mais especificamente, como um modo de legitimação do poder. Dessa forma, entende-se que há um vínculo entre o monopólio estatal da violência legítima e o Direito (ROJO; AZEVEDO, 2005, p. 28), não se tratando o Direito de uma ciência pura, isenta e fechada em si mesmo.

A visão crítica da Criminologia contemporânea coloca em crise, assim, a linha artificial de discriminação que o Direito assinala entre atitude interior conformista (positiva) e atitude desviante (reprovável), sobre a base da assunção acrítica de uma responsabilidade do indivíduo, localizada em um ato espontâneo de determinação *pelo* ou *contra* o sistema institucional de valores. Essa distinção entre atitude interior positiva e atitude interior reprovável, que remete ainda ao fundamental princípio do bem e do mal que caracteriza a ideologia penal, é feita também sobre a base de uma assunção acrítica do conjunto de valores e dos modelos de comportamento protegidos pelo sistema penal, como o conjunto dos critérios positivos de conduta social compartilhados pela comunidade ou pela grande maioria dos consócios (ROJO; AZEVEDO, 2005).

A investigação sociológica mostra que no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos. Dessa forma, um estudo sociológico historicista e crítico demonstra a relatividade de todo sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas de Direito Penal (BARATTA, 2002, p. 75-76).

Considerando esse contexto, passamos a analisar algumas teorias produzidas no campo da Sociologia e da Psicanálise, que vêm marcar uma oposição à ideologia da Defesa Social com base na Criminologia Crítica.

2.1.2.1 Teorias Psicanalíticas

A partir das contribuições da Psicanálise, especialmente a partir dos estudos de Freud em *Totem e Tabu* (1913/1990, p. 11-125), as teorias psicanalíticas da criminalidade fazem uma crítica aos princípios da culpabilidade e da legitimidade.

Segundo essas contribuições, a reação punitiva deve ter uma função psicossocial, de modo que a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, pois corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade. Para essa fundamentação, toma-se como base o mito da horda primitiva, formulado por Freud como sendo o mito fundante da civilização.

A partir de uma análise antropológica, Freud dirá que a culpa gerada pelo parricídio cometido pela horda seria a origem da religião e da moral, culminando na criação das instituições e das leis, intrínsecas à condição do homem em sociedade.

No mesmo sentido, temos a formulação teórica de Theodor Reik (1925/1959), que atribui uma dupla função para a pena, qual seja: a) a pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delincente. O efeito catártico da pena e o processo de identificação da sociedade com o delincente são os dois aspectos de uma teoria psicológica do direito penal segundo a qual as duas concepções fundamentais da pena, a concepção retributiva e a concepção preventiva, não são mais que racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana.

Para Reik, as teorias retributivas transferem a função da pena para um resultado futuro, que consiste em influenciar a coletividade ou o autor do delito. Como tais, elas são estritamente complementares e fundam suas raízes psicológicas na natureza bifronte que tem a pena, na sua indissolúvel função dupla, dirigida, simultaneamente, ao delincente e à sociedade. Ambas estas funções somente podem ser compreendidas através de uma fundação psicológica da finalidade da pena, que parta da investigação psicológica que Freud fez do

sentimento de culpa, anterior ao delito e que aparece não como uma consequência da ação delituosa, mas como a sua mais profunda motivação.

Assim como Reik, Alexander e Staub aprofundam a análise psicológica da função punitiva para realizar uma crítica de fundo da justiça penal, sobre a qual pesa e pesará ainda por muito tempo o sedimento irracional das fontes afetivas da função punitiva, que a análise psicanalítica expõe a nu. Eles partem da representação ideal de uma justiça racional, que atua sem os conceitos de expiação, de retribuição e que não serve, como ocorre na realidade, à satisfação dissimulada de agressões das massas. Para que semelhante resultado seja possível é necessário não só que os homens alcancem um maior controle do ego sobre a vida afetiva, mas também que as tendências agressivas das massas encontrem mais ampla eliminação através de sublimações (BARATTA, 2002, p. 54-55).

2.1.2.2 Teoria sociológica estrutural-funcionalista

A teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia, produzida no campo da Sociologia, se aproxima das teorias psicanalíticas do crime, pois também o considera como sendo funcional e intrínseco à estrutura social, como podemos depreender das formulações de Émile Durkheim (1895/2002), em *Regras do Método Sociológico*:

- 1) as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação patológica da estrutura social;
- 2) o desvio é um fenômeno social de toda estrutura social; e
- 3) somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (situação de anomia). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.

Com estes argumentos, Durkheim vai ponderar que considerar o crime uma doença social significaria admitir que a doença não é algo acidental, mas, ao contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivente. Segundo ele, o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social e, nesse sentido, o delinquente não seria um elemento anormal ou estranho à sociedade, mas um agente regulador da vida social (BARATTA, 2002, p. 59-60).

2.1.2.3 Teorias das Subculturas Criminais

As teorias das subculturas criminais baseiam-se na diversidade estrutural das *chances* de que dispõem os indivíduos de servir-se de meios legítimos para alcançar fins culturais. Segundo autores como Richard Cloward e L.E. Ohlin (1998), a distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada, especialmente daquelas que assumem a forma de bandos juvenis. No âmbito das subculturas, desenvolvem-se normas e modelos de comportamento desviantes daqueles característicos dos estratos médios. A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir de que dispõem (BARATTA, 2002, p. 70).

No mesmo sentido, Edwin H. Sutherland, na obra *White-Collar Criminality* (1940), faz uma crítica radical das teorias gerais sobre a criminalidade, baseadas em condições econômicas (a pobreza), psicopatológicas ou sociopatológicas. Segundo ele, estas generalizações são errôneas por três razões. Em primeiro lugar, porque baseiam-se sobre uma falsa amostra de criminalidade, a criminalidade oficial e tradicional, onde a criminalidade de *colarinho branco* é quase que inteiramente descuidada (embora o autor demonstre através de dados empíricos a enorme proporção deste fenômeno na sociedade americana).

Em segundo lugar, as teorias gerais do comportamento criminoso não explicam corretamente a criminalidade de *colarinho branco*, cujos autores, salvo raras exceções, não são pobres, não cresceram em *slums*, não provêm de famílias desunidas, e não são débeis mentais ou psicopatas. Se os fatores sociológicos e psicopatológicos aos quais estas generalizações têm recorrido, estão, indubitavelmente, em relação com a aparição da criminalidade, somente podem explicar as características da criminalidade dos que pertencem aos estratos inferiores (por exemplo, porque se dedicam ao furto com arrombamento, ou ao roubo à mão armada, mais que a delitos conexos com falsas declarações), mas estes fatores específicos não se enquadram em uma teoria geral que esteja em condição de explicar tanto a criminalidade dos estratos “inferiores” quanto a criminalidade de *colarinho branco*.

Sutherland (*Apud* CARVALHO, 2009, p. 300-301) enumera cinco conclusões da investigação sobre os crimes econômicos que invalidam a universalidade da hipótese causal-determinista sobre o *homo criminalis*: (a) a criminalidade de *colarinho branco* é criminalidade real, pois implica violação da lei penal; (b) a criminalidade de *colarinho branco* difere da criminalidade das classes baixas em razão da diferente incidência da lei penal, sobretudo pela

forma de punição: penal-carcerária nestes, civil ou administrativa naqueles; (c) as teorias criminológicas que sustentam que o crime é gerado pela pobreza ou por condições patológicas psíquicas ou sociais a ela associadas, são invalidadas: primeiro, porque se baseiam em amostras tendenciosas em relação ao *status* socioeconômico; segundo, porque não são válidas para os crimes de colarinho branco; terceiro, porque não explicam crimes da classe baixa, pois os fatores causais não se aplicam aos processos característicos de toda a criminalidade; (d) é necessária teoria criminológica que explique ambos os comportamentos ilícitos, ou seja, os crimes da classe baixa e os crimes de colarinho branco; (e) a hipótese mais adequada seria a teoria da associação diferencial e da desorganização social.

A reconfiguração do objeto de investigação permite Sutherland e Cressey (*Apud* CARVALHO, 2009, p. 300-301) reconceituar a Criminologia como o corpo de conhecimentos que considera o crime e a delinquência juvenil como fenômenos sociais, o qual inclui o processo de criação das leis, de violação das leis e de reação à violação das leis.

Sobre a delinquência juvenil, Albert Cohen, em *Delinquent boys: the culture of the gang*, obra publicada em 1955, faz uma análise do que ele chama de “subcultura dos bandos juvenis”. O autor a descreve como um sistema de crenças e valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre rapazes que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes. Esta subcultura representa a solução de problemas de adaptação, para os quais a cultura dominante não oferece soluções satisfatórias.

A estrutura social induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos padrões da cultura oficial, e além disso faz surgir neles problemas de *status* e de autoconsideração. Daí deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não-utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social (BARATTA, 2002, p. 73).

Sendo assim, as teorias das subculturas criminais negam o princípio da culpabilidade, pois entendem que o delito não possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária a valores e normas sociais gerais, visto que existem valores e normas específicas dos diversos grupos sociais (subculturas) que concorrem com os valores e normas institucionalizadas pelo sistema legal.

Segundo Baratta (2002, p. 74), não existe, pois, *um* sistema de valores ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é livre de determinar-se, sendo culpável a atitude daqueles que, podendo, não se deixam “determinar pelo valor”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade.

2.1.2.4 Paradigma do Etiquetamento (*Labelling Approach*)

O Paradigma do Etiquetamento (*Labelling Approach*) ou Paradigma da Reação Social, com bases na sociologia norte-americana (Escola de Chicago), tem como principal objeto de estudo o controle social, isto é, o sistema penal e o fenômeno do controle. Em razão disso, concentrou-se no estudo dos processos sociais que descambam na criminalização de condutas e no poder de defini-las.

Segundo Baratta (2002, p. 30), o conhecimento de que não é possível considerar a criminalidade como um dado preconstituído às definições legais de certos comportamentos e de certos sujeitos é característica das diversas tendências da nova criminologia inspirada neste paradigma. Nesse sentido, a tese central desse paradigma é que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta e sim uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através de complexos processos de seleção, isto é, trata-se de um duplo processo de definição legal de crime associado à seleção que etiqueta um autor como criminoso. Em razão disso, ao invés de falar em criminalidade – prática de atos definidos como crime, deve-se falar em criminalização – ação operada pelo sistema e sustentada pela sociedade – etiquetamento.

Os defensores do *Labelling Approach* não perguntam “quem é o criminoso?” ou “como ele se torna desviante?”, mas sim “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e enfim, “quem define quem?”. Respondendo a esses questionamentos, a teoria do *Labelling Approach* formulou os seguintes postulados:

- 1- Interacionismo simbólico e construtivismo social: o conceito que um indivíduo tem de si mesmo, de sua sociedade e da situação que nela representa, é ponto importante do significado genuíno da conduta criminal;
- 2- Introspecção simpatizante como técnica de aproximação da realidade criminal para compreendê-la a partir do mundo do desviado e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua conduta;
- 3- Natureza “definitorial” do delito: o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetaram o autor como delinquente;
- 4- Caráter constitutivo do controle social: a criminalidade é criada pelo controle social;

5- Seletividade e discriminabilidade do controle social: o controle social é altamente discriminatório e seletivo;

6- Efeito criminógeno da pena: potencializa e perpetua o desvio, consolidando o desviado em um status de delinquente, gerando estereótipos e etiologias que se supõe que pretende evitar. O condenado assume uma nova imagem de si mesmo, redefinindo sua personalidade em torno do papel de desviado, desencadeando-se a denominada desviação secundária;

7- Paradigma de controle: processo de definição e seleção que atribui a etiqueta de delinquente a um indivíduo.

Os representantes do *labeling approach* realizam fundamental correção nos conceitos de crime e de criminoso: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela associada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros da nossa sociedade (BARATTA, 2002). O sistema penal se apresenta como um sistema das relações de poder, em termos foucaultianos, que regulam a sociedade, dirigindo-se quase sempre contra certos grupos sociais, mais do que contra certas condutas. O sistema penal serve para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos sociais, além de contribuir para a produção e reprodução da criminalidade, na medida em que naturaliza as condutas praticadas por alguns e as criminaliza quando praticada por outros.

Nesse sentido é que se fala em etiquetamento ou criminalização, ao conceber a criminalidade como um processo dinâmico, seletivo e social. A superação da ideia de *criminalidade* pela de processos de *criminalização* insere na análise criminológica a variável temporalidade, em oposição à fixidez do conceito positivista. Assim, a *natureza estática* do objeto criminológico (*homo criminalis*) é substituída pela *condição dinâmica do sujeito* da conduta criminalizada. A alteração permite rever a dimensão epistemológica da criminologia, pois a perspectiva de construção do *status* negativo crime opõe-se à hipótese evolucionista própria de pensamento criminológico linear (CARVALHO, 2009, p. 303).

Para uma comparação entre a Criminologia Clássica, representada pela ideologia da Defesa Social, e a Criminologia Crítica, representada pelo *Labelling Approach*, Baratta (2002, p. 162) faz um resumo dos seus pressupostos. Segundo o autor, o mito da igualdade, preconizado pela ideologia da Defesa Social, pode ser descrito nas seguintes proporções:

a) o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);

b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da Criminologia Crítica:

a) o Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Assim como Baratta, Carvalho (2009) também concebe que o redimensionamento do campo criminológico deve-se muito ao advento do *Labelling Approach*, visto que ampliou suas fronteiras e consolidou sua natureza transdisciplinar timidamente sugerida pelo positivismo causalista:

A interdisciplinaridade, para o paradigma etiológico, representava a possibilidade de interseccionar saberes com objetivo de definir nova ciência autônoma (vontade de sistema), isto é, a partir de fragmentos de ciências criar nova e independente área de conhecimento. Com o *labeling approach*, a pretensão de univocidade é inviabilizada, pois nenhuma ciência passa a *deter* o objeto do saber criminológico. Pelo contrário, os objetos passam a ser fluidos, sendo múltiplas as abordagens, sem que se possa determinar hierarquia entre os saberes e sem que se legitime olhar ou fala privilegiada em detrimento das demais. (CARVALHO, 2009, p. 306)

Nesse sentido, a Criminologia crítica contemporânea, da qual o *Labelling Approach* é expoente, vem introduzir uma crítica ao Direito Penal como ciência autônoma e auto-contida, como concebida no ideal da Modernidade, em que a questão do crime, da criminalidade e do controle punitivo era simplificada nos seus fundamentos, conceitos e respostas.

Carvalho (2009) vai mais além ao dizer que a denúncia realizada pelas correntes do abolicionismo penal e densificada pela atual crítica criminológica pós-moderna atinge, em realidade, a base do pensamento científico da modernidade penal:

A necessidade de construção de sistemas herméticos, isentos de contradições e lacunas, como é próprio do pensamento dogmático-penal, acaba por reduzir a pluralidade dos problemas relativos à violação de normas criminalizadoras à unidade interpretativa (crime) e à exclusividade da resposta (pena). A fórmula é relativamente simples: reduzir os problemas em casos-padrão, vinculando-os a respostas-receituário. O sintoma do esgotamento da fórmula dogmática é percebido nas indagações, nada atuais, sobre quais os critérios que permitem conceber condutas tão significativamente díspares sob o mesmo rótulo (crime) e como se justificativa à proposição da mesma resolução (pena). Ou seja, para além da figura abstrata legal (tipo penal), qual o ponto de convergência de atos humanos que, desde a formulação das bases do direito penal moderno ilustrado até a atualidade, compõe o rol das condutas incriminadas. Pense-se, por exemplo, no problema de redução à mesma unidade interpretativa e aos mesmos critérios de resolutividade atos de violência física contra a pessoa e condutas de gestão de risco de instituições financeiras; violências praticadas nas relações de afeto e atos de desvio de valores de órgãos públicos; violência contra o patrimônio e condutas danosas ao meio ambiente; e, sucessivamente, infinidade de situações-problema que possuem, como única característica comum, o pertencimento ao rol abstrato dos tipos penais incriminadores. (CARVALHO, 2009, p. 319)

A criminologia cultural rompe o binômio crime-pena, pelo simples fato de que inexistente necessidade de primeiro justificar determinado sistema de sanção para posteriormente interpretar o delito. São *delito* e *pena* fenômenos radicalmente distintos, nos quais o único vínculo de causalidade possível é o jurídico-normativo. O binômio é construído artificialmente pelo direito, sendo vício exclusivamente dogmático-normativo a correspondência entre os fenômenos, bem como a persistência fóbica em explicar/fundamentar um pelo conteúdo ou mera existência do outro.

O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismos da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança. (BARATTA, 2002, p. 161).

Sendo assim, o cárcere representaria a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, isto é, o momento culminante de um processo de seleção que começa antes da intervenção do sistema penal, que tem a ver com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores e da assistência social (BARATTA, 2002, p. 167). Esse processo de seleção produz seus efeitos nos modos de organização social e na construção de um perfil criminoso específico pelo imaginário social. Ao imaginariamente produzir um “outro” perigoso distinto de si próprio, a sociedade supõe poder conter a violência e dar conta do controle social.

2.2. POLÍTICA CRIMINAL: DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS A PARTIR DAS TEORIAS EM DIREITO PENAL

A partir do que foi apresentado no Capítulo 1, deparamo-nos – como consequência da produção de um *simbólico judiciário* autônomo na Modernidade, que produziu, no seu efeito mais amplo e difundido, a *judicialização da política e das relações sociais* – com a ineficiência do aparato institucional judicial enquanto solucionador de todas as demandas conflitivas produzidas em sociedade. De acordo com essa ideia, Rodrigo de Azevedo (2005, p. 111) dirá:

Com a explosão da litiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais, e o aumento da demanda de intervenção do judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade (...), o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento dispensado a essa conflitualidade social emergente.

Para Pallamolla & Azevedo (2008, p. 5), no âmbito do Direito Penal, a crise do sistema de justiça é ainda mais contundente, pois se encontra sem legitimidade frente a sua atuação seletiva e estigmatizante e mostra, com seu atuar, que não cumpre sua função (declarada) de prevenção da criminalidade, mas possui êxito em sua função (real) de excluir e marginalizar. Nesse sentido, Konzen (2007, p. 103) alerta para o cenário produzido no âmbito do direito penal:

A massa dos encarcerados, a (des)organização produzida a partir da falência do estado-aprisionador, a incapacidade resolutive das políticas de segurança, os reclamos por mais e mais investimentos em repressão, a insuficiência das políticas sociais, as explicações para o fenômeno, tudo leva ao desespero pela retórica esvaziada dos discursos sem efetiva repercussão no campo das soluções.

E questiona:

Não se estaria depositando expectativas demasiadas na real capacidade de responder dos sistemas estatais encarregados de responder? Não estaria demasiada a expectativa na eficácia das respostas de natureza penal? Não estaria em crise a crença na resolução da violência pelo uso de respostas também violentas?

A introdução de modernas técnicas psicoterapêuticas e educativas e as transformações parciais na estrutura organizativa do cárcere não mudaram, de modo decisivo, a natureza e as funções dos institutos de detenção, na nossa sociedade. Os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável

inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuário e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante (BARATTA, 2002, p. 184)

Seguindo esta crítica, Goulart (2009, p. 1) entende que a práxis jurídica e sua frenética repetição alienadora de atos canibaliza formas periféricas de saber e de realizar a justiça, nos roubando a sensibilidade. Para Sica (2007, p. 31), decisões judiciais arbitrárias são servidas como solução, quando nada solucionam. Não só os aspectos pessoais e situacionais são ignorados: mesmo a argumentação e a interpretação de cada caso seguem estereótipos, traçando um padrão ajustado ao *status quo* e amoldado a um discurso neutro e irresponsável quanto aos seus custos sociais, escorado no pretexto do legalismo. Nesses cenários, que espaço se outorga à subjetividade, à essência do conflito? As partes do processo judicial já não se tratam aí de meras abstrações, artificializações do que eram antes desse lapso temporal e desse conjunto de prescrições imanentes ao mundo jurídico?

No plano geral das ciências, as subjetividades foram excluídas em nome da neutralidade científica. Na esfera específica das ciências que se ocupam com o crime e a criminalidade, além da reivindicação positivista de isenção dos pontos de vista do investigador sobre os objetos de análise, o problema é qualificado porque, em se tratando de investigação de pessoas, a subjetividade do próprio objeto de investigação é cindida. O *homo criminalis* ou o *homo poenalis* passa a ser interpretado e julgado pelo binômio razão-desrazão. E afirmada a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e da possibilidade de ação conforme a expectativa jurídica (culpabilidade), todo o *resto*, toda a *sobra*, tudo aquilo que escapa à compreensão *racional*, é descartado. Não por outros motivos a dificuldade – de forma mais rígida, a impossibilidade – do diálogo entre o direito penal dogmático e as ciências *psi*, sobretudo a psicanálise. Para Carvalho (2009, p. 329-330), a proposta criminológico-cultural afirma as subjetividades contra a cegueira, a assepsia e artificialidade da razão.

Dessa forma, as contribuições da Criminologia crítica visam responder a essas questões, dando novos contornos ao estudo do crime. As concepções psicanalíticas e sociológicas permitiram notar que o fenômeno do crime não está adstrito a deficiências subjetivas, pessoalizadas em determinados indivíduos cujas características os distinguem dos

demais membros da sociedade. As investigações sobre a criminalidade financeira, as subculturas criminais e o etiquetamento despersonalizam o crime e sugerem a atribuição da punitividade a um fenômeno muito mais complexo, que tem relação com o exercício seletivo do poder de criminalização pelos agentes do controle punitivo e pela cultura.

Ao propor uma análise interdisciplinar do crime, que considere a sua complexidade, a Criminologia Crítica, segundo Carvalho (2009), vem expressar a necessidade de as ciências criminais reconhecerem a diferença entre os atos desviantes e os criminalizados para a construção de múltiplas respostas, formais e informais, de exercício não-violento do controle social. Nesse sentido:

A importância da teoria pós-moderna é demonstrar que para problemas complexos fundamental construir mecanismos complexos de análise, avessos às respostas binárias, unívocas e universais, bem como alheios à pretensão de verdade inerente à vontade de sistema que orienta os modelos científicos modernos. (CARVALHO, 2009, p. 319-320)

Sendo assim, na tentativa de gerenciar a problemática contemporânea, emergem, em matéria de política criminal, abordagens bipolarizadas e pendulares, que navegam entre os extremos da expansão e da deslegitimação do Direito Penal (ANDRADE, 2006): o Direito Penal Máximo e o Direito Penal Mínimo, com nuances mais radicais, como a *política da tolerância zero* e o *abolicionismo*, ou mais brandas, como o *gerencialismo* e o *garantismo*.

2.2.1. Direito Penal Máximo: Política da Tolerância Zero e Gerencialismo

O Direito Penal Máximo propõe o endurecimento das leis penais e da política criminal, a partir de uma noção de “Lei e Ordem”. O *marketing* em torno de Nova Iorque, que teria reduzido expressivamente a criminalidade com esta abordagem, faz com que a influência norte-americana se espalhe pelo mundo. Porém, como alerta Tupinambá de Azevedo (2008), Nova Iorque é apenas uma cidade, e sequer o nível de violência do Harlem, do Bronx, de Chinatown ou do Queens se mostra aceitável. Para o autor, a rigor, Nova Iorque “civilizou” a ilha de Manhattan.

A política da tolerância zero contraria a idéia de redução da resposta penal, optando por um Estado-policial. O terrorismo internacional e o crime organizado, com sua mundialização, tendem a incentivar a vitória do movimento da “Lei e Ordem”, com penas

cruéis (morte, prisão perpétua, trabalhos forçados), além de atuação policial arbitrária (tortura, prisão para averiguações, etc.). No campo dogmático, a sociedade de massas, com crimes que lhe são inerentes (contra o consumidor, meio ambiente, trânsito), opta pela tipificação de crimes de perigo abstrato, em que a norma incide antes que o bem jurídico sequer sofra verdadeira ameaça. Azevedo entende que essa antecipação da resposta penal é perigosíssima, pois desvincula a lei penal da proteção efetiva a bens jurídicos (AZEVEDO, 2008).

Fenômeno correlato ao da preventividade penal é o do chamado *gerencialismo* ou *administrativização* do direito penal. Segundo esta visão, o Direito Penal passa a ser um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base do Direito Penal clássico – verdade e justiça -, que passam a ser vistos muito mais como obstáculos que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança.

O elemento comum às propostas gerencialistas é a desconfiança frente ao público e ao formalizado e sua conseqüente deslegitimação, tendo como resultado a expansão do Direito Penal por via de mecanismos que pretendem fazer frente ao colapso da justiça penal em sociedades sobrejuridificadas e sobrejudicializadas, reduzindo-o a uma simples manifestação administrativo-executiva. No entanto, esta abordagem acaba gerando uma criminalização administrativa, visto que, segundo Azevedo, a desobediência a ordens ou regulamentos administrativos, por si só, já caracterizaria crime (são os chamados “crimes-obstáculo”). Assim, instalar fábrica que produza fuligem, sem autorização administrativa especial, seria crime; ou dirigir sem carteira de habilitação, embora o condutor seja hábil motorista. Os riscos, aqui, são enormes, para a sociedade democrática.

Como uma visão herdada da lógica de gestão, o gerencialismo trabalha com a ideia de que são necessárias mudanças gerenciais no sistema de justiça – enfatizando novos padrões de racionalização de procedimentos, simplificação de esquemas operacionais, capacitação do pessoal, e administração menos burocratizada. Nessa proposta, a Justiça é encarada conforme os seus critérios de eficiência e produtividade, passando, o poder judiciário, a trabalhar em uma lógica segundo a qual os juízes devem ser gerentes de seus cartórios, aumentando a eficiência e a competência jurisdicionais, e respondendo melhor às demandas dos usuários. A partir dessa lógica, os juízes devem estar prontos a inovar e melhorar a qualidade dos “bens e serviços” que o judiciário propicia aos indivíduos e à sociedade, e “competir” com maiores chances de sucesso (NETO, 2005).

Para Dias Neto (2005, p. 94), é evidente que, por trás da adesão ao punitivismo, está o fato de que o discurso do efficientismo simbólico se converteu em tecnologia de poder do sistema político, em que se barganha a ilusão de segurança em troca do voto. Fundado em

uma falsa contraposição de dois interesses igualmente legítimos, a aplicação da lei penal e a proteção das garantias individuais, o discurso eficientista converte-se também em argumento legitimador de reformas legislativas e administrativas voltadas ao esvaziamento das garantias processuais do suspeito e do acusado e ao recrudescimento dos poderes investigatórios e punitivos do Estado. Nesse cenário, o Direito Penal se afasta de sua função de controle e limite do emprego da força pelo Estado, para converter-se em instrumento simbólico de combate à criminalidade.

Azevedo & Azevedo (2007) alertam que é preciso ter cautela com o uso simbólico do direito penal, pois, embora incriminar condutas possa oferecer à população uma inicial sensação de segurança (necessidade pungente na *sociedade de risco*) (MACHADO, 2005), quando se percebe que a lei penal só pretendia oferecer tal conforto, sendo inaplicável ou inócua no cotidiano, gera-se frustração com o sistema. Segundo os autores, a sensação que sobrevém é de impunidade – caldo de cultura de maior criminalidade, visto que o sistema penal não é apto para a erradicação da criminalidade, pois é forma de controle social que incide sobre efeitos, sem combate às causas. Sua irresponsável utilização simbólica é também uma desesperada tentativa de aliviar as tensões presentes, sabendo-se que as causas da criminalidade exigem medidas sociais que demandarão vários anos para que sejam sentidos os primeiros resultados positivos. A impaciência leva à preocupação com a eficácia penal, pretendendo-se aferi-la onde não se encontra e no que jamais realizará.

2.2.2 Direito Penal Mínimo: Garantismo e Abolicionismo

O minimalismo tem origem em princípio penal universalmente consagrado, qual seja, o da intervenção mínima (AZEVEDO, 2008). Nas palavras de Santiago Mir Puig (*In TORON*, 1996, p. 40), trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. A ideia é reduzir ou mitigar a atuação do campo penal, a partir da descriminalização e despenalização das condutas. Alberto Zacharias Toron (1996) distingue descriminalização e despenalização, advertindo que a segunda implica em retirar a natureza delitual, mantida a resposta sancionatória na esfera cível ou administrativa.

O Direito Penal Mínimo assume a sua forma mais branda com o *garantismo*, na medida em que esta linha se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à

intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo e controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados (CARVALHO, 2002, p. 19).

Estabelecendo um contraponto ao modelo juspositivista clássico – quando a simples observância dos procedimentos formais era suficiente para a sua validade – o modelo garantista, representado pelo que Ferrajoli (1999) denomina de *Estado Constitucional Democrático de Direito*, apresenta uma nova racionalidade de administração das normas, fundando um novo paradigma, que deve balizar a normatividade estatal contemporânea.

Nesse sentido, Ferrajoli (1999, p. 22) destaca:

(...) el paradigma del Estado constitucional del derecho – o sea, el modelo garantista – no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación substancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas.¹⁵

Como se vê, segundo a ideia garantista, entende-se necessário submeter o conteúdo substancial da norma jurídica (estrita legalidade) aos princípios estabelecidos pela Constituição. A simples existência (vigência) da lei, mesmo que para tanto tenha respeitado os procedimentos formais, por si só não a torna substancialmente válida: é necessário que todas as normas respeitem ao conteúdo da Constituição da República, quando se fará valer seu sentido substancial (ACHUTTI, 2009, p. 48).

Partindo-se da ideia de uma restrição do Direito Penal a partir das garantias constitucionais introduzidas pelo Estado Democrático de Direito, cria-se, portanto, um modelo que exige não só a *vigência* das normas (quando são respeitadas as formas de sua produção), mas também a sua *validade* (quando será observada a sua consonância com o conteúdo da Lei Maior), para que seja, efetivamente, válida.

Já numa crítica mais radical aos fundamentos do Direito Penal, encontra-se o *abolicionismo*, teoria segundo a qual o sistema penal é contraprodutivo em relação a seus objetivos, não funciona de acordo com as legitimações que lhe foram outorgadas, como ressocialização e prevenção, além de não atender às necessidades verdadeiras do povo. Nesse

¹⁵ “(...) o paradigma do Estado constitucional de direito – ou seja, o modelo garantista – não é outra que esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta ambas as dimensões de todo fenómeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se quer, a ‘racionalidade formal’ e a ‘racionalidade material’ weberianas.” (Tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La lei del más débil. p. 22.

sentido, Louk Hulsman (1997), um dos expoentes dessa vertente, entende que o sistema penal causa sofrimento desnecessário, é desigualmente aplicado, oculta o conflito e é de difícil controle.

Na obra de Rolf de Folter (1989), é destacado, no prólogo, o caráter utópico da ideia de abolição do sistema penal. Para os autores, as utopias não são falácias, e muitas vezes geraram as idéias fundadoras de grandes projetos sociais que tiveram finalmente concreção. Zaffaroni (1984, p. 10), em relação à realidade da América Latina dirá que, pensar nas propostas abolicionistas que surgiram nos países centrais e para suas próprias conjunturas, possibilita ao mundo periférico refletir e repensar sobre os conceitos e práticas da ordem jurídica liberal vigente e sobre a construção de mecanismos menos repressivos e alienantes para a solução dos conflitos em uma América Latina em crise, complexa e oprimida.

No mesmo sentido, Tupinambá de Azevedo (2008) dirá que precisamos desenvolver, das teorias abolicionistas, a idéia das respostas obtidas no âmbito da sociedade civil, que teria órgãos de arbitragem e tutela para conflitos interpessoais, dispensando a intervenção da Justiça Penal tradicional. Esse mesmo rumo é dado pelas teorias do "Direito Penal voltado para as conseqüências" e do "Direito Penal funcional", com ênfase nas sanções consensuais, nas transações penais e até composições cíveis com efeitos (des)penalizadores.

Porém, Leonardo Sica (2007, p. 8-9) alerta que, para além da falência da prisão, há também o fracasso das alternativas. O autor sustenta que, na proposição de teorias alternativas, não houve a preocupação em construir um discurso teórico próprio às penas e medidas alternativas, pois toda a elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere. Segundo ele, a insuficiência das alternativas é evidente, pois:

(...) de nada adianta pensar em penas e medidas alternativas ao castigo prisional dentro de um paradigma exclusivamente punitivo-retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes (basicamente a pena), acabará sempre prevalecendo a resposta de força, impulsionada por fatores externos ao sistema". "A finalidade das penas e medidas alternativas é apenas impedir o encarceramento? Trata-se do 'fracasso' das alternativas ou de sua impossível convivência com uma política criminal reacionária e encarceradora? Ou seja: o problema é mais amplo (SICA, 2007, p. 9).

Dessa forma, entende-se que não adianta apenas reduzir a área de intervenção penal e mexer no tamanho do aparato punitivo, é necessário mexer em sua forma. Por isso, ao defender os avanços obtidos com a Justiça Restaurativa, Antonio Beristain (*apud* SICA, 2007, p. 10) enuncia que é aí houve desejo de algo mais que modificar, suprimir ou incluir muitos artigos nos Códigos, que reformem e melhorem as normas substantivas e processuais do *ius puniendi*: "Buscamos outras metas diversas, avançamos em outro nível."

De acordo com essa ideia, assiste-se a novas formas de administração da justiça em matéria penal sendo propagadas. Novos modelos que se pautam por diretrizes e têm como características as observadas por Azevedo (2002, p. 67-68):

(...) uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promoverem sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima do que 'o que não está no processo não está no mundo'; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase de uma maior imparcialidade, durabilidade, e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento.

Como se vê, as novas formas de gestão dos conflitos sociais se orientam por um caminho diverso do simples rechaço ao sistema penal pautado na lógica formal e dogmática do normatividade estatal, apontando novas perspectivas ao tratamento da conflitualidade social contemporânea. De qualquer forma, entendemos que as novas perspectivas, ainda que orientadas por uma maior informalização da administração da justiça e pela crítica ao dogmatismo jurídico, não podem prescindir dos Direitos Humanos como balizadores dos seus limites e fundamentos.

2.2 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Nesse sentido, a noção de direitos humanos é anterior ao surgimento da idéia de constitucionalismo, eis que ela se vale da doutrina *jusnaturalista* e da filosofia das Luzes do século XVIII, particularmente da noção de contrato social.

Para Jean-Jacques Israel (2005, p. 73), os inspiradores diretos da positivação dos direitos do homem foram Rousseau e Montesquieu, pois os dois pensadores rompem com o dispositivo clássico de natureza das coisas e da lei natural, dizendo que os direitos naturais não são obviamente deduzidos daí. Já, para Ingo Sarlet (2004, p. 47), foi principalmente com

Rousseau, Tomas Paine e Kant que, no âmbito do iluminismo de inspiração *jusnaturalista*, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo.

Para Rousseau (2003), o homem nasce livre no estado de natureza e, pode assim, fundamentar o estado de sociedade. Diferentemente de Hobbes, que não acreditava no mito do bom-selvagem, Rousseau ambicionou superar o confronto entre a liberdade e o poder para construir uma sociedade de liberdade *conciliada* ao poder. A sua idéia básica é de que a igualdade fundamenta a liberdade, não havendo espaço para a subordinação. Sendo assim, o contrato social traria vantagens superiores ao estado de natureza, eis que a associação de todos os indivíduos em um corpo garantiria uma melhor manutenção e defesa contra as forças hostis da natureza.

O pensamento kantiano foi muito inspirado por Rousseau, pois, para Kant, a liberdade jurídica do ser humano é a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento (KANT *apud* BOBBIO, 1992, p. 86). Nesse sentido, Kant apregoa que todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.

É a partir do constitucionalismo, porém, que a ideia de regulação dos Direitos Humanos aparece como necessária para a limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, além de consagrar os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo (MORAES, 2000, p. 19). Sendo assim, a positivação dos direitos veio a consagrar a necessidade de insculpir um rol mínimo de Direitos Humanos em um documento escrito, formulando o que Alexandre de Moraes (2000, p. 39) define como Direitos Humanos Fundamentais, como se vê:

(...) esse conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, protegendo-o do arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Sarlet (2004, p. 47) aponta a importância dos Direitos Humanos para esse novo paradigma constitucionalista, pois entende que eles integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Bobbio (2000, p. 192), ao apontar as bases da tutela dos Direitos Humanos, opta por uma abordagem integradora do *jusnaturalismo* e do constitucionalismo, ao dizer que o Estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. Para o autor, o direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

Modernamente, são inúmeros os apontamentos conceituais e as causas fundantes dos Direitos Humanos, sendo difícil defini-los satisfatória e integralmente, como explica José Afonso da Silva (1997, p. 174):

A ampliação de transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos e subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Essa multiplicidade de conceitos acaba não só refletida na dificuldade de escolha de um sistema jurídico, de sua amplitude e flexibilidade, mas também na definição de diretrizes éticas e legislativas para proteger os sujeitos de direito e, conseqüentemente, na definição de uma expressão que contemple esses direitos intrínsecos ao ser humano. Essa dificuldade é vislumbrada nos próprios textos constitucionais, como aponta Sarlet (2004, p. 33):

(...) a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais.

Para Bobbio (1992, p. 24), a problemática dos Direitos Humanos não reside em fundamentá-los, mas sim em efetivá-los: “o problema fundamental em relação dos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” Senão por sua aparente abstratividade e atualidade, pela pouca cooperação dos Estados em reconhecê-los, a falta de tutela jurisdicional dos direitos humanos intrinca a sua aplicação.

Conforme adverte Sarlet (2004, p. 40), os Direitos Humanos, enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal própria dos direitos fundamentais, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham. Nesse sentido, a fundamentalidade dos Direitos Humanos, ainda que não contemplada na expressão, deve ser

sempre considerada, a fim de que seja possível exigir a sua tutela e eficácia jurídica. A eficácia jurídica é o que possibilita que a norma vigente seja aplicada aos casos concretos e gere efeitos jurídicos.

A dificuldade prática da tutela dos Direitos Humanos tomou sua forma mais desastrosa durante a Segunda Guerra Mundial, cujas violações de Direitos Humanos pela Alemanha nazista serviram como base para a implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Segundo Flávia Piovesan (2008, p. 117), a ordem internacional passa a crer que algo poderia ter sido evitado se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse à época. A esse respeito, diz Jean-Jacques Israel (2005, p. 181):

Após a Segunda Guerra Mundial, tomou-se consciência do fato de que nenhum sistema nacional de proteção das liberdades era infalível, todos repousavam na vontade de autolimitação das autoridades públicas nacionais. Procurou-se resolver o problema encaminhando a solução a uma autoridade superior àquela do Estado responsável, ou seja, uma autoridade internacional de direitos do homem que se distingue, em vários aspectos, do direito internacional geral.

A emergência dos direitos humanos nas relações internacionais após a Segunda Guerra Mundial é interpretada por teóricos como uma verdadeira revolução, que teria trazido o indivíduo ao primeiro plano do direito internacional e o cidadão a um domínio antes reservado exclusivamente aos Estados. Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg teve duplo significado para o processo de internacionalização dos Direitos Humanos: não apenas consolida a idéia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional (PIOVESAN, 2008, p. 124).

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, demarca, então, o surgimento de uma nova ordem internacional, com preocupações que, segundo Piovesan (2008, p. 126) incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

Para Piovesan (2008, p. 119), a implementação de uma disciplina e de mecanismos em nível internacional para garantir a proteção dos Direitos Humanos é de suma importância, pois revela a recente busca pela construção de um novo paradigma ético, que não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, visto que se trata de tema de legítimo interesse internacional. Nessa nova ordem, a tutela dos Direitos Humanos passa a ter um caráter *erga omnes* e cria uma relação de interdependência entre os Estados.

Segundo Lindgren Alves (2007, p. 20), a introdução desse elemento novo no Direito Internacional representaria uma modificação qualitativa na interação da comunidade internacional pelo fato de ele, *per si*, não servir a qualquer interesse nacional particular evidente.

Partindo dessa mesma idéia, Jean Jacques Israel (2005, p. 182) aponta que um dos aspectos diferenciados da tutela dos Direitos Humanos em relação ao Direito Internacional geral é o fato de que ele não busca prioritariamente ser um direito de coordenação ou cooperação, mas, antes de tudo, um direito de proteção. Nas palavras de Israel, “o objetivo que ele almeja é o de uma proteção do indivíduo tão efetiva quanto possível, dada a necessária harmonização que deve ser efetuada entre as diferentes fontes” de direito.

PARTE II – JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS: POR UM DIÁLOGO POSSÍVEL EM MATÉRIA PENAL

3. O MODELO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Tendo em vista as indagações produzidas nos Capítulos anteriores, que sugerem a necessidade de pensarmos em novas formas de administração da conflitualidade em material penal, entendemos importante propor novas teorizações que possam produzir efeitos práticos no sistema jurídico vigente.

Ao tensionar a crise do sistema penal como garantidor de resposta eficiente e adequada ao delito, optamos, dentre as vias propostas por Achutti (2009, p. 55-56) para enfrentar a problemática que se impõe, pela terceira, como se vê:

Enquanto no direito penal percebe-se uma desenfreada busca da segurança através da edição de inúmeras leis penais, do aumento das penas em abstrato já existentes e da criação de novos tipos penais inseridos em leis atualmente em vigor, no processo penal é possível dizer que três opções são colocadas à disposição dos atores jurídicos: (a) utiliza-se aquilo que Choukr¹⁶ chamou de *processo penal de emergência*; (b) inicia-se o respeito à Constituição da República e a todos os seus princípios processuais penais (...); ou (c) passa-se a pensar em novas formas de administração da justiça criminal.

Dentre as hipóteses lançadas, excluimos prontamente a aplicação, em sede de política criminal, do processo penal de emergência, já que esta abordagem serve-se de uma visão gerencialista e maximizadora do sistema jurídico, incidindo, como se viu, na maculação das garantias processuais e dos direitos do acusado. A segunda hipótese, ainda que harmonizadora

¹⁶ O direito penal de emergência seria um fenômeno recorrente nos países em processo recente de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito - e na prática social, de forma geral, o que se tem é a continuidade do discurso do pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para o seu combate. Dessa forma, mais medidas são exigidas ante a fragilidade das anteriormente tomadas, e a retórica da intransigência aparece aqui sob o manto do "algo precisa ser feito". CHOUKR, Fauzi Hassan. **Direito penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. No mesmo sentido: (...) no âmbito do sistema judicial, as reformas institucionais são apresentadas como tentativas de dar conta do aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança que se verifica nos grandes aglomerados urbanos. A pressão da opinião pública, amplificada pelos meios de comunicação de massa, pressiona no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a chamada política de "tolerância zero", adotada pela Prefeitura de Nova Iorque no início dos anos 90, e defendida por diferentes setores do espectro público. O pressuposto dessa política de segurança pública é a perda de eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Informalização da Justiça e Controle social**, p. 100-101.

com a formulação de novas abordagens para a administração dos conflitos criminais, restringe o enfrentamento da situação à estrita observância das normas jurídicas no processo penal, sem questionar a sua função. Elegendo a terceira via, consideramos possível incluir o respeito à Constituição e a todos os seus princípios processuais penais, mas intentamos ir além, ao refletir sobre uma nova racionalidade ética para a administração dos conflitos em matéria penal.

Nesse contexto, viemos apresentar a Justiça Restaurativa, que, diferente de outros modelos contemporâneos¹⁷, entendemos introduzir um novo olhar no modo de conceber o processo penal e a relação entre ofensor, vítima e Estado.

3.1 POR UMA APROXIMAÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

O modelo de justiça restaurativo tem sua origem em antigas *práticas* comunitárias de justiça, utilizadas especialmente em comunidades indígenas e aborígenes, como podemos demarcar na Nova Zelândia, Austrália e Canadá. Para Gomes Pinto (2004, p. 4), o caráter comunitário das práticas restaurativas poderia ser uma forma de recuperação de uma porção do monopólio que detém o Estado moderno de aplicar o Direito Penal, de forma que entende sustentável a tese de que a Justiça Restaurativa representa, de certo modo, um retorno a uma justiça tribal. Para Sica (2007, p. 22), é defensável a hipótese de que o declínio das práticas restaurativas nessas comunidades tenha coincidido com a consolidação dos conceitos de crime e castigo.

Apesar de as práticas restaurativas serem utilizadas há bastante tempo em comunidades específicas, apenas recentemente é que passaram a ter visibilidade como via possível para resolução de conflitos junto ao sistema legal dos países. Nesse sentido, aponta Morris (2005):

¹⁷ Segundo a concepção de Achutti, são três os modelos contemporâneos de justiça criminal: Justiça Instantânea, Justiça Terapêutica e Justiça Restaurativa. Na aplicação da *Justiça Instantânea*, que visa à informalização do processo penal através dos Juizados Especiais Criminais, trazendo maior celeridade à resolução da demanda e popularizando o acesso à justiça, entendemos que as garantias processuais do acusado são maculadas, além de permanecer preservado o binômio ação-sanção. Da mesma forma é o entendimento no que se refere à aplicação da chamada *Justiça terapêutica*, em que a sanção penal apenas adquire a forma de tratamento terapêutico. Isto é, nestes dois modelos de administração da justiça criminal, a lógica retributiva se mantém. Para um estudo mais detalhado das formas alternativas de resolução de conflitos em matéria penal, ver ACHUTTI, Daniel. Modelos contemporâneos de justiça criminal. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

Muito embora os valores, processos e práticas da justiça restaurativas já existam há algum tempo, ocorreu, na década de 90, um ressurgimento internacional do interesse sobre o assunto (...), por um lado como uma reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional e, por outro, como uma reação ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas.

A expressão *Justiça Restaurativa*, embora seja bastante difundida e muito aplicada para se referir a esse novo modelo, não é unânime na literatura. A primeira dificuldade conceitual reside na utilização da expressão *justiça* – definida como um sistema organizado de normas e sanções –, visto que a ideia de *restauração* ou *restauratividade* tem sua origem em *práticas* difusas e minoritárias, externas ao sistema judicial tradicional.¹⁸ Com a ampliação dos estudos e as crescentes implementações de práticas restaurativas ao longo do mundo, a expressão *Justiça Restaurativa* acabou se afirmando, por ser utilizada com maior recorrência e, mais recentemente, de maneira integrada ao sistema legal em alguns países.

De qualquer forma, reside outra dificuldade para a definição do conceito, relacionada aos problemas de tradução do termo *restorative* (as práticas surgiram em países de língua inglesa), que poderia ser traduzido para o português como *restaurador*, mas que acabou sendo difundido como *restaurativo*. Pela origem difusa, outras expressões também são utilizadas para se referir a esse novo modelo, como “justiça transformadora”, “justiça relacional”, “justiça comunal”, “justiça recuperativa” ou “justiça participativa”, conforme material publicado pela ONU (*Handbook of Restorative Justice Programmes*, 2006). Nesse trabalho, optamos por utilizar a expressão *Justiça Restaurativa* apenas por ser a mais referida entre os autores.

Ao tentar formular um conceito do que seja esta prática, a literatura é recorrente em afirmar que não há uma definição fechada e auto-contida para a expressão:

A justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

Independente dos diversos modelos de orientação da restauratividade, tanto os centrados nas finalidades como aqueles centrados nos processos, percebe-se que eles não se constituem em modelos monolíticos, (...) de modo que a Justiça Restaurativa não está orientada por uma conceituação única ou consensual (KONZEN, 2007, p. 78 e 81).

(...) sendo a sua [Justiça Restaurativa] definição algo ainda inconcluso (GOMES PINTO, 2004, p. 3)

¹⁸ Como exemplo, temos os *círculos* ou *encontros restaurativos* realizados de maneira periférica ao sistema legal estatal em comunidades indígenas, escolas e outros espaços coletivos comunitários.

No mesmo sentido, Sica (2007, p. 10) entende que, mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. E Jaccould (2005, p. 169), ao falar da abrangência de uma pluralidade de objetivos na justiça restaurativa, dirá que não é mais possível inseri-la em um modelo de justiça específico. Pelo que se vê, o conceito de Justiça Restaurativa tende a permanecer dinâmico e aberto, pela multiplicidade de orientações e práticas que acompanham a sua história.

No entanto, para o desenvolvimento do presente trabalho, consideramos importante demarcar os limites desse novo modelo, de modo que optamos por utilizar uma definição abrangente, mas que entendemos dar conta da ideia inicial do que seja a Justiça Restaurativa. Para tanto, tomamos os conceitos de Jaccould e Konzen, respectivamente, que a definem como:

(...) toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. (JACCOULD, 2005, p. 6)

A restauratividade, pelo sentido estrito construído a partir do adjetivo *restaurativa* ao substantivo *justiça*, teria o propósito de dedicar-se em tentar instalar novamente o valor da justiça nas relações violadas pelo delito. (KONZEN, 2007, p. 83)

A partir dessas noções, entendemos que a Justiça Restaurativa – aplicada à área penal – apóia-se em uma redefinição do crime, de acordo com que postula Konzen (2007, p. 7): o crime deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica e passa a ser visto como um evento causador de prejuízos e consequências.

Para Achutti (2009, p. 73) A importância desse novo modelo reside exatamente aí, pois a infração deixa de ser um mero tipo legal violado e passa a ser vista como advinda de um contexto bem mais amplo, de origens obscuras e complexas, e não de uma mera relação de causa e efeito.

No mesmo sentido, temos o entendimento de Sica (2007, p. 31):

(...) na justiça penal tradicional, os operadores preocupam-se com os *standards*: identificar o lugar-comum de cada caso (ou melhor, de cada processo) em relação à lei e à jurisprudência é o mais importante, o que sufoca a individualidade e a dimensão humana. A justiça penal ‘coisifica’ ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que pressupõe que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores, daí as decisões pasteurizadas, súmulas vinculantes, etc.

Corroborando com a ideia de que o sistema judicial tradicional trabalha à procura de padrões e volta-se para o passado, os autores McCold & Wachtel (2003, p. 1), ao defenderem a utilização da Justiça Restaurativa, vão dizer que o seu postulado fundamental é: o crime causa danos às pessoas e relacionamentos e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível. Dessa premissa, resultam as seguintes questões-chave: Quem foi prejudicado? Quais as suas necessidades? Como atender a essas necessidades?

Para uma análise do modelo de Justiça Restaurativa, passaremos a abordar os seus procedimentos e atores sociais envolvidos, bem como os seus princípios e fundamentos, procurando demarcar a sua diferença em relação a outros modelos de justiça em matéria penal.

3.2 PROCEDIMENTOS EM JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa tem sua aplicabilidade através de uma diversidade de *práticas restaurativas*, que podem se dar no formato de círculos, reuniões, conferências ou grupos, variando conforme os seus objetivos específicos e a sua área de atuação. No âmbito do Direito Penal, os rituais restaurativos têm como objetivo propiciar um espaço de diálogo entre vítima, ofensor e comunidade, para que possam falar sobre o delito e sobre suas conseqüências para os envolvidos.

Em matéria penal, a técnica mais comumente utilizada é a da mediação (SICA, 2007), que consiste em um encontro entre a vítima e ofensor, orientado por um mediador, com o objetivo de alcançar um acordo reparador. Nesse encontro, pretende-se, a partir do diálogo, desconstituir a dicotomia vítima-ofensor e os mitos envolvidos nesse imaginário, sendo a aproximação das partes e a desconstrução dos estereótipos os efeitos mais importantes da participação ativa dos envolvidos no processo restaurativo (PETERS & AERTSEN, 1995, p. 140).

Além da mediação, utiliza-se uma série de outras abordagens que se baseiam no modelo restaurativo, algumas mais específicas, como os círculos de compromisso, em que apenas participam o ofensor e a comunidade de apoio¹⁹, e outras mais abrangentes, com vistas

¹⁹ No âmbito da justiça juvenil, os círculos de compromisso são realizados com foco no período da internação do infrator, sem a participação da vítima. Os círculos têm o objetivo de pactuar o Plano Individualizado de Atendimento – PIA, especificando as condições de cumprimento da medida socioeducativa, em qualquer de

a incluir as instituições e as comunidades das quais vítima e ofensor fazem parte. Como exemplos, temos os círculos ou encontros restaurativos (*conferencing*)²⁰, as conferências familiares (*family group conferences*)²¹, os círculos decisórios (*sentencing circles*), os painéis comunitários de reparação (*community reparation boards*) e os programas de restituição (*restitution programmes*) (MORRIS, 2005).

O modelo restaurativo outorga grande valor ao fato de vítima e ofensor se encontrarem pessoalmente, na presença de um supervisor ou agente facilitador – quando isso não é possível, pode-se promover aproximação por meio de carta, fita gravada, mensagens entregues por um portador. Compartilhamos com Scuro Neto (2005) a importância de demarcar que a *prática restaurativa* não se dá apenas com a realização de qualquer encontro, sendo necessária, para que seja considerada como tal, a convergência de cinco elementos: reunião, relato, emoção, entendimento, acordo, cada qual contribuindo decisivamente para fortalecer e dar sentido restaurativo ao encontro.

Sendo assim, para que se dê o ritual restaurativo, deve, primeiramente, acontecer um encontro voluntário, sustentado pelo consentimento de todos os interessados e a partir da responsabilização por parte do ofensor. Nesse encontro, a ferramenta norteadora será o diálogo, a partir do qual, segundo Rolim (2004, p. 25), as partes poderão expor com toda a franqueza seus sentimentos, suas angústias, seus temores e suas expectativas. Enquanto no procedimento judicial tradicional as partes no máximo observam o que o outro diz a terceiros, na proposta restaurativa, infrator e vítima conversam, relatam com as próprias palavras o ocorrido, descrevem como os acontecimentos os afetaram e contam como encaram o delito e suas conseqüências.

Segundo McCold & Wachtel (2003), o grau de envolvimento os interessados, em uma troca emocional e decisões significativas, determinará o grau em que qualquer forma de disciplina social poderá ser chamada apropriadamente de *restaurativa*. O próprio processo de interação é crítico para preencher as necessidades emocionais das partes interessadas. O compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram

suas etapas de elaboração, ajustamento ou implementação. Projeto Justiça para o Século XXI. **Atividades 2009**. CPR/JJJ – Central de Práticas Restaurativas do Juizado da Justiça Juvenil - JIN, PJJ, 3ª Vara, Porto Alegre, Novembro 2009. Disponível em www.justica21.org.br. Acesso em 20. Jan. 2011.

²⁰ Além de vítima e ofensor, também podem participar dos círculos restaurativos qualquer pessoa que represente a comunidade e que tenha interesse em participar. PALLAMOLLA, Rafaella. *Justiça Restaurativa: legislação e experiências espanholas*. p. 180. Nota de rodapé.

²¹ No exemplo espanhol, as conferências de família acontecem com a participação de familiares e pessoas que dão apoio aos ofensores e vítimas, sendo comum também a participação da polícia ou agentes de liberdade vigiada (instituto similar ao livramento condicional no Brasil) ou trabalhadores sociais. PALLAMOLLA, Rafaella. *Op. Cit.* p. 180.

diretamente afetados não pode ocorrer através de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa dos três grupos, isto é, ofensor, vítima e comunidade.

O momento derradeiro, que é precisamente o do acordo, estabelece uma base produtiva para o que virá depois do encontro, dependendo do ponto de vista das partes, das circunstâncias e da vontade de cada um, da convergência de seus interesses e de suas decisões, e não simplesmente da perspectiva dos autos de um processo fundado apenas no contraditório.

Para que o procedimento restaurativo seja produtivo e sustentável, faz-se necessário ressaltar a importância da *voluntariedade* desse ritual, de modo que a ideia é garantir a integridade dos participantes e não macular os direitos humanos. Nesse sentido, os autores reforçam a ideia de que as partes não poderão ser obrigadas a participar desse procedimento: deverão fazê-lo de forma voluntária, sob pena de haver prejuízo latente para que se atinjam os resultados pretendidos (ROLIM, 2004, p. 25). A exigência de voluntariedade para que os atores envolvidos no delito participem do procedimento restaurativo fundamenta-se na ideia de que a Justiça Restaurativa não visa a substituir a lógica judicial tradicional, apenas insere-se no sistema penal como outra possibilidade de resolução do conflito.

Para uma sistematização didática das diferenças básicas entre os procedimentos do sistema judicial retributivo e os do sistema restaurativo, Gomes Pinto (2004) propõe o seguinte quadro:

PROCEDIMENTOS	
SISTEMA RETRIBUTIVO	SISTEMA RESTAURATIVO
Ritual solene e público	Ritual comunitário com os envolvidos
Indisponibilidade da Ação Penal	Princípio da oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias	Procedimento mais informal – acordo entre os envolvidos
Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – vítimas, infratores, pessoas da Comunidade e ONGs

Quadro 1. Procedimentos da Justiça Restaurativa

É possível visualizar que, de um modo geral, os procedimentos restaurativos são mais informais, colaborativos e comunitários que os procedimentos do sistema penal retributivo.

No modelo restaurativo, a lógica discursiva do Direito abre espaço para um outro discurso, que privilegia o acordo entre as partes diretamente envolvidas no conflito, em detrimento de uma resposta abstrata do Estado ao conflito. Nesse sentido, as práticas restaurativas surgem como uma forma de democracia participativa na Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora (GOMES PINTO, 2005, p. 3).

A participação ativa dos envolvidos no processo decisório, como forma de trazer à tona as suas subjetividades, é o ponto destacado por alguns autores como o diferencial da Justiça Restaurativa em relação a outros modelos de justiça. Nesse sentido, Rolim (2004, p. 25) dirá que, no encontro restaurativo, o que entra em cena é a subjetividade, o interlocutor integral, a emoção favorecida pelo relato e que resulta da própria infração, fatores excluídos do procedimento judicial tradicional em matéria penal.

Da mesma forma, Gomes Pinto (2005, p. 3) entende que o processo restaurativo busca aprofundar-se no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas e superando o modelo retributivo. Em relação à participação dos envolvidos no conflito, Pallamolla & Azevedo (2008, p. 4) vão dizer que o sistema retributivo mantém os interessados distantes do processo penal, possui resposta igualmente violenta à violência do delito e não alcança resultados positivos tanto para o ofensor quanto para a vítima.

Em relação aos diferentes procedimentos utilizados no âmbito da Justiça Restaurativa, destacamos que, além da variação conforme a área (educação, comunidade, justiça juvenil ou criminal), os procedimentos também podem variar conforme o sistema legal em que as práticas estão inseridas. Em matéria penal, por exemplo, os procedimentos restaurativos podem ser utilizados em diferentes momentos dentro do sistema legal, conforme esquema proposto por Sica (2007, p. 29-30):

- (i) pré-acusação, com encaminhamentos do caso pela polícia (caso da Inglaterra e Japão);
- (ii) pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da *noticia criminis* e da verificação de requisitos mínimos, que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- (iii) pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia;
- (iv) pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento, etc;
- (v) pós-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução.

Para o seu estudo sobre Justiça Restaurativa e Mediação Penal, o referido autor considera as entradas que evitam o processo judicial e possibilitam uma solução extra-processual (*i*, *ii* e *iii*), por entender que a sobreposição ou acumulação dos dois modelos (punitivo e restaurativo) sobre um mesmo caso cria alguns problemas sérios:

(...) *bis in idem* para o ofensor, revitimização e incongruência sistemática (pois, ou um caso é possível de ser resolvido por métodos restaurativos (...) ou o fracasso da intervenção restaurativa resulta no reenvio do caso para o sistema formal ou, por fim, a situação não se enquadra nos critérios de envio para a justiça restaurativa e deve ser tratada diretamente pelo sistema formal). (SICA, 2007, p. 30)

Compartilhamos desse entendimento, ao conceber que a mediação penal e outras práticas comunitárias e dialogais sejam mais afinadas às ideias restaurativas, ao proporem a administração dos conflitos em matéria penal em um momento anterior ao da litigiosidade judicial, de modo que devem ter lugar, no máximo, logo após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

3.3 VALORES E FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Dentro da área do Direito, a *Justiça Restaurativa* tem inspiração em movimentos como a criminologia crítica e o abolicionismo, como já se viu, tendo em vista que propõe uma guinada na forma de entender o sistema penal. Além disso, essa nova abordagem considera o delito como um ato complexo, passível de administração somente se analisado sistemicamente, integrando, portanto, os saberes de outras disciplinas para a gestão do conflito (filosofia, sociologia, psicologia, comunicação e pedagogia).

Com esse giro, o papel da vítima também se desloca, pois o delito passa a ser considerado desde os efeitos que provocou em todos os envolvidos, e não apenas como atentado à ordem social, cujo ofendido legítimo é o Estado. Nesse sentido, a análise do conflito passará a ser feita a partir da consideração do dano causado para todas as partes envolvidas no conflito: vítima, ofensor e comunidade.

No entender de Konzen (2007, p. 82), a Justiça Restaurativa fundamenta-se, pois, na compreensão de que o próprio proceder passa a constituir-se em valor de referência. Valores como a flexibilidade, a espontaneidade, a voluntariedade, o encontro dialógico, a confidencialidade, a informalidade, a tolerância, o respeito à diferença, a circularidade, o comunitário, o cooperativo, o sistêmico, o democrático, o educativo, a perspectiva da inclusão

e da pacificação, a proporcionalidade do razoável e a participação e a responsabilidade ativa assumem a condição de servir de ponto de partida, de fundamento e de justificativa de todo o procedimento, razão de ser uma carta de princípios.

A seguir, podemos visualizar a tabela proposta por Lode Walgrave (2008), que sistematiza a carta de princípios e valores da justiça restaurativa, tomada em comparação com a chamada justiça chamada retributiva:

VALORES	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito normativo de Crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado	Conceito realístico de Crime – ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa
Processo Decisório a cargo de autoridades (Policial, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito)	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade)
Culpabilidade Individual voltada para o Passado	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

Quadro 1. Valores da Justiça Restaurativa

Segundo esse quadro, podemos conceber que conceito de crime utilizado pela Justiça Restaurativa vai pautar-se pelo dano concreto causado aos interessados, mais que pelo dano abstrato causado ao sistema legal. Nesse sentido, o interesse das pessoas envolvidas e da comunidade tem primazia em relação ao interesse do Estado. Por esta razão, o processo decisório estará a cargo dos envolvidos, sendo realizado de maneira compartilhada, a partir da responsabilização do ofensor, do perdão da vítima e da busca pela restauratividade de forma coletiva na comunidade. A partir desses pressupostos, a Justiça Restaurativa introduz, então, uma visão crítica e alternativa ao dogmatismo jurídico.

Dessa forma, tem-se que o proceder para a busca por respostas não consiste, como no sistema retributivo, na entrega da responsabilidade a terceiros, a agentes do Estado em relação de poder voltada a rememorar o passado e a debater ou discutir em um ambiente adversarial, mas com foco nas necessidades dos protagonistas do fato, dos direta e indiretamente atingidos pelas consequências, a instalação do diálogo como instrumento base para a busca por respostas. A Justiça Restaurativa apresenta-se, portanto, trazendo um novo ideal, uma nova possibilidade de se enfrentar os conflitos criminais, ao abandonar o velho paradigma de culpa-castigo em prol de um paradigma de diálogo-consenso (ACHUTTI, 2009, p. 106).

De forma abrangente, é possível estabelecer uma diferenciação de valores entre o sistema penal e o sistema restaurativo a partir da seguinte categorização: enquanto, no primeiro, trabalha-se com as ideias de culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção; no segundo, pauta-se pelos princípios do diálogo, circularidade, responsabilidade, reparação do dano e coesão, como veremos a seguir.

3.3.1 Diálogo: A função da palavra

Um das premissas da Justiça Restaurativa – e para nós considerada a mais importante – é de que o diálogo entre as partes interessadas deve ser a ferramenta utilizada para a composição do conflito.

Esta situação coloca o modelo restaurativo em oposição à formalidade e rigidez do proceder acusatório, visto que, neste último modelo, o diálogo entre as partes inexistente, suas falas são sempre voltadas a um terceiro, e a decisão do litígio, ao final, é imposta pelo juiz. Para Hulsman & Celis (1997, p. 80-81), no sistema penal não se escutam realmente as pessoas envolvidas, não se registra o que elas dizem com suas próprias palavras. O teor dos formulários e das petições presentes no processo penal são, segundo os autores, *palavras de perito*, são filtros que estereotipam o indivíduo, seu meio e o ato que lhe é reprovado.

Na Justiça Restaurativa, ao contrário, veremos que, pela forma de perceber o proceder pela restauratividade, colocando ofensor e vítima frente a frente para conversarem, o diálogo tem valor em si mesmo. E as respostas *postas* pelo diálogo, nesse sistema, têm primazia sobre as soluções *impostas*. (KONZEN, 2007, p. 84). O diálogo, então, passa a ser uma maneira de fazer circular sentidos e significados, buscando os seguintes resultados: a) a melhoria da comunicação entre os interlocutores; b) a observação compartilhada da experiência; e c) a

produção de percepções e ideias novas (MARIOTTI, 2001, p. 9-10). Para Konzen (2007, p. 84) no diálogo, desenvolve-se a percepção cooperativa do real, sendo a sua marca fundamental a fertilização mútua. Para Mariotti (2001, p. 7), o diálogo se dá a partir do uso de uma metodologia que permite que as pessoas pensem juntas e compartilhem os dados que surgem dessa interação sem procurar analisá-los ou julgá-los de imediato.

É por esse entendimento que muitos autores trazem a ideia de *circularidade da palavra*, concebendo que não basta se outorgar um lugar à palavra, como se faz no processo judicial tradicional, em discussões e debates, mas sim outorgar um lugar circular à palavra, de modo que possa se produzir algo em conjunto a partir dessa interação.

Seguindo essa ideia, recomenda-se, como metodologia, a disposição circular dos envolvidos na prática restaurativa, alterando o arranjo linear para uma disposição sistêmica, formando os chamados *círculos restaurativos*. Para Konzen (2007, p. 85-86), na circularidade dialógica é o processo que conta, vez que ali será capaz de nascer, na reciprocidade das falas, na capacidade de ouvir, no além da forma binária concordo-discordo, o aprender pela compreensão.

A partir da reflexão sobre o diálogo e a comunicação como ferramentas essenciais na Justiça Restaurativa, também vêm sendo associadas ao proceder restaurativo as técnicas formuladas pela Comunicação Não-Violenta (CNV), movimento de resolução pacífica dos conflitos criado por Marshall. B. Rosenberg (2006) e desenvolvido por autores como Dominic Barter, coordenador de projetos com essa temática no Brasil. Um dos ensinamentos da CNV a serviço da mediação de conflitos está no reforço à capacidade para ouvir, o que Konzen (2007, p. 87) entende “ser um casamento perfeito com os processos de restauração, porque, por vezes, ouvir o outro e acolher é quase toda a solução.”

Mas qual seria a força desse encontro com o outro? Nas áreas da Filosofia e da Psicanálise, o estudo da *alteridade* é de fundamental importância para se compreender a complexidade das relações humanas e seus conflitos. A relação com o outro, introduzida pela alteridade inerente à condição humana, faz pensar sobre a impossibilidade de formularmos uma lógica de resolução de conflitos sem concebê-la, visto que, tudo que somos, somos em relação a um outro. A realidade fenomenológica aparece para nós sempre como algo externo, diferido de nós mesmos, de forma que só existimos em diálogo *com essa realidade e com os outros*, representados, na teoria psicanalítica de Lacan, pelo Outro.

Inúmeros pensadores do século XX se debruçaram sobre o tema da alteridade, entre eles Heidegger, Sartre, Lacan e Derrida, para os quais o sujeito só existe em diálogo com o outro, visto que, sem o qual, não pode se definir. Dessa forma, o processo de auto-

compreensão só se pode realizar através da alteridade, isto é, pela aceitação e percepção dos valores do outro. E nessa relação eu-outro existe obrigatoriamente um descompasso, isto é, uma diferenciação entre o que o imaginamos – campo simbólico, lingüístico – e o que, de fato, é – campo fenomenológico. Não existe, dessa forma, uma correspondência exata entre o que observamos e sentimos e o que representamos mentalmente a partir disso.

Neste sentido, sempre que se fala em sujeitos dotados de capacidade lingüística, vamos estar falando em representações, em simbolizações a partir de algo que se vê. Se formos para o campo da linguagem, vamos notar que para um mesmo significante existem múltiplos, senão infinitos, significados. Da mesma forma se dão as relações humanas, sendo possível que as mesmas situações e pessoas sofram inúmeras e diferentes leituras, dependendo de quem as vivencia. Com a derrocada do determinismo científico, vamos perceber que, embora imaginemos que as coisas possuam propriedades de espaço, tempo, relações de causa e efeito, na verdade são as lentes teóricas com as quais as enxergamos.

Essas inúmeras possibilidades de leitura da realidade fenomenológica nos levam a perceber que a diferença está sempre colocada, na medida em que nós somos diferentes uns dos outros e até mesmo daquilo que pensamos que somos. E se dermos conta do fato de que cada um de nós tem a sua própria lente, isto é, a nossa própria história é vivenciada de uma maneira muito particular, podemos imaginar como fica difícil propor uma universalidade de valores ou um entendimento *a priorístico* do outro. Nesse sentido, Bauman (2001, p. 123) acredita que, quanto mais eficazes a tendência à homogeneidade e o esforço para eliminar a diferença, tanto mais difícil sentir-se à vontade na presença do outro, tanto mais ameaçadora a diferença e tanto mais intensa a ansiedade que ela gera.

Ricardo Timm de Souza (2008, p. 175), ao propor uma *Ética da Alteridade*, vai tomar o conceito de Outro desde os ensinamentos da Filosofia e da Psicanálise, definindo-o como aquele que *nunca antes esteve presente ao nosso encontro*, ou seja, aquele que inelutavelmente rompe meu solipsismo, na medida em que chega de fora, *fora* do âmbito dilatado de meu poder intelectual e de sua tendência de considerá-lo nada mais do que uma representação lógica do meu intelecto. Ao contrário: o Outro rompe com a segurança de meu mundo, ele chega sempre inesperadamente, dá-se em sua presença não antevista, sem que eu possa, sem mais, anular essa presença e seu sentido.

O autor segue dizendo:

(...) o que o Outro representa originalmente frente a mim é um problema não apenas filosófico, mas um acontecimento incisivamente traumático; eu não posso, de forma nenhuma, determinar aquilo que

o outro é enquanto tal; o único proferimento que posso ousar é determinado pelo Outro justamente: que ele é de outro modo – *outramente* – que eu, ou seja, que entre nós uma verdadeira e irreduzível *diferença* tem lugar. (SOUZA, 2008, p. 175)

O encontro com o outro significa a possibilidade, ou ainda a necessidade positiva, de um novo começo, pois eu preciso reiniciar o processo de compreensão do mundo no qual o encontro se deu, já que minhas representações e cosmovisões, suficientes que eram para o conforto de minha anterior posição lógica, são incapazes de tratar a contento o acontecimento traumático que a irrupção do outro em meu mundo significa.

Como consequência, Souza (2008, p. 177) dirá que a dimensão ética exige, por assim dizer, *uma outra lógica que a lógica do logos*, e com isso se quer indicar que o ético – expresso no encontro real não abortado ou violentado – exige, na medida em que é originariedade exposta do próprio encontro, uma outra racionalidade – a saber, uma *racionalidade ética*, ou, em termos mais simples, uma racionalidade do encontro com o outro.

Alexandre Morais da Rosa (2008) também vai se debruçar sobre a perspectiva do encontro com o outro como algo traumático, tomando como base a ideia psicanalítica de trauma com fundante do sujeito. Nesse sentido, o autor entende que a paz formal que aparece no discurso, muitas vezes esconde a intolerância e o ódio:

A paz muitas vezes do discurso consciente contracena com o desprezo, a intolerância em relação ao outro. O encontro é similar a lógica do “amor cortês”, no sentido de evitar o encontro com a “coisa”, enfim, como no “amor cortês”, é um falso amor (...). Por detrás do discurso esconde-se, não raro, uma intolerância primordial. Evitar-se o encontro ao máximo, com medo do trauma que daí advém, sempre. E quando acontece o encontro, por exemplo, com a violência, o conflito, a intolerância impera soberana. Por isso que Lacan (ética da psicanálise), ao afirmar que o Real existe, mas é impossível, refere-se ao axioma: “ama o teu próximo”, porque ele para ser amado deve permanecer a certa distância, sem encontro, porque quando isto se dá, o trauma acontece. A sociedade vive numa convivência à distância, um contato sem contato, e os contatos são traumáticos por definição.

O encontro com o outro pode, então, ser considerado como transformador, eis que produtor de um trauma, uma marca, um novo sentido. Rosa (2008) dirá, ainda, que é sobre este trauma que muitas vezes a Justiça Restaurativa é chamada a se manifestar, ao aceitar que o sujeito possa, na sua singularidade, falar:

Aceitar o sujeito é admitir que age sem o saber, movido por uma estrutura subjetiva singular, própria, embalada pelo princípio de morte, na eterna tentação de existir [sujeito inconsciente, como concebido pela Psicanálise. Pode ser que ali, no ato infracional, uma tentativa de o sujeito adolescente se fazer ver, aparecer. A abordagem tradicional busca calar esta voz, não deixar o sujeito dizer de si, de suas motivações, previamente etiquetadas e formatadas, por tipos penais. Há um sujeito no ato infracional. E a Justiça Restaurativa possibilita que ele se faça ver, dando-lhe a palavra, sempre. É com a palavra, com a voz, que o sujeito pode aparecer. A violência em nome da lei, imposta, simplesmente, realimenta uma estrutura de irresignação que (re)volta, mais e mais.

Sendo assim, ao fazer circular a palavra, busca-se construir um laço social, e não impor o respeito incondicional kantiano que opera na lógica do “não discuta, cumpra”. A aposta que se faz, neste contexto, pois, é a de que reconhecer o outro, a alteridade, na medida em que se descobre sujeito. Dito de outra forma, aceitar o outro sob a forma de uma relação conflituosa, para somente assim ocorre laço social. Do contrário, há intolerância. Sempre. Enfim, arriscar o impossível: aceitar e se relacionar com o outro singular (ROSA, 2008).

É nesse sentido que Konzen (2008), a partir da leitura de Timm de Souza (2008), concebe a Ética da Alteridade como fundamento para o modo de proceder da justiça restaurativa, pois há, nesse paradigma, a emergência do relacional, do encontro necessário com o Outro.

Para Sousa & Züge (2011), a lógica tradicional do Direito, no fazer do advogado, por exemplo, trabalha com a palavra de forma que sabe aonde quer chegar, ele tem uma finalidade e a partir dela a articulação narrativa é escolhida. A cena da Justiça Restaurativa, porém, é outra: ela pressupõe não só a fala, mas a escuta do outro, pressupõe a troca entre pessoas envolvidas no caso, pressupõe um encontro. Os autores entendem que o saber da Psicanálise pode contribuir com o impasse próprio da lógica processual tradicional, uma vez que um dos seus pressupostos centrais está no *a posteriori* da experiência. Isto é, só é possível pensar no resultado e no efeito de um ‘encontro’ no ‘só depois’ da experiência, uma vez que a complexidade do humano e do ‘encontro’ entre dois sujeitos, mediado pela linguagem, impossibilita qualquer pré-posto, qualquer antecipação interpretativa.

Como se pode perceber, a Psicanálise confere uma importância fundamental, constitutiva, à linguagem²². É através da palavra que ela produz efeitos. Quanto às questões clínicas, a Psicanálise propõe uma forma singular de trabalho, que admite extrema relevância no que vai além da história contada, abre espaço para a condição de insuficiência, do saber

²² Para uma justificação sobre o valor da linguagem para a Psicanálise, Sousa & Züge (2011) abordam a temática da verdade. “Ao se falar em *verdade*, Direito e Psicanálise tomam formas absolutamente incongruentes, demonstrando uma de suas diferenças mais essenciais. Enquanto a Psicanálise debruça-se na verdade do sujeito, na verdade inconsciente, singular, na verdade do desejo, isto é, em *uma verdade*’, o Direito se move em busca *da verdade*, única, que se faça valer a todos. Da mesma forma, na Psicanálise, o atributo conferido à Lei se difere da definição da Lei para o Direito. Na Psicanálise, a lei não se opõe ao desejo, mas que a Lei, com L maiúsculo, no sentido simbólico, e o desejo são duas faces de uma mesma operação. A Lei, no sentido da linguagem, institui o que a Psicanálise (em Lacan) chama de desejo. Aqui, desejo não é um elemento biológico ou pulsional, e sim o efeito da linguagem sobre o sujeito e, ainda, a inscrição do sujeito na linguagem. O desejo nasce da e com a linguagem. É pelo fato de falarmos, pelo fato de não podermos nos impedir a falar e até de falar a nós mesmos, “pelo fato de que ‘isso fala’ em nós” e pelo fato de que nossa identidade está desde sempre vinculada à linguagem e aos outros, que a dimensão do desejo nasce e que um certo número de interditos funda a comunidade humana. A partir do momento em que o sujeito fala, ele já está marcado pela Lei, pela lei da linguagem.”

mais. Os encontros restaurativos, então, na ideia de Sousa e Züge, sejam eles de qualquer ordem, abrem um espaço que contém em si o potencial da fala, da escuta e do encontro, representando um esforço no sentido de considerar *a verdade do sujeito* no processo jurídico e de conceber uma nova forma de fazer justiça.

Sobre o “fazer justiça”, compartilhamos da ideia de Souza (2008), ao concebermos que a única forma de fazer justiça é inserindo-a no campo da Ética da Alteridade que, no seu fundamento, inclui a relação com o outro. Para Souza, é a racionalidade que deve estar no campo da Ética, e não o contrário, isto é, a justiça só faz sentido quando compartilhada eticamente com o outro.

3.3.2 Arrependimento e perdão: a busca pelo entendimento

Howard Zehr (2008, p. 45) postula que, para que o encontro seja restaurativo, vítima e agressor precisam de cura. E, para que haja cura genuína, ao menos dois pré-requisitos devem ser cumpridos: arrependimento e perdão. E Konzen (2007, p. 84) compreende que, então, o sustentáculo da pretensão não está em devolver ao relacionamento violado pelo fato o *status quo ante*, como se o fato pudesse ser apagado como um não-acontecido. A partir da constatação da existência do fato, a preocupação é definir qual foi o dano, se é possível e o que deve ser feito para repará-lo e de quem é a responsabilidade pela reparação. E esse trabalho deve ser feito conjuntamente entre as partes envolvidas: ofensor, vítima e comunidade.

A questão do arrependimento e da responsabilização do ofensor é tema bastante discutido no campo do Direito, mas também em áreas como a Filosofia e Psicanálise. Para o Direito, a responsabilização do autor de um delito lhe imputa inequivocadamente uma sanção, que pode ser reduzida ou ampliada conforme as circunstâncias do fato. De qualquer forma, uma vez que se cria um nexos causal entre o agente imputável e o ato tipificado como ilícito e que lhe é infligida uma sanção, o sujeito é necessariamente responsabilizado. Nesse âmbito, a responsabilização é normativa e formal.

Na concepção da Justiça Restaurativa, o arrependimento do ofensor é requisito para que possa se dar a restauratividade, de modo que só vai ser produzido algo coletivamente se o ofensor assumir a sua responsabilidade pelo dano causado. Embora exista, como no processo penal, a imputação de uma responsabilidade ao ofensor, no modelo restaurativo, há um deslocamento da sanção: de uma punição tipificada e generalista, passa-se a uma reparação

específica e construída em conjunto com a vítima e a comunidade, que atenda às necessidades dos envolvidos.

Os autores McCold & Wachtel (2003), ao proporem um estudo sobre a responsabilização dos comportamentos, dirão que existem quatro abordagens possíveis: punitiva, permissiva, negligente e restaurativa. A abordagem punitiva, com alto controle e baixo apoio, também chamada de retributiva, tende a estigmatizar as pessoas, rotulando-as indelevelmente de forma negativa. A abordagem permissiva, com baixo controle e alto apoio, também chamada de reabilitadora, tende a proteger as pessoas das conseqüências de suas ações. Baixo controle e baixo apoio estariam na abordagem negligente, caracterizada pela indiferença e passividade. Por fim, a abordagem restaurativa, com alto controle e alto apoio, confronta e desaprova as transgressões enquanto afirmando o valor intrínseco do transgressor, de modo que os autores consideram-na a maneira mais eficiente de solucionar o conflito. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se faz necessária a responsabilização do ofensor, também lhe é outorgado o devido valor, o que estaria caracterizado pelo alto controle e alto apoio da abordagem restaurativa.

No proceder restaurativo, introduz-se a concreta possibilidade de inaugurar a pedagogia da responsabilidade, ao entender o encontro restaurativo como um momento pedagógico por excelência. A dinâmica do encontro pode facilitar o desencadeamento do aprendizado da responsabilidade. Não mais uma responsabilidade passiva, como é de tradição retributiva ou dissuasória, em que o transgressor é sujeito passivo do proceder e da penação, mas uma responsabilidade ativa (KONZEN, 2007).

Segundo McCold & Wachtel (2003), se a prática é restaurativa, o transgressor encontra-se envolvido COM a vítima e outras pessoas prejudicadas, encorajando um envolvimento consciente e ativo do transgressor, convidando outros lesados pela transgressão a participarem diretamente do processo de reparação e prestação de contas. O engajamento cooperativo é elemento essencial da justiça restaurativa, para que as partes interessadas possam determinar qual a melhor forma de reparar os danos causados pela transgressão.

O envolvimento da comunidade e da vítima justifica-se, na Justiça Restaurativa, pelo entendimento de que o ofensor, ao praticar o delito, tem o relacionamento com sua comunidade de assistência prejudicado, visto que o vínculo de confiança se desfez. Para recriar esse vínculo, eles devem ser fortalecidos para poderem assumir responsabilidade por suas más ações. Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão

tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e ofensores serão reintegrados às suas comunidades.

Diferente da abordagem jurídica, à luz da Psicanálise, a questão da responsabilização aparece como tema complexo, a partir do entendimento de que a responsabilidade ainda se encontra muito arraigada a uma filosofia moral. Nesse sentido, Belo (2011) dirá:

A psicanálise não pode simplesmente convocar o sujeito a ‘assumir a responsabilidade’ por seus atos. Isso seria, mais uma vez, um movimento ptolomaico, na medida em que pressuporia autonomia e poder ao eu. Com a noção de resposta, Laplanche não só mantém a prioridade do outro, como também aponta para o caráter singular da relação do sujeito com o seu desejo inconsciente. A noção de responsabilidade ainda está imersa numa crença de que todos devemos caminhar para um posicionamento moral específico. O obsessivo e o masoquista, no entanto, mostram que nem sempre assumir a responsabilidade é uma virtude ou está ligada a um tipo de reflexão ética ponderada e analítica por parte de alguém. Da mesma forma, quando se fala em resposta estamos falando na possibilidade de elaboração das respostas ao outro interno que são ainda e sempre reelaboração das respostas que o sujeito conseguiu dar, precariamente, durante a situação originária. Obviamente, essas respostas ao inconsciente levam necessariamente a resposta ao outro externo. Acredito que o trabalho ético sobre si mesmo – analisar por que desejamos como desejamos – sempre deve levar em consideração a prioridade do outro sem que isso necessariamente redunde, por um lado, em autonomia e, por outro, passividade. O excesso dessas duas respostas parecem ser os problemas éticos mais importantes aos quais devemos nosso trabalho de analistas.

Dito isto, entendemos que a questão da responsabilização do ofensor no campo da Justiça Restaurativa deve ser vista com cautela, na medida em que concebemos que a restauratividade se produz não como resultado de uma pedagogia da moral – mantendo os ideais formalistas e normativos do processo judicial, mas como resultado de um encontro ético com o outro, a partir do diálogo e da composição entre os envolvidos.

Dessa forma, concebemos que, para se chegar a um acordo pautado pelo entendimento, é necessário que a vítima também possa, de alguma forma, compreender o ofensor, considerando-o como um sujeito passível de compreendê-la e de responsabilizar-se pelo dano. Ofensor e vítima devem ouvir um ao outro para, quem sabe, chegar a um acordo, tanto pela responsabilização de um quanto pelo perdão do outro. No mesmo sentido, Konzen (2007, p. 93), partindo de uma perspectiva filosófica, entende que o resultado da Justiça Restaurativa sustenta-se porque faz viver a institucionalização do respeito à cultura de aprendizado. A cultura do aprendizado teria a ver com a possibilidade de compreender o outro e com ele aprender algo.

Nesse sentido, entendemos que arrependimento/responsabilização e perdão não devem ser tomados como institutos apartados, mas considerados em conjunto, fundamentados na voluntariedade e reciprocidade dos envolvidos para a busca de um entendimento. Isto é, o sentido da restauratividade não está em cristalizar as relações de culpa de um lado e de

vitimização de outro, mas em construir uma resposta conjunta, pacífica e consensual para o dano voltada para o futuro.

3.3.4 Coesão social: participação da vítima e da comunidade

O deslocamento introduzido pelos estudos da vitimologia parte da perspectiva de que a vítima não pode continuar a ser tratada como um não-sujeito diante do delito. Ao invés de somente se estabelecer a pena ao acusado, dá-se um lugar de fala para a vítima, invertendo-se os papéis, de modo que antes se dá a palavra para depois se pensar na reparação (ROSA, 2008).

Estando as vítimas excluídas da decisão no processo penal tradicional, elas se sentem prejudicadas pela falta de controle que têm em relação à consequência da transgressão, como demarca Barton (2011):

A feeling of satisfaction that justice has been done is difficult to achieve for the primary stakeholders, unless they are empowered to have their say in terms of what they consider to be right or wrong, fair or unfair, and express keenly felt but legitimate emotions of hurt, disappointment, and anger in socially acceptable ways. As shown by victim accounts of their experiences of the traditional court system, unless these things can happen, the parties will not feel that they have been heard, or that they and their feelings and views matter in the decision making process.²³

Hulsman & Celis (1997, p. 92) dirão que o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele, visto que, quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como “o delinqüente” e a “vítima”. A intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre “a vítima”, como sobre “o delinqüente”, pois todos são tratados da mesma maneira. A lógica do sistema supõe que todas as vítimas têm as mesmas reações e necessidades, operando em abstrato e à margem da singularidade de cada um. Para os autores, freqüentemente, a vítima desejaria ter um encontro cara-a-cara com seu agressor, como forma de libertação. Mesmo

²³ Tradução livre: “Um sentimento de satisfação de que a justiça foi feita é difícil de as partes diretamente interessadas conseguirem, a menos que tenham poderes para falar sobre o que consideram ser certo ou errado, justo ou injusto, além de expressar as emoções fortemente sentidas, mas legítimas, de dor, desapontamento e raiva, de forma socialmente aceitável. Como demonstrado nas experiências das vítimas junto ao sistema judicial tradicional, a menos que estas coisas possam acontecer, as partes não sentem que foram ouvidas ou que seus sentimentos e pontos de vista fizeram diferença no processo decisório”. BARTON, Charles. **Empowerment and Retribution in Criminal and Restorative Justice**. Disponível em http://www.voma.org/docs/barton_emp&re.pdf. Acesso realizado em 10 jul. 2009.

vítimas de violência, muitas vezes, gostariam de ter oportunidade de falar com seus agressores, compreender seus motivos, saber porque foram atacadas (HULSMAN & CELIS, 1997, p. 83-85).

Com o encontro restaurativo, a ideia é que as vítimas readquiram seu sentimento de poder pessoal, através de uma sensação de empoderamento (*empowerment*²⁴) facilitada pela possibilidade de falar e de colaborar na decisão em relação à reparação de danos. Mas não apenas as vítimas; ofensor, familiares e comunidade também têm a oportunidade de se expressar, além de terem voz ativa no processo de reparação do dano, gerando um empoderamento de todos os participantes (ONU, 2006, p. 8).

Segundo a teoria de McCold & Wachtel (2003), uma das estruturas da Justiça restaurativa estaria relacionada *ao papel das partes interessadas*, pois é necessário pensar nas necessidades específicas de cada parte interessada resultantes do dano causado pela transgressão e nas respostas restaurativas necessárias ao atendimento destas necessidades. As três partes interessadas principais na justiça restaurativa são as vítimas, os ofensores e suas comunidades de assistência, cujas necessidades são, respectivamente, obter a reparação, assumir a responsabilidade e conseguir a reconciliação.

De qualquer forma, a partir dessas estruturas, os autores distinguem os interesses das partes interessadas principais e dos afetados indiretamente pelo delito. As partes interessadas principais seriam as vítimas e os ofensores, porque, claramente, são os diretamente afetados. No entanto, aqueles que têm uma relação emocional significativa com a vítima ou o ofensor, como os pais, esposos, irmãos, amigos, professores ou colegas, também são considerados diretamente afetados. Eles constituem as comunidades de assistência a vítimas e ofensores. Segundo os autores, o dano causado, as necessidades criadas e as atitudes restaurativas das partes interessadas principais são próprias de cada transgressão e precisam de participação ativa da comunidade para alcançar reparação máxima.

Já as partes interessadas secundárias são aquelas afetadas de forma indireta, incluindo-se aí os vizinhos, as organizações religiosas, educacionais, sociais ou empresas cujas áreas de responsabilidade incluem os lugares ou as pessoas afetadas pela transgressão. A sociedade como um todo, representada pelo governo, também é uma parte interessada secundária. O dano causado às partes interessadas secundárias é mediato e impessoal, de modo que suas

²⁴ Muitos autores trabalham com o conceito de *empowerment* das vítimas nos contextos de mediação penal e justiça restaurativa, sendo este um dos focos de atenção dos estudos da vitimologia. O *empowerment* ou empoderamento seria um sentimento motivado pela participação ativa da vítima na tomada de decisão em relação à reparação do dano, conferindo maior auto-estima e confiança. O conceito também foi ampliado para as comunidades – partes interessadas indiretamente – afetadas pelo delito cometido. Para maior detalhamento do assunto, ver, por exemplo: BARTON, Charles (2011).

necessidades são coletivas, não específicas, e sua resposta máxima é apoiar os processos restaurativos como um todo.

McCold & Wachtel (2003) advertem que as partes interessadas secundárias, que não estão ligadas emocionalmente às vítimas e transgressores, não devem tomar para si o conflito daqueles a quem pertence, interferindo na oportunidade de reconciliação e reparação. A resposta restaurativa máxima para as partes interessadas secundárias deve ser a de apoiar e facilitar os processos em que as próprias partes interessadas principais determinam o que deve ser feito. Esse processo visa reintegrar vítimas e transgressores, fortalecendo a comunidade, aumentando a coesão e fortalecendo e ampliando a capacidade dos cidadãos de solucionar seus próprios problemas.

A participação de todas as partes interessadas no conflito – direta e indiretamente – é um aspecto importante para a atribuição da restauratividade ao procedimento. Segundo classificação de McCold & Wachtel (2003), quando as práticas de justiça envolvem apenas um dos grupos de partes interessadas principais, como no caso de compensação financeira do governo às vítimas, o processo só pode ser chamado de “parcialmente restaurativo”. Quando a vítima e o transgressor participam de um processo de mediação sem a participação de suas comunidades, esse será “na maior parte restaurativo”. Apenas quando os três grupos participam ativamente, como em conferências ou círculos, pode ser dito que o processo é “totalmente restaurativo”.

Dessa forma, entendemos que a participação da comunidade tem um papel fundamental na ampliação do modelo restaurativo, visto que esta passa a assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime (CERETTI & MANZONI, 2000 *apud* SICA, 2007, p. 13). A importância da ideia de comunidade para a Justiça Restaurativa parece contemplada nas expressões *neighbourhood justice* e *giustizia del vicinato*, utilizadas, respectivamente, nos Estados Unidos e na Itália para falar desse modelo de justiça.

Como resultado da participação ampliada de todas as partes interessadas no conflito, temos uma maior coesão social, visto que as decisões são compartilhadas e a comunidade assume um papel ativo na gerência do conflito e na reparação do dano.

3.4 OBJETIVOS E EFEITOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Aqueles que atuam em práticas restaurativas tendem a concordar a respeito do que realmente torna uma resposta ao crime restaurativa: não é um procedimento específico, mas a adesão a uma série de objetivos amplos que provêm uma base comum para a participação das partes na resposta a um incidente criminal e suas conseqüências (ONU, 2006, p. 9). Nesse sentido, os programas em Justiça Restaurativa têm se estabelecido de formas variadas formas e com diferentes enfoques, mas sempre se pautando por alguns elementos-chave que se mantêm, como veremos a seguir.

O primeiro objetivo teria relação com o suporte e a assistência às vítimas, questão que está em pauta na comunidade internacional há mais de duas décadas e que culminou na adoção da *Declaration of Basic Principles on Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* pela Resolução da Assembleia Geral nº 40/34 da ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ocorrida em 29 de novembro de 1985. Segundo o dispositivo, deveriam ser adotados mecanismos informais de resolução de conflitos, incluindo a mediação, arbitragem e justiça costumeira ou práticas indígenas, quando apropriadas para facilitar a conciliação e reparar as vítimas. Como se viu, a atenção às vítimas se dá a partir da sua fala e do encorajamento para que expressem suas necessidades e participem do processo decisório.

Em relação à condição da vítima e aos efeitos esperados na Justiça Restaurativa, Gomes Pinto propõe o seguinte quadro comparativo entre os modelos retributivo e restaurativo:

EFEITOS PARA A VÍTIMA	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa.	Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa.
Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado	Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação
Frustração e ressentimento com o sistema	Tem ganhos positivos. Suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade

Quadro 3. Efeitos para a vítima²⁵

²⁵ GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa: o paradigma do encontro**. Brasília: Instituto de Direito internacional de Brasília, 2004. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso em: 05 dez. 2010.

Como se vê, a vítima, tendo um papel mais ativo dentro do processo, passa a participar e ter controle sobre o que se passa. A partir desse novo olhar sobre a sua condição, recebe assistência, afeto e a possibilidade de reparação. No modelo restaurativo, há uma busca para que suas necessidades individuais e as necessidades coletivas em relação à comunidade sejam supridas.

O próximo objetivo definido pela ONU no material sobre os programas restaurativos tem a ver com a reparação das relações prejudicadas pelo crime, na busca de um consenso sobre qual seria a forma mais adequada de responder a ele. A ideia aqui é mudar o foco do ofensor para a ofensa, pensando em uma forma conciliadora e compartilhada de reparar o dano. Em relação ao ofensor, também se tem como objetivo a redução da reincidência, pelo encorajamento da mudança e pela facilitação da sua integração à comunidade.

Gomes Pinto (2004) propõe um quadro comparativo dos efeitos para o infrator nos diferentes modelos de justiça, como segue:

EFEITOS PARA O INFRATOR	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infrator considerado em suas faltas e sua má-formação	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e conseqüências do delito
Raramente tem participação	Participa ativa e diretamente
Comunica-se com o sistema por Advogado	Interage com a vítima e com a comunidade
É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima	Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima
É desinformado e alienado sobre os fatos processuais	É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato	É inteirado das conseqüências do fato para a vítima e comunidade
Fica intocável	Fica acessível e envolve-se no processo
Não tem suas necessidades consideradas	Suprem-se suas necessidades

Quadro 4. Efeitos para o infrator

O infrator, assim como a vítima, também passa a ter uma participação mais ativa e direta na reparação do dano causado, de modo que existe uma interação entre eles e entre eles e a comunidade. Nesse novo modelo, o ofensor é visto como alguém capaz de sensibilizar-se com o trauma da vítima e responsabilizar-se para a sua reparação. Pela proposta mais dialogal

e informal, o ofensor é informado sobre os fatos do processo e contribui para a decisão. Entende-se que, dessa forma, suas necessidades são supridas.

Em relação aos objetivos gerais do modelo restaurativo, as diretrizes da ONU apontam: o encorajamento da responsabilidade por todas as partes envolvidas no conflito, em especial os ofensores; a denúncia ao comportamento criminal e a reafirmação dos valores da comunidade; a identificação de fatores que levam ao crime para a implementação de estratégias de redução da criminalidade junto às autoridades competentes; e a identificação de saídas restaurativas e voltadas para o futuro que atendem às necessidades de todos os envolvidos.

Conforme Gomes Pinto (2004), a utilização do modelo restaurativo para a administração dos conflitos em material penal, em comparação com o modelo retributivo, pode trazer os seguintes resultados:

RESULTADOS	
JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção Geral e Especial – Foco no infrator para intimidar e punir; Abordagem do Crime e suas Conseqüências;	Foco nas relações entre as partes, para restaurar
Penalização, estigmatização; Penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa;	Pedido de Desculpas, Reparação, restituição, prestação de serviços comunitários; Reparação do trauma moral e dos Prejuízos emocionais – Restauração;
Tutela Penal de Bens e Interesses, com a Punição do Infrator e Proteção da Sociedade	Resulta na assunção de responsabilidade por parte do infrator
Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno – ou penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo
Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização Secundária	Reintegração do Infrator e da Vítima Prioritárias

Quadro 5. Resultados da Justiça Restaurativa

O quadro acima faz um breve resumo do que o autor chama de os resultados obtidos com o procedimento restaurativo. No nosso entender, o quadro estabelece, antes, as metas e os objetivos a serem perseguidos pelo modelo restaurativo, como forma de introduzir um

novo olhar ao processo penal, razão pela qual o autor propõe quadros comparativos entre os modelos.

Para Leonardo Sica (2007, p. 11-12), dentre os propósitos restaurativos, está a elaboração de respostas ao crime que propiciem a transformação da relação tradicional entre ofensor e vítima, entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o sistema de justiça e de governo. Segundo o autor, a Justiça restaurativa teria esse escopo relacional. Nesse sentido, o acordo restaurativo prescinde da tradução material/objetiva do resultado, visto que pode ter um sentido em nível emocional e simbólico para as partes. Como sugere Konzen (2007), a vítima, por exemplo, poder-se-ia sentir reparada com um simples pedido de desculpas, que não anula o dano, mas, na correspondência, pelo arrependimento de um sincero pedido de desculpa, teria o poder de contribuir para a transformação da realidade na forma como ela até então vinha sendo percebida.

Sobre os efeitos para os interessados, estamos de acordo com os autores quando tratam do resultado dos procedimentos restaurativos como simbólico, na medida em que não se tem sempre a reparação material e exata para o dano causado. Nesse modelo, a adequação da resposta ao dano se dá a partir de uma proposta relacional, de encontro entre sujeitos, visto que o sentido do fato danoso e a sua re-significação se dão de forma subjetiva, a nível emocional para os diretamente envolvidos.

3.5 EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS E DIRETRIZES INTERNACIONAIS EM JUSTIÇA RESTAURATIVA

O país pioneiro na introdução do modelo restaurativo na legislação foi a Nova Zelândia, com a edição do *Children, Young Persons and Their Families Act* em 1989. Tal legislação foi proposta a partir de um movimento local da comunidade Maori, formada por descendentes desta tribo aborígine, que estava insatisfeita com os procedimentos adotados pela justiça formal em relação aos jovens que praticavam atos infracionais, em vista da desproporcional taxa de encarceramento de membros dessa comunidade em relação à população branca de origem européia (SICA, 2007, p. 82). O Ato foi editado, então, na tentativa de melhor compatibilizar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo maori, mudando radicalmente os princípios e a lógica de

abordagem da justiça juvenil no país, ao introduzir a família como instância privilegiada na tomada de decisões quanto às consequências advindas da prática infracional do jovem.

A experiência no âmbito juvenil estimulou a adoção de práticas restaurativas também no sistema de justiça regular da Nova Zelândia, culminando na implementação de três projetos pilotos em 1995: *Turnaround*, *Te Whanau Awhina* e *Community Accountability Programme*²⁶. Atualmente, um dos projetos mais importantes no sistema judicial tradicional do país é o *Court-referred Restorative Justice Conference Pilot* (Projeto Piloto de Conferências Restaurativas por Encaminhamento Judicial)²⁷, implementado desde 2001 nas cidades de Auckland, Waitakere, Hamilton e Dunedin.

Seguindo os passos da experiência neozeolandesas, a Austrália elegeu a justiça da infância e juventude como instância privilegiada para a implementação de mecanismos restaurativos de justiça. Na região de Nova Gales do Sul, inspirados no chamado modelo *Wagga Wagga* de justiça, membros da polícia local implementaram, em 1991, as *Community Youth Conferences* (Conferências para a Comunidade Jovem), criando um programa gerido em conjunto com o *Department of Juvenile Justice* (Departamento de Justiça Juvenil), com a *New South Wales Children's Court* e com os *Community Justice Centers*. Como resultado dessa experiência, foi editado em 1997 o *Young Offenders Act*, com validade para o Estado de Nova Gales do Sul, pelo qual se regulamentaram as sanções aplicáveis aos jovens infratores, dispondo-as em uma hierarquia de opções que passou a incluir os círculos restaurativos.²⁸

²⁶ O *Turnaround*, projeto destinado essencialmente aos brancos de origem européia, o encaminhamento para a realização do círculo restaurativo é feito pelo magistrado, no primeiro comparecimento do infrator perante o tribunal. No projeto *Te Whanau Awhina*, direcionado à população maori, a participação do acusado não interrompe, necessariamente, a continuidade do procedimento formal, mas exclui a eventual aplicação de sanções adicionais. Nesse projeto, a presença pessoal da vítima é rara, pois, conforme a tradição maori, costuma-se considerar como vítimas a própria família do infrator e a comunidade. O projeto *Community Accountability Programme*, por sua vez, segue o modelo das *Family Group Conferences*. São objetos desses três programas crimes como roubo, ameaça, homicídio culposo na direção de veículo automotor, direção sob efeito de álcool, dano, furto e invasão de domicílio (MAXWELL, 2005).

²⁷ Nesse projeto, o encaminhamento para a realização do círculo restaurativo é feito pelos magistrados, nos casos em que o acusado admite a autoria da ofensa. São passíveis de indicação casos de crime contra a propriedade cuja pena não ultrapasse dois anos e outras infrações cujas penas variam entre um e sete anos. Estão excluídas ofensas que envolvam violência doméstica e sexual. É necessária a presença da vítima, sem a qual o círculo não acontece. Uma vez realizado o encontro, é remetido um relatório ao juiz, que pode ou não considerar o resultado do encontro no momento da sentença. O juiz pode, ainda, optar em vez de proferir a sentença, por suspender o processo até que o acordo seja integralmente cumprido (SICA, 2007, p. 93).

²⁸ Podem participar das conferências, além do jovem, a família, o advogado, policiais, a vítima e seus apoiadores. Se optar por não participar, a vítima pode enviar representante e, uma vez presente, tem poder de veto sobre a solução deliberada. O encaminhamento dos casos é feito pela polícia e, mais raramente, pela corte, quando o magistrado inclui entre as disposições constantes da sentença a realização de uma conferência. É preciso, para que haja encaminhamento, que se trate de jovem entre 10 e 17 anos que tenha cometido infração sujeita ao procedimento sumário, entre as quais estão o roubo, o furto, o dano e as chamadas condutas desordeiras. São excluídas de plano ofensas sexuais, algumas relacionadas a drogas ou que tenham resultado em morte. Uma vez indicado pela polícia, o caso é encaminhamento ao *Department of Juvenile Justice* (DJJ), onde é

No Canadá, o modelo foi introduzido na legislação, especialmente na área infanto-juvenil, com a reforma para adequar a legislação canadense à Convenção dos Direitos da Criança da ONU, com alternativas restaurativas de remissão, para restringir o uso do sistema formal de Justiça, reduzindo medidas privativas da liberdade e promovendo a reintegração do jovem infrator na comunidade (GOMES PINTO, 2004, p. 4-5). As práticas restaurativas, assim como na Nova Zelândia, também passaram a ser utilizadas a partir da alerta da superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correcionais do país, passando a utilizar-se de abordagens mais adequadas, como os círculos decisórios (*sentencing circles*) (SICA, 2007, p. 23).

O sítio de Segurança Pública do Canadá tem um extensor material em relação à temática da Justiça Restaurativa, colocando-se como pioneiro na pesquisa e no desenvolvimento da área. No material disponível, são descritos os conceitos, procedimentos, benefícios e as experiências já realizadas no país e que se mostraram bem sucedidas.²⁹

No contexto do Brasil, avançam algumas iniciativas, como é o caso, por exemplo, dos projetos-pilotos de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, a partir de recursos do Ministério da Justiça, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, da UNESCO – Programa Criança Esperança, e da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Em São Caetano do Sul a experiência é com escolas, e em Porto Alegre, no âmbito da justiça infanto-juvenil³⁰.

Em Brasília, o programa é voltado para infratores adultos, acontecendo nos dois juizados especiais do Núcleo Bandeirante, portanto, trabalhando com crimes de menor

recebido por um administrador de conferências, que nomeia um facilitador. Se houver conflito sobre a conveniência ou não de realização da conferência entre o DJJ e o órgão que houver encaminhado o caso, a decisão cabe ao *Director of Public Prosecutions* (SICA, 2007, p. 93-94).

²⁹ DEPARTAMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO CANADÁ: www.publicsafety.gc.ca. Acesso em 24. Out. 2010. Alguns artigos disponíveis: CORMIER, R. B. (2002). **Restorative justice: directions and principles** – Developments in Canada. (user report 2002-02). Ottawa: Solicitor General. BONTA, J. *et. al.* (2002). An outcome evaluation of a restorative justice alternative to incarceration. *Contemporary justice review*, n. 5, p. 319-338. RUGGE, T.; BONTA, J. & WALLACE-CAPRETTA, S. (2005). **Evaluation of the collaborative justice project: a restorative justice program for serious crime.** (user report 2005-02). Ottawa: Public Safety Canada.

³⁰ Projeto Justiça para o Século XXI: Instituinto práticas restaurativas. (BRANCHER & AGUINSKY, 2005). A implementação do projeto, além de extenso material teórico, tem produzido estudos de casos junto ao sistema socioeducativo. Nesse sentido, ver, por exemplo: BRUSIUS, Analice; RODRIGUES, Maiana Ribeiro. **Psicologia e Justiça Restaurativa**; COSTA, Juliana de Oliveira Colombo. **A justiça restaurativa: restaurando o trauma emocional após seis longos anos**; e MENGUER, Mônica Marcos *et al.* **Práticas de Justiça Restaurativa na Justiça Juvenil e nos Programas de Atendimento Socioeducativo: uma análise qualitativa do processo de implementação.** Faculdade de Serviço Social, PUCRS, Grupo de Estudo e Pesquisa em Ética e Direitos Humanos(GEPEDH). X Salão de Iniciação Científica, PUCRS, 2009. Material disponível em www.justica21.org.br. Acessado em 10 jul. 2009.

potencial ofensivo e contravenções penais (GOMES PINTO, 2007, p. 2). O Projeto Justiça Comunitária do Distrito Federal – A Justiça sem Jurisdição³¹ opera com a Escola de Cidadania e Justiça, capacitando os Agentes de Cidadania para trabalharem com mediação e cidadania participativa na comunidade, baseados em Centros de Cidadania. Com a mesma formatação do Projeto Justiça Comunitária, existe também no Tribunal de Justiça do Distrito Federal o Programa de Estímulo à Mediação.

Em Porto Alegre, a iniciativa vem sendo implementada desde 2005 no âmbito do Juizado Regional da Infância e Juventude e surgiu como resposta à necessidade de qualificação e humanização do atendimento às medidas socioeducativas, contemporânea à crescente pressão da demanda por intervenção judicial em situações de conflitos e violências envolvendo a população infanto-juvenil, e foi definida pelo objetivo mais amplo de “*difundir e implantar as práticas da Justiça Restaurativa na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes*”.³²

Como se vê, o modelo restaurativo tem sido utilizado cada vez mais nas áreas da educação, comunidade, política juvenil e criminal, culminando na sua inserção no sistema legal de muitos países, como Reino Unido (SHAPLAND, 2007), Espanha (BARBERAIN, 2007), Portugal³³, Argentina³⁴, África do Sul, Ruanda. Alguns países, inclusive, celebram anualmente a *Restorative Justice Week* (Semana da Justiça Restaurativa).³⁵

Na ordem internacional, os ideais propagados pela Justiça Restaurativa começam a aparecer, de maneira incipiente, a partir da difusão dos estudos da vitimologia e do reconhecimento da mediação penal como via possível para a resolução de conflitos. Nesse sentido, os primeiros instrumentos legais produzidos em nível internacional a partir da década de 90 referem-se à mediação penal e à necessidade de proteção da vítima e de reparação dos danos.

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL:
<http://www.tjdf.gov.br/institucional/justicom/telas/index.htm>

³² Com a ampliação do Projeto, conseguiu-se a publicação, em 2010, da Resolução n° 822 do Conselho da Magistratura, que declara a existência da Central de Práticas Restaurativas (CPR) junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, estabelecendo indicadores para o monitoramento do trabalho desenvolvido.

³³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL: www.mj.gov.pt.

³⁴ Projeto implementado em 1988, com a criação do Centro de Assistência às Vítimas de Delitos e do Centro de Mediação e Conciliação Penal em Buenos Aires.

³⁵ Canadá, Austrália, Irlanda, Holanda, Ruanda, Reino Unido, Congo, Japão, Nova Zelândia, Serra Leoa, Estados Unidos da América, Fiji, Kênia, Filipinas, África do Sul, Zâmbia, Índia e Nigéria. Informação disponível no sítio do Corretional Service Canada – CSC (Serviço Prisional do Canadá): <http://www.csc-ccc.gc.ca/text/rj/rprts/keymsg-eng.shtml>

A Recomendação n° 19 de 1999 do Conselho da Europa³⁶ foi o primeiro instrumento internacional que disciplinou sobre o tema da mediação em matéria penal, como opção flexível, compreensiva, *problem-solving*, participativa, e complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal. A Recomendação enfoca a mediação penal como importante meio de prevenção do crime e encorajamento para uma justiça menos repressiva, enfatizando que deve ser um serviço disponível em todas as jurisdições.

O instrumento, inclusive, disciplina sobre a proibição do *ne bis in idem*, ao estabelecer, no seu item 17, que:

Os arquivamentos baseados nos acordos mediados devem ter o mesmo status de decisão judicial ou julgamento e devem precluir a persecução em relação aos mesmos fatos.

Esta Recomendação pioneira pode ser considerada embrião da Resolução 2002/12 da ONU, editada alguns anos depois, instrumento que passaremos a analisar no próximo item desde Capítulo. Essa relação entre os dois instrumentos se dá porque a Recomendação disciplina os princípios para a mediação penal de forma semelhante à posteriormente abordada pela Resolução da ONU em relação às práticas restaurativas. Segundo Sica (2007, p. 107), as semelhanças entre os instrumentos se dão principalmente em relação à “proporcionalidade e razoabilidade dos acordos, a voluntariedade, a confidencialidade, a manutenção das garantias em face da justiça penal e, reiteradamente, a neutralidade do mediador em relação às discussões e às possibilidades de acordo, que devem ser elaboradas exclusivamente pelas partes”.

No âmbito da União Europeia (UE), foi aprovada, em maio de 2001, a Decisão Quadro 2001/220/JAI relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal³⁷, iniciativa de Portugal durante a sua presidência da UE. Esse instrumento legal deu as bases para uma legislação que, além de olhar para as vítimas, é específica em relação às práticas restaurativas. O instrumento, além de disciplinar sobre os conceitos de processo, de vítima e de mediação penal, estabelece a necessidade de formação de profissionais que estejam em contato com o processo, sugerindo serviços de apoio e de assistência às vítimas.

Os autores Willemsems & Miers (2008) formularam, como resultado da Quinta Conferência do Fórum Europeu de Justiça Restaurativa, um relatório com a avaliação do “possível papel da União Europeia no desenvolvimento da Justiça Restaurativa na Europa”,

³⁶ O conteúdo completo da Resolução encontra-se no Anexo 1 do presente trabalho.

³⁷ Decisão disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/>. Acessado em 30 out. 2009.

tendo como objetivo específico identificar onde há a necessidade de maior regulação do tema no nível da UE. Esse extenso material produzido foi intitulado de *AGIS 3 project*,

Em 2002, o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ECOSOC/ONU) adotou a Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas³⁸, que estabelece os “Princípios básicos para a implementação de práticas restaurativas nos Estados-Membros”, servindo como um guia no que se refere às práticas e políticas em justiça restaurativa.

Os conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa estabelecem a definição de programa restaurativo, processo restaurativo e resultado restaurativo. Segundo a Resolução, o processo restaurativo só tem lugar quando o acusado houver assumido a autoria e ela estiver comprovada, sendo vital o livre consentimento tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer momento - e só vale o acordo restaurativo se consensualmente assentado e com as obrigações assumidas razoáveis e proporcionais.

A Resolução também é clara quanto à complementaridade da Justiça Restaurativa, que não visa suplantar o sistema judicial penal, mas sim complementá-lo, ao estabelecer que a sua aplicação não deve prejudicar o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores.

Seguindo-se à Resolução, em 2006, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC) formulou um Manual para Programas em Justiça Restaurativa (*Handbook on Restorative Justice Programmes*), propondo, além de uma extensa carta principiológica, a metodologia e os procedimentos necessários para a implementação da JR nos Países-membros. O documento também traz exemplos de implementações bem sucedidas em alguns países, com a apresentação dos resultados para os envolvidos.

No contexto da América Latina, temos a publicação da Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina em 2005, após o seminário *Building Restorative Justice in Latin America* (Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina). No seu artigo. 1º, a Declaração postula que procedimento restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social. E dentro as metas restaurativas, estão o arrependimento, perdão, restituição, *accountability*, reabilitação e integração social, entre outros.

³⁸ O conteúdo completo da resolução encontra-se no Anexo 2 do presente trabalho.

Em sede de justiça juvenil, tem-se orientado de forma cada vez mais difundida para a aplicação da Justiça Restaurativa, como se vê nos estudos do Tribunal de Menores de Milão e Turim e no exemplo de experiências como Espanha (BARBERAIN, 2007), Argentina (GARCIA MENDÉZ, 2011), Brasil³⁹ e Peru⁴⁰. Em 2009, foi realizado em Lima, no Peru, o Primeiro Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa, cujos objetivos eram: refletir a respeito do conceito de Justiça Juvenil Restaurativa e empreender uma análise crítica sobre sua viabilidade; examinar a metodologia e instrumentos da Justiça Juvenil Restaurativa; avaliar a situação da vítima dentro da Justiça Juvenil Restaurativa e sua necessidade de proteção e reparação de danos; compartilhar experiências e as boas práticas da Justiça Juvenil Restaurativa a nível mundial; e elaborar e apresentar algumas recomendações para o desenvolvimento e implementação da Justiça Juvenil Restaurativa.

Deste último objetivo, formulou-se uma Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa para a ONU⁴¹, instigando a Organização, dentre outras sugestões, a recomendar sistematicamente aos Estados signatários da Convenção que tomem as medidas necessárias para a integração de processos restaurativos como uma possibilidade para atender as crianças em conflito com a lei em todas as etapas da administração da justiça juvenil.

³⁹ Em 2005, o Ministério da Justiça, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), lançou, em nível nacional, o programa “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, que foi implementado a partir de projetos-pilotos em Porto Alegre, São Paulo e Brasília.

⁴⁰ Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa (2009) – Disponível em: www.congresomundialjvrperu2009.org. Acesso em 30 out. 2009.

⁴¹ Disponível em www.congresomundialjvrperu2009.org. Acesso em 30 out. 2009.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA, DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITOS HUMANOS: ALINHAVANDO SENTIDOS E POSSIBILIDADES

Como Walgrave (2008, p. 11), entendemos que a Justiça Restaurativa não se trata apenas de uma nova abordagem sobre o crime, mas também envolve um novo paradigma ético e social. Isto é, para além das inovações procedimentais introduzidas pelo modelo restaurativo no sistema penal, os seus fundamentos propõem um debate teórico-crítico acerca do papel do Direito e do sistema penal.

Nesse sentido, a partir de um encadeamento das temáticas abordadas nos Capítulos anteriores, propomo-nos a situar teoricamente o modelo da Justiça Restaurativa junto ao Direito Penal mínimo, tendo em vista as contribuições da Teoria Crítica do Direito Penal e da Criminologia Crítica, que apontaram, respectivamente, a crise da legitimação do sistema penal e a complexidade do fenómeno do delito.

Para além disso, buscaremos colocar em diálogo Justiça Restaurativa e Direitos Humanos, ao conceber a existência de uma necessária relação entre a primazia dos Direitos Humanos e a ética da alteridade propagada pela Justiça Restaurativa. Por fim, propomos a discussão de possíveis caminhos para a efetivação desse modelo e as críticas dirigidas a ele.

4.1. JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITO PENAL MÍNIMO

Compactuamos do entendimento de Jaccould (2005, p. 180) sobre a função de um estudo em Justiça Restaurativa, para quem as questões devem residir menos em saber se devemos aplicar a Justiça Restaurativa em matéria penal e mais em saber qual forma de Justiça Restaurativa desejamos aplicar e, sobretudo, qual seria seu lugar e sua função em relação ao modelo punitivo.

A partir das contribuições da Teoria Crítica do Direito Penal e da Criminologia Crítica, abordadas no Capítulo II, pudemos ver que, em sede de políticas criminais, diferentes abordagens têm sido utilizadas para dar conta da complexidade da conflitualidade social contemporânea.

No presente trabalho, a partir da teoria crítica do direito e do direito penal, situamos a Justiça Restaurativa junto à noção de um Direito Penal mínimo, como abordagem que extrapola os limites do dogmatismo jurídico e a noção de pena como única resposta estatal ao delito. Ainda que de ideal abolicionista, entendemos que há que se falar em minimalismo, e não em abolicionismo, para sustentar a aplicação da Justiça Restaurativa, tendo em vista a sua inserção no sistema judicial penal – ainda que com um novo olhar, está lá – e a inafastável aplicação de uma sanção à conduta delituosa. Trata-se, então, do enfrentamento do crime a partir de uma proposta despenalizadora, mas não descriminalizadora, visto que a conduta permanece tipificada, mas encontra resposta sancionatória diversa da pena.

Na tentativa de esquematizar uma diferenciação entre o Direito penal, reabilitador e restaurativo, temos um quadro proposto por Walgrave (2008), através do qual fica visível os enfoques específicos dado por cada sistema em relação à resposta estatal diante do delito:

	DIREITO PENAL	DIREITO REABILITADOR	DIREITO RESTAURATIVO
Ponto de referência	O delito	O indivíduo delinqüente	Os prejuízos causados
Meios	Aflição de uma dor	Tratamento	Obrigação de reparar o dano
Objetivos	Equilíbrio moral	Adaptação	Neutralização
Posição das vítimas	Secundária	Secundária	Central
Critérios de avaliação	Adequação da pena	Adequação do indivíduo	Satisfação dos interessados
Contexto social	Estado opressor	Estado providência	Estado responsável

Quadro 6. Comparação entre Direito Penal, Reabilitador e Restaurativo

Para Zaffaroni (1984), a diferença fundamental entre o modelo reparador (Justiça Restaurativa) e o retribucionista (Justiça Penal) é que o primeiro pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, enquanto o segundo apenas busca decidir os conflitos, estendendo a margem dos atos unilaterais de poder, solucionando menos conflitos e deteriorando a coexistência social.

No mesmo sentido, Konzen (2007, p. 96) dirá que o problema do modelo processual tradicional reside na falta de alternativas do Estado-Juiz, na presença de tão-só uma única opção válida, apenar ou deixar de apenar, aplicar ou deixar de aplicar a medida.

A possibilidade da aproximação e da convivência harmônica dos valores de fundamentação da instrumentalidade garantista e dos valores apregoados pelas práticas da Justiça Restaurativa não se constitui em um tema concluído, apresenta-se como tema em perspectiva. Independente da maior ou menor efetividade como mecanismo de controle social, um olhar fundado nos valores da JR assinala uma possibilidade concreta de superar a mediocridade dos encarceramentos pela via da institucionalização ou o descrédito punitivo das conseqüências de meio aberto ou das penas alternativas, soluções constituídas na verticalidade das relações de poder, para instalar, no centro da busca por respostas, a atenção às necessidades de pessoas e à horizontalidade sistêmica dos relacionamentos, pessoas constituídas de carne e osso, e nas suas subjetividades relacionais, de sentimentos (KONZEN, 2007, p. 97).

Nesse sentido, sustentamos a necessidade de uma abordagem em relação à problemática do Direito Penal que seja factível ao contexto atual e que possa agir *dentro dos labirintos do controle penal* (ANDRADE, 2006, p. 182) em busca de um caminho do meio. Concordamos com Andrade (2008, p. 182), ao dizer que o dilema do nosso tempo não é a escolha entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência, absolutamente desleal, entre a totalizadora colonização do eficientismo e a aversão ao abolicionismo, mediados pelo pretenso equilíbrio prudente de minimalismos de híbrida identidade.

O estabelecimento de limites e a definição do papel do titular da pretensão acusatória e da jurisdição já são demandas apregoadas pela teoria garantista. Não se percebem, portanto, segundo Konzen (2007, p. 98), incompatibilidades ou impossibilidades de convivência harmônica desse modelo [restaurativo] com a carta principiológica da instrumentalidade garantista. Por isso, no lugar de um sistema de penas (ou de medidas) alternativas, propõe-se a modificação da radical expropriação da forma de tratar as conseqüências do delito como uma propriedade exclusiva do Estado. Tal questão não é tão-somente uma questão de natureza jurídica. Trata-se, na sua origem, de uma opção em admitir a construção de novos ou outros sentidos, uma questão antes e mesmo de natureza fundacional do agir humano.

A Justiça Restaurativa vem propor um modelo que não se encaminha obrigatoriamente para a abolição e tampouco propriamente para a busca de alternativas à punição. O que acena a restauratividade consiste em um outro modo de proceder em face da conduta ilícita, com o

envolvimento dos diretamente interessados, antes, durante ou depois do exercício da jurisdição, com a instauração da possibilidade e da legitimidade para outros acertos.

Considerando que a Justiça Restaurativa não prescinde da ordem jurídica para o seu funcionamento, entendemos que a sua abordagem se coaduna com os interesses do Estado Democrático de Direito e com a tutela dos Direitos Humanos, visando compatibilizar-se com o aparato judicial naquilo que for possível.

4.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Com o advento do constitucionalismo, assistimos a positivação dos Direitos Humanos enquanto direitos de primeira grandeza na ordem normativa. Nesse sentido, tem-se que os Direitos Humanos são a base e o fundamento (*basis and foundation of government*⁴²) do Estado Democrático de Direito, de tal sorte que só poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional (SARLET, 2004, p. 68), como se observou a partir da análise realizada no item 2.2 do Capítulo 2.

A Justiça Restaurativa, como nova forma de administração dos conflitos em matéria penal, intenta humanizar o processo penal, a partir da aproximação dos diretamente envolvidos no delito, para que estes, revestidos de direitos, possam trabalhar em conjunto para a reparação dos danos causados. Nessa perspectiva, consideramos que a proteção aos Direitos Humanos, enquanto limitação do poder normativo em prol das garantias individuais, deve ser o sustentáculo de qualquer procedimento que pretenda regular a conflitualidade social. Seguindo esse entendimento, a preocupação introduzida pelo *garantismo*, teoria a partir da qual o freio ao poder estatal está na constitucionalidade material do Estado Democrático de Direito, como modelo em oposição ao Estado Policial ou Penal, parece estar de acordo com o modelo de justiça restaurativo.

Ao contrário do que supõe a crítica recorrente em relação aos procedimentos da Justiça Restaurativa, a informalidade do processo e a aproximação entre ofensor e vítima não está, de forma alguma, a serviço de uma limitação ou deturpação das garantias processuais. Atribui-se um falso silogismo à informalidade do modelo restaurativo e a perda da salvaguarda dos Direitos Humanos, como se a sua garantia material se desse apenas através da

⁴² Previsão expressa na Constituição americana (ex-colônia inglesa da Virgínia) em 1776. Citada por SARLET (2004, p. 68).

prescrição normativa do processo penal tradicional. Da mesma forma, ao se propor uma abordagem que pode realizar-se fora do contexto judicial – antes ou depois do processo penal, a crítica também pode deslizar, em termos de gerencialismo ou eficientismo, para uma justificação das práticas restaurativas a partir da celeridade processual e do desinchaço das demandas judiciais.

Esse efeito, embora possa ser alcançado a partir de alguns procedimentos restaurativos, não é norteador do modelo de justiça restaurativo, visto que ele propõe um outro modo de entender o crime e não apenas de responder a ele. Muitas vezes, o que se dá é o contrário, visto que a necessidade de realização de encontros restaurativos, a partir da inserção da vítima e da comunidade no processo, torna os procedimentos mais longos e demorados, não sendo este um argumento que viabilize uma crítica do modelo restaurativo.

Sobre este aspecto, Scuro Neto (2005) contextualiza que, em toda a América Latina, as experiências com mecanismos alternativos de resolução de controvérsias e conflitos fundamentam-se no ideal de um sistema de justiça eficiente, diligentemente forjado por agências como USAID, PNUD, World Bank e BIRD para países em desenvolvimento. Essa utopia pretende que a Justiça seja capaz de parear cada conflito jurídico na sociedade com um caso judicial – missão que, em contextos de crescente litigiosidade e insuficiência de recursos, fatalmente conduz a um dilema (isto é, criar mais juizados em oposição à opção de desjudicializar o sistema), clamando por uma “redefinição dos objetivos públicos em matéria de justiça”, políticas e programas que dêem aos sujeitos do Direito a possibilidade de “acesso a procedimentos eficientes, não necessariamente judiciais, ao menor custo possível.

Nesse sentido, consideramos importante reforçar a necessária voluntariedade implicada no processo restaurativo, de forma que, sob nenhum aspecto, incorra-se na supressão de direitos dos envolvidos. Da mesma forma, consideramos importante demarcar a diferenciação do modelo restaurativo de outras medidas alternativas despenalizadoras, como os Juizados Especiais Criminais, pois estes se regulam conforme o ideal gerencialista ou eficientista.

Morris (2005) concebe a relação entre a justiça restaurativa e os direitos humanos, ao sustentá-la a partir de alguns exemplos de implementação. Por exemplo, no estado da Austrália do Sul, os jovens que participam de reuniões restaurativas podem, antes de admitir a autoria do crime e mesmo antes de concordar com a proposta final, consultar advogados, ainda que os advogados geralmente não participem das reuniões restaurativas propriamente. Na sessões ou audiências do programa de Justiça Real (*Real Justice conferences*) dos Estados Unidos, os advogados participantes das reuniões restaurativas têm uma oportunidade de

acompanhamento e podem interromper os procedimentos a qualquer tempo, se considerarem que os direitos dos jovens estão sendo transgredidos. E, na Nova Zelândia, se os facilitadores de um encontro restaurativo com grupos de familiares possuem qualquer preocupação com os direitos subjetivos do infrator juvenil, eles podem solicitar a indicação de um advogado (pago pelo Estado). Além disso, os jovens que são direcionados a um encontro restaurativo pela Corte Juvenil (*Youth Court*) podem ter a assistência de advogados indicados pela corte durante os encontros restaurativos com grupos de familiares, da mesma forma que infratores adultos podem ter advogados nos programas piloto de justiça restaurativa.

Assim como acontece em relação aos dispositivos legais relacionados às práticas restaurativas, as fontes de Direitos Humanos em âmbito internacional sempre referem a necessidade de uma política internacional pela paz, a partir do respeito aos direitos e da autodeterminação dos povos. Nesse sentido, entendemos que a necessária tutela dos Direitos Humanos tem uma relação harmônica com os objetivos da Justiça Restaurativa.

Concordamos com Joaquín Herrera Flores (*Apud* RÚBIO; FLORES & CARVALHO, 2010), para quem a luta pelos Direitos Humanos exige que superemos o mal-estar social produzido a partir dos enganos em relação aos DH como ideal de dualidade, emancipação, desenvolvimento e individualismo, ampliando o espaço social:

La lucha por los derechos humanos exige la imbricación de los cuatro niveles : los malestares de la dualidad, de la emancipación, del desarrollo y del individualismo sólo será posible a medida que vayamos construyendo un espacio social ampliado en el que la lucha contra la discriminación tenga en cuenta, por un lado, la progresiva eliminación de las situaciones de desigualdad y, por otro, convierta las diferencias en un recurso público a proteger. Se trata, por tanto, de tomarse en serio el pluralismo, no como mera “superposición” de consensos, sino como la práctica democrática que refuerza la diferencia de las posiciones en conflicto y se sustenta en la singularidad de sus interpretaciones y perspectivas acerca de la realidad.

Para o autor, é preciso levar a sério a ideia de pluralismo, não como mera superposição de consensos, mas como a prática democrática que reforça a diferença das posições em conflito e se sustenta na singularidade de suas interpretações e perspectivas acerca da realidade. Nesse sentido, entendemos que Flores está propondo, para a materialização dos Direitos Humanos, uma nova racionalidade ética, a ética da alteridade, da diferença, a partir da qual as ideias propostas pela Justiça Restaurativa encontram o seu sentido.

4.3 CAMINHOS PARA A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: CRÍTICAS E POSSIBILIDADES

De um ponto de vista estritamente sistêmico, a implementação de mudanças rápidas, seguras e confiáveis na Justiça Criminal depende de certos aspectos objetivos e subjetivos. Os primeiros são condicionados pelo axioma “investigar e punir os culpados”, que reflete a “missão” Direito Penal e dá sentido ao trabalho dos integrantes do sistema. Esses aspectos devem ser, ademais, encarados de modo judicioso, sob a perspectiva das relações e das tensões que, no contexto do Estado de Direito, determinam a busca da verdade na base de provas legais e constitucionalmente admissíveis. Contudo, a busca da verdade formal torna-se virtualmente irrealista no contexto de processos balizados por direitos humanos e garantias em benefício dos suspeitos.

Finalmente, um sistema de justiça é condicionado também por fatores subjetivos, fundados em mentalidades, emoções, reações, ou seja, em critérios internos que condicionam as percepções e os interesses das instituições, grupos e relações sociais que caracterizam o sistema. Assim sendo, quais seriam as “reais causas” da resistência à Justiça Restaurativa? Causas institucionais, que expressariam oposição generalizada, ou simplesmente reação de determinados grupos ou indivíduos alojados em determinados meios? Mais precisamente, seriam os opositores executivos, que pouco ou nada sabem sobre Justiça Restaurativa, e nem querem saber por conta de razões corporativas, conveniência política ou receio de incomodar interesses, agravando ainda mais relações tensas ou em estado de decomposição? (SCURO NETO, 2005)

Alguns autores⁴³ questionam se os valores da justiça restaurativa efetivamente podem ser traduzidos para uma realidade concreta. Uns descrevem a justiça restaurativa como um movimento desprovido de comprovação com riscos de fracasso e sustentam que seu apelo está mais em sentimentos humanísticos do que em provas empíricas de sua efetividade. Um deles compreende que os céticos têm muitas razões para seu ceticismo (MORRIS, 2005).

Quanto à doutrina, as críticas mais fortes são que este paradigma representa um retrocesso, uma volta a formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. A concentração do poder punitivo no soberano, conquista do

⁴³ LEVRANT *et al.* 1999. p. 16. KURKI. 2000. P. 240. MIERS. 2001. P. 88 (*Apud* MORRIS, 2005).

racionalismo jurídico, seria abalada em favor de um sistema carente de garantias individuais e privatizado.

Para Sica (2007), os problemas constatados na implementação dos programas restaurativos são os seguintes: (i) em que pese um grande número de decisões legislativas e pesquisas, estas têm sido aplicadas de um modo assistemático e com pouca planificação, dependendo, ainda, da discricionariedade dos responsáveis pela administração da justiça; (ii) os programas têm limitado sua “clientela” a infratores contra a propriedade e primários; (iii) não tem servido como alternativa efetiva à prisão e podem conduzir a uma expansão das redes de controle; (iv) concentraram-se em infratores jovens, sendo em alguns casos particularmente seletivos; (v) põe-se em dúvida a efetividade para reduzir a reincidência.

Considerando essas dificuldades, tomamos o entendimento de Scuro Neto (2005), para quem as mudanças sistêmicas, em particular no judiciário, não devem ser propostas tendo em vista grandiosos “novos paradigmas”, mas sim matrizes disciplinares, formas padronizadas de solução de problemas que podem ser progressivamente utilizadas na resolução de dilemas mais sérios e complexos. A partir daí, as matrizes passariam a regular as formas assumidas por soluções subseqüentes. Eventualmente, essas matrizes podem anunciar alterações profundas no sistema, contribuir para estabilizar a Justiça e fazer dela um instrumento de transformação de conflitos e de construção de consenso em torno do processo de mudança.

Mudar significa alterar o modo de pensar o conflito, o modo de gerir o sistema. Para Scuro Neto (2005), mudar quer dizer, finalmente, alterar o modo corrente de interação no seio do sistema e deste com os usuários e a população em geral – ou seja, diminuir a dependência em relação à lógica burocrática e confiar cada vez mais em consenso e participação, transformando profundamente a experiência de todos e cada um com o sistema de justiça.

Uma agenda de mudanças, conforme esse entendimento, deveria, para Scuro Neto, primeiramente, ter foco em todos os usuários, identificando (1) o que desejam, (2) as respostas do sistema, (3) os hiatos entre o que querem e o que realmente obtêm, e (4) planejando para preencher esses hiatos – o princípio da inclusão, visto da perspectiva restaurativa (criar oportunidades para envolvimento direto e completo das partes) nesse particular é absolutamente relevante. Além disso, deveria encontrar maneiras de medir desempenhos, o que pode se obtido naturalmente sob uma “atmosfera de avaliação” conduzida coletivamente (por meio de “círculos de efetividade”) para estabelecer objetivos e aumentar a efetividade da prestação de serviços jurisdicionais. Ainda, a agenda de mudanças deve ser capaz de identificar problemas (ou limitações) e percorrer suas trajetórias até encontrar os pontos de origem, corrigindo-as para que dificuldades não voltem a ocorrer. A

partir disso, então, a agenda de mudanças deveria prever a reformulação de normas e valores visando elevar a qualidade da prestação dos serviços, criando e desenvolvendo mecanismos para reconhecer e corrigir injustiças e desequilíbrios – contribuindo para “reconfigurar” o sistema virtualmente incapacitado pela inconsistência dos princípios que o norteiam (‘prevenção’, ‘pena’, ‘privação’, ‘reabilitação’) e que confundem a ação de seus integrantes e explicam por que as políticas e programas até aqui aplicados oscilam entre a impunidade e o rigor excessivo.

Sob este aspecto, entendemos que a implementação de qualquer novo modelo traz consigo problemas na execução, devendo, a partir de uma agenda de mudanças, poder controlar as suas práticas, procurando corrigir constantemente as inconsistências internas para incremento do seu estudo e da sua aplicação. No mesmo sentido, a literatura refere que o êxito dos programas depende muito da existência de linhas de orientação em nível nacional, visando uma mínima uniformidade das práticas adotadas, com o objetivo de diminuir ou evitar a potencial discrepância de tratamento em situações semelhantes, que é uma preocupação de diversos pesquisadores.

As críticas dirigidas ao modelo restaurativo, ainda que coerentes e construtivas, no entanto, não suplantam os efeitos positivos dessa prática para os envolvidos. Nesse sentido, pesquisas apontam que a justiça restaurativa diminui o sentimento de insegurança coletivo e aumenta a percepção de justiça, e, assim, reduz os impulsos de expiação e vingança (SICA, 2007, p. 34).

Segundo Howard Zehr (2008), pesquisas mostram que, no caso de aplicação de práticas restaurativas, o índice de reincidência cai em um terço; e, quando o infrator comete um novo crime, é menos sério do que o anterior. Estudos mostram, ainda, que o grau de satisfação das vítimas chega a 90%. A Nova Zelândia organizou o Judiciário em torno dessa idéia, entendendo que prender não é a melhor solução para crimes menores, e preferindo, então, a realização de Círculos Restaurativos, que são acompanhados por facilitadores treinados, não por juízes – cuja presença remeteria à autoridade tradicional.

Uma pesquisa na Grã-Bretanha demonstra que a maioria das vítimas de crimes preferem os encontros restaurativos à pena de prisão. Cerca de dois terços das vítimas entrevistadas não acreditam que a prisão previne a reincidência e mais da metade dessas pessoas são favoráveis ao encontro restaurativo por poderem relatar o impacto do crime e para propiciar às vítimas oportunidade de assumir responsabilidade e fazer reparações. Esta

pesquisa, encomendada pelas organizações não-governamentais "Victim Support" e "SmartJustice" à ICM Research, entrevistou 991 vítimas adultas de crimes.⁴⁴

Em estudo organizado por Maxwell (2005) sobre a experiência neozelandesa, constatou-se que os índices de reincidência são de 9% entre os jovens advertidos, 16% entre aqueles encaminhados alternativamente pela polícia, 37% entre os participantes de conferências familiares e 51% entre aqueles submetidos ao Tribunal de Jovens.

Para além desse efeito simbólico aos participantes, de re-significação de um trauma a partir de um encontro, os procedimentos restaurativos propõem-se a outros efeitos dentro do sistema legal. Segundo Bello (2011, p. 17-18), o modelo restaurativo parece ser mais eficaz que o modelo penal em alcançar os seguintes objetivos: (a) impedir a reincidência, eliminando as causas subjacentes do comportamento inaceitável em questão; (b) reduzir e, na medida do possível, reparar as conseqüências danosas do criminoso delito em questão, especialmente o dano causado à vítima; e (c) alcançar uma resolução máxima satisfação ou acordo que irá atender tanto o material como as necessidades emocionais das principais partes envolvidas. Para o autor, esses objetivos devem pautar qualquer resposta de justiça criminal.

No mesmo sentido, Melo (2005, p. 7) aponta os seguintes motivos, que justificariam a utilização da Justiça Restaurativa na área penal:

“(...) primeiramente, contra uma definição vertical do que é justo, ela horizontaliza e pluraliza a noção de poder, de modo que os envolvidos na situação conflitiva decidem o que é justo; foca na singularidade daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito; o conflito adquire um outro estatuto, não sendo visto como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado no que tem de positivo; permite uma nova relação com o tempo, não mais fixando-se em um modelo de acerto de contas com o passado, mas sim atentando-se aos acertos que podem ocorrer entre os envolvidos no presente e no futuro; por fim, aponta um rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados na situações conflitivas.”

Sendo assim, temos que a Justiça Restaurativa é um modelo diversificado em suas práticas e concebe uma série de procedimentos e rituais, sugerindo novas formas de atuação diante do conflito em material penal e propondo respostas adequadas à realidade dos envolvidos. Ao considerar a complexidade do fenômeno do delito, a partir dos ensinamentos da criminologia crítica, a Justiça Restaurativa fornece novos olhares sobre o conflito,

⁴⁴ICM Research – Victims of Crime Survey 2005/2006. Disponível em <http://www.realjustice.org/library/vocsurvey.html> Acesso em 10 jan. 2011.

propondo a horizontalização e pluralização da noção de justiça, a re-significação da relação ofensor e vítima e o empoderamento da comunidade como ator social capaz de situar-se ativa e responsabilmente diante do conflito.

Como contribuição ao pluralismo e à democracia participativa, Morais (2010, p. 142) diz ser necessário que percebamos que o espaço da democracia, em razão de um processo conjunto de desterritorialização e reterritorialização conseqüente da complexidade das relações contemporâneas, multiplica-se, não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado Nação, mas incluindo o espaço internacional, comunitário, além das experiências locais—como, e.g., no caso dos projetos de democracia participativa. Isso faz com que a própria noção de cidadania seja revisitada, não apenas em seus conteúdos, mas, e particularmente, em seus espaços de expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa proposta, viu-se que o legado da justiça conferido à lei e ao Poder Judiciário parece, enfim, ter a ver com a sua sacralidade contemporânea. Diante de tantos deuses caídos, a lei é a regulação social que resta a partir da sua constituição simbólica através dos tempos. O Direito, como corpo simbólico produtor de saberes no social, vem representar a ordem e nomear direitos e individualidades, regulando o Estado Democrático de Direito pautado no constitucionalismo.

Nesse contexto, a decisão judicial, como *ultima ratio*, isto é, como última instância de administração do conflito, não parece ser capaz de dar a resposta adequada a uma relação que lhe antecede e escapa. O papel do Direito Penal, então, reside antes na capacidade de nomear um direito, de sentenciar um valor adstrito à realidade jurídica e de dar alguma continência às relações conflitivas ocasionadas pelo delito. O sistema jurídico prescinde dos sujeitos, visto que abstrai, generaliza e compartimenta as queixas pessoais em delongados atos processuais, até a fenomenologia do conflito se tornar inteligível ao discurso jurídico. Ao final, o que se decide não é mais o conflito, mas no máximo a virtualização desse conflito, a partir da simplificação da realidade em categorias ordenadas e comprovadas e da transformação do sujeito em *parte*.

Com as contribuições da Teoria Crítica do Direito e do Direito Penal e da Criminologia Crítica, pôde-se ampliar o entendimento do fenômeno do delito, inserindo-o em uma lógica complexa, que se refere não só à figura do criminoso e ao crime em si, mas aos fatores para a criminalização a partir do controle social. A partir da teoria crítica, situou-se a importância de considerar a relação entre a tutela dos Direitos Humanos, base fundante do Estado Democrático de Direito, e os ideias da Justiça Restaurativa.

Se a justiça tem como trabalho constante o resgate da crença na possibilidade da convivência humana, importante pensar também em como possibilitar que essa humanização se dê dentro do sistema penal, nas relações entre os atores ou *autores* da justiça, e em que medida a Justiça Restaurativa, no seu diálogo com os Direitos Humanos, possibilita essa harmonização. A introdução da dialética do encontro, de outorga ao outro o *status de sujeito*, de alguém diferente a quem não estou indiferente, da busca de entendimento em função da ética, traz ao processo penal uma nova racionalidade, voltada para a pacificação do conflito a partir de um compartilhamento social da responsabilidade pelo delito.

Assim, compartilhamos do entendimento de Timm de Souza (SOUZA, 2004, p. 214), para quem a questão da justiça não é um tema que se dê exclusivamente na órbita da racionalidade; *é a racionalidade que tem de estar na órbita da vontade da ética*. Ocorre aqui a famosa inversão levinasiana da ética proposta como filosofia primeira. Isto é, não é na multiplicação de armas de guerra que a paz é atingida, mas exatamente a totalidade da guerra; a paz tem uma *outra* racionalidade que a guerra, como a justiça tem uma *outra* racionalidade que a teorização objetificante: uma racionalidade *ética*.

Desvincular a ideia positivista de uma justiça, enquanto instituição jurídico-política, do exercício efetivo da justiça, da ética: eis uma das funções maiores da antiideologia introduzida pela Justiça Restaurativa. Penetrar no núcleo da justiça a tal ponto que o bronze da alegoria da justiça de olhos vendados e balança na mão exponha suas entranhas: isso não pode ser conseguido pelo pensamento, mas apenas pela anti ideologia por excelência, pelo desafio recorrente da vontade de justiça, da ética que tudo arrisca para se realizar, até hipotecar sua segurança ao desconhecido. Desvincular a ordem constituída, injusta, de sua pretensão de perfeição e intocabilidade: eis o motivo da recusa e a razão da mobilização de novas forças intelectuais, de outra ordem. “suspensão da essência”, e de tudo que justifica a essência; injeção de imponderabilidade no profundo da consciência (SOUZA, 2004, p. 215).

A justiça, a questão da justiça – coração da ética – não é um jogo de equilíbrios, repartições, distribuições e boas aparências, como parecem julgar uma boa quantidade de teorias da justiça contemporâneas. *É uma assimetria, no sentido de um encontro de desigualdades*. Não há justiça a ser exercida no encontro das uniformidades jurídicas, das cerimônias suntuosas onde o excesso de forma disfarça a indigência do conteúdo, onde palavrórios inúteis ocupam o lugar do trauma. A vontade de justiça é uma queda voluntária num abismo inescapável, e a sobrevivência *na queda e pela queda* (SOUZA, 2004, p. 214-215).

Nesse sentido, se quisermos ser democráticos temos que assumir a incerteza até mesmo daquilo em que acreditamos, e se não estamos seguros de que o que defendemos não é definitivo, temos de oferecer um espaço para aqueles que pensam diferente. Eu prefiro muito mais falar de pluralismo no lugar de tolerância. O pluralismo é justamente uma forma de reconhecer-se a incerteza a respeito do que pode ser certo ou errado. É uma posição humilde a respeito da verdade e que até pode envolver o mundo da ciência (ROJO, 2010).

Tal como a Justiça Restaurativa propõe, nosso objetivo também é a de pôr a palavra em circulação, buscando muito mais as perguntas que podem ser formuladas para se pensar criticamente a proposta do que propriamente as respostas dessas mesmas. Compartilhamos da

indagação feita por Souza (2008), ao propor que Justiça restaurativa talvez não seja o melhor termo para dizer dessa proposta, mas sim Justiça instaurativa – instaurativa de um espaço, instaurativa de uma abertura, instaurativa de um encontro, instaurativa de uma nova racionalidade em matéria penal. Para Züge (2010, p. 118), ainda mais, instaurativa de uma utopia.

Pelo viés da utopia, o fato de saber se a Justiça Restaurativa tem ou não uma proposta coerente, se é aplicável, em que contexto pode operar e que efeitos produz são questões consideradas menos importantes do que sua força interrogante, questionadora e insistentemente inconformável com o cenário atual (ZÜGE, 2010, p. 118).

Com esse sentimento é que buscamos, com a realização desse trabalho, abrir o debate acerca das novas formas de administração da justiça penal, mas não a partir de novas alternativas e sim de novas modelagens que extrapolem o binômio crime-pena, pensando em outras formas de sancionar os conflitos sociais. Nesse sentido, salientamos que, no âmbito da Universidade onde se produziu esta pesquisa, deparou-se com a escassez de material em relação à temática da Justiça Restaurativa e da mediação penal, especialmente na área do Direito. Com a revisão bibliográfica, viu-se que as pesquisas realizadas com o tema Justiça Restaurativa, em nível de pós-graduação, estão restritas às áreas da Psicologia, Sociologia e Antropologia. Da mesma forma, em relação à temática da mediação penal, não há trabalho produzido no âmbito da Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

Assim, finalizamos o presente trabalho considerando a pungente necessidade de que os estudos em relação às novas formas de administração da justiça em matéria penal sejam ampliados, como forma de possibilitar a produção de novas pesquisas e lançar novos olhares ao complexo fenômeno do conflito em matéria penal.

BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel. **Direito penal e justiça restaurativa: do monólogo ao diálogo na justiça criminal.** In: Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 210, p. 09-10, mai. 2010.

_____. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal:** Justiça terapêutica, instantânea e restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALVES, Márcia Barcellos. **Direito à palavra: funções do testemunho na justiça restaurativa.** Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Violência: Psicanálise, Direito e Cultura.** Campinas: Millenium, 2007.

ARAUJO JUNIOR, Isac Tolentino. *A Contemporaneidade da Prisão e do Sistema Punitivo: Sistema Pós-correcional no Capitalismo de Barbárie.* In: **Passagens.** Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, janeiro-abril 2011, p. 33-61.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Conciliar ou punir? - Dilemas do controle penal na época contemporânea.* In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *A Força do Direito e a Violência das Formas Jurídicas.* In: Ruth Gauer (org.). **Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Sistema Penal e Constituição. Resumo de material. Texto exclusivamente autorizado para alunos da disciplina de Direito Penal I, Faculdade de Direito, UFRGS, 2º semestre 2008.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Política criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas.* In: WUNDERLICH, Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner (Org.). **Política Criminal Contemporânea - Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49-61.

BACELLAR, Roberto Portugal. **O poder paralelo e o Judiciário. Quando a Justiça falha, a violência não tarda.** Novos Rumos. Órgão Oficial da Associação dos Magistrados do Paraná, n.o 76, 2002.

BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso em 24. Out. 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Crítica do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 29-30.

BARBERAIN, Jaume Martín. Mediação Penal na Justiça Juvenil da Catalunha. Apresentação no Seminário Internacional sobre Justiça Juvenil, realizado em Porto Alegre em novembro de 2007. Assessor de Relações Internacionais da Secretaria de Serviços Penitenciários da Catalunha. Disponível em: <http://www.justica21.org>. Acesso em 24 jan 2011.

BARTER, Dominic. **Entrevista**. Disponível em: <http://www.cnvbrasil.org.br/textos>. Acesso em 10 jan. 2011.

BARTON, Charles. **Empowerment and Retribution in Criminal and Restorative Justice**. Disponível em: http://www.voma.org/docs/barton_emp&re.pdf. Acesso em 10 jan. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Plínio Dentzien (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BELO, Fabio. **Responsabilidade e Resposta**. Tesumo comentado do texto Responsabilidade e Resposta, de Laplanche. III Congresso Nacional de Psicanálise, Direito e Literatura. Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2011. p. 6-7. Disponível em: www.conpdl.com.br

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRANCHER, Leoberto N.; AGUINSKY, Beatriz G. **A justiça em conexão com a vida: transformando a justiça penal juvenil pela ética da justiça restaurativa**. Juizado da Infância e Juventude, Porto Alegre, v. 3 e 4, p. 31-36, 2005.

BRAY, Renato Toller. **Um estudo sobre a relação entre a teoria jurídica crítica e o pluralismo jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 849, 30 out. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7503>. Acesso em: 30 mar. 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 8, n° 30, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPRA, Fritjot. **O Tao da física. Um paralelo entre física moderna e o misticismo oriental**. São Paulo: Cultrix, 1983.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCCRIM, Ed. Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 293-338, nov-dez 2009.

_____. **Criminologia, garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: ensaio sobre o exercício dos poderes punitivos.** In: Alejandro Rosillo Martínez (org.). *Teoria crítica dos direitos Humanos no século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 483-526.

_____. **Garantismo penal e conjuntura político-econômica contemporânea: resistência à globalização neoliberal: breve crítica.** Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DE FOLTER, Rolf S. *Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault.* In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. **Abolicionismo Penal.** Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989. p. 57-86.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei: O fundamento místico da autoridade.** Coleção Tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana – O Modelo da Nova Prevenção.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

DURKHEIM, Emile. **Regras do método sociológico.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

_____. **A ordem do discurso.** 15ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 38-39.

_____. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão (1975).** 36ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. **Metamorfoses do poder: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura,** Coimbra: Ariadne, 2004.

FREITAG, Barbara. **A Teoria Crítica: ontem e hoje.** 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FREUD, Sigmund [1929]. **O Mal-Estar na Civilização.** In: Edição *Standard* Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. [1913]. **Totem e Tabu.** In: Edição *standard* brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1990. p. 11-125.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Maria Luiza de Carvalho (trad.). Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia.** Lisboa: Livraria Classica, 1916.

GOFFMANN, Erwing. **Manicômios, Prisões e Conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa: o paradigma do encontro.** Brasília: Instituto de Direito internacional de Brasília, 2004. Disponível em www.restorativejustice.org. Acesso em: 05 dez. 2010.

_____. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos.** Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br. Acesso em 24 set. 2010.

_____. *A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de justiça criminal.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9878/a-construcao-da-justica-restaurativa-no-brasil>. Acesso em: 21 nov. 2010.

GOULART, Juliana Ribeiro. Por uma nova cultura dialógica no processo. O princípio da oralidade como instrumento de efetivação de uma escuta criativa, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2067, 27 fev. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12351>. Acesso em 1 jul. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários À Lei 9.009, de 26.09.1995.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O sistema penal em questão. Maria Lúcia Karam (trad.), 2ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direitos das Liberdades Fundamentais.** Carlos Souza (trad.). Barueri: Manole, 2005.

JACCOULD, Mylène. Princípios, **Tendências e Procedimentos Que Cercam A Justiça Restaurativa.** In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos.** Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.justica21.org.br>. Acesso em: 24 set. 2010.

KOERNER, Andrei. *Judiciário, juizes e prisões em São Paulo nos anos noventa.* **Anuário Direito e Globalização - 2003/1: Impactos da globalização. Ordem jurídica do Mercosul. Controle. Justiça. Direitos fundamentais.** Atas do Seminário do GEDIM. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KOSOVSKI, Ester. *Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa*, **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n. 48, fev./março 2008, p. 146-162.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em 10 Jul. 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARIOTTI, Humberto. Diálogo: um método de reflexão conjunta e observação compartilhada da experiência. *Revista Thot*. São Paulo: Palas Athena, n. 76, 2001.

MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br. Acesso em: 24 set. 2010.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa**. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: www.realjustice.org. Acesso em 10 ago. 2010.

MELO, André Luís Alves de. **A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista**. *Teresina*. Jus Navigandi, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2408>>. Acesso em 10 jan. 2011.

MENDÉZ, Emilio Garcia. *Das Relações Públicas Ao Neomenorismo: 20 Anos De Convenção Internacional Dos Direitos Da Criança Na América Latina (1989 - 2009)*, In: **Passagens**. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, janeiro-abril 2011, p. 117- 141.

MENGUER, Mônica Marcos *et al.* **Práticas de Justiça Restaurativa na Justiça Juvenil e nos Programas de Atendimento Socioeducativo: uma análise qualitativa do processo de implementação**. Faculdade de Serviço Social, Grupo de Estudo e Pesquisa em Ética e Direitos Humanos (GEPEDH), X Salão de Iniciação Científica, PUCRS, 2009.

MIERS, David. **An International Review of Restorative Justice**. In: *Crime Reduction Research Series Paper 10*. London: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 2001. Disponível em: <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/crrs10.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Um estudo comparado de sistemas. Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa, APAV, 2003. p. 45-60. Disponível em: www.restorativejustice.org. Acesso em 01 ago. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais - teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORIN, Edgard. **Epistemologia da complexidade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br>>. Acesso em 20 jan. 2011.

OLIVEIRA, V. E; CARVALHO, E. *Judicialização da Política: um tema em aberto*, **Revista Política Hoje**, vol. 1, nº 15, 2006. Disponível em: HYPERLINK "<http://www.politicahoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101&mode=pdf>" <<http://www.politicahoje.com>> . Acesso em 05 jul 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters**. UN Economic and Social Council. (ECOSOC RES. 2002/12), 2002. Disponível em: www.un.org. Acesso em: 20 out. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Handbook of restorative justice programmes**. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Criminal Justice Handbook Series, New York, 2006.

PALLAMOLLA, Rafaella. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCRIM, 2009.

PINHEIRO, Carolina de Martins. **Escuta Criativa: sobre a possibilidade de uma justiça moderna e democrática**. In: 1º Prêmio Novas Idéias para a Justiça. Brasília: Ed. SINDJUSDF. 2006.

PROJETO JUSTIÇA PARA O SÉCULO XXI. **Atividades 2009**. CPR/JJJ – Central de Práticas Restaurativas do Juizado da Justiça Juvenil - JIN, PJJ, 3ª Vara, Porto Alegre, Novembro 2009. Disponível em www.justica21.org.br. Acesso em 20. Jan. 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROJO, Raul Enrique; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas?* **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

_____. *Entrevista*. **ExtraClasse**, publicação do SINPRO/RS, nov. 2010.

ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa: para além da punição*. In: **Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?** ROLIM, Marcos *et alii*. Porto Alegre: IAJ, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades*. In: **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 9, n. 50, jun./jul. 2008, p. 205-213.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta – técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Agora, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2003-2004, Homenagem a Joaquín Herrera Flores (in memoriam)** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs>>. Acesso em 10 jan. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *A judicialização da política*. Opinião. **Público**, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 26 de Maio de 2003. Disponível em: www.ces.uc.pt/opiniaobss/078en.php. Acesso em 12 out. 2010.

SARAIVA, José B. C. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Chances e Entraves para a Justiça Restaurativa na América Latina**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>>. Acesso em 10 jan. 2011.

SHAPLAND, Joanna *et al.* **Restorative justice: the views of victims and offenders** - The third report from the evaluation of three schemes. Centre for Criminological Research: University of Sheffield. Ministry of Justice Research, series 3/07, June 2007.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUSA, Edson Luis André de; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. **Direito à palavra: Interrogações Acerca da Proposta da Justiça Restaurativa (inédito)**

SOUZA, Ricardo Timm de. **Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

_____. **Em torno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Inserção da mediação e práticas restaurativas na organização judiciária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 60, 31 Dez. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4294>. Acesso em 05 Fev. 2011. p. 3.

VIANNA, Luís Werneck (org). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. Direito, democracia e república, *Jornal Valor Econômico*, 03 Maio 2010, Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em 10 Jul. 2010.

WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito – vol I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. **Sociologia da burocracia**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1966.

WILLEMSSENS, Jolien; MIERS, David. **National and international legislation on RJ**. Report of the fifth conference of the European Forum for Restorative Justice, *Building restorative justice in Europe: cooperation between the public, policy makers, practitioners and researchers*, Verona, 17-19 April 2008. Disponível em: <www.euforumrj.org>. Acesso em 10 nov 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires : Depalma, 1984.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes – Um novo foco sobre o crime e a justiça/ Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ANEXOS

ANEXO 1

RECOMMENDATION N° R (99) 19 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES CONCERNING MEDIATION IN PENAL MATTERS – COUNCIL OF EUROPE

*Adopted by the Committee of Ministers on 15 September 1999 at the 679th meeting of the
Ministers' Deputies*

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Noting the developments in member States in the use of mediation in penal matters as a flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings;

Considering the need to enhance active personal participation in criminal proceedings of the victim and the offender and others who may be affected as parties as well as the involvement of the community;

Recognising the legitimate interest of victims to have a stronger voice in dealing with the consequences of their victimisation, to communicate with the offender and to obtain apology and reparation;

Considering the importance of encouraging the offenders' sense of responsibility and offering them practical opportunities to make amends, which may further their reintegration and rehabilitation;

Recognising that mediation may increase awareness of the important role of the individual and the community in preventing and handling crime and resolving its associated conflicts, thus encouraging more constructive and less repressive criminal justice outcomes;

Recognising that mediation requires specific skills and calls for codes of practice and accredited training;

Considering the potentially substantial contribution to be made by non-governmental organisations and local communities in the field of mediation in penal matters and the need to combine and to co-ordinate the efforts of public and private initiatives;

Having regard to the requirements of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Bearing in mind the European Convention on the Exercise of Children's Rights as well as Recommendations No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure, No. R (87) 18 concerning the simplification of criminal justice, No. R (87) 21 on assistance to victims and the prevention of victimisation, No. R (87) 20 on social reactions to juvenile delinquency, No. R (88) 6 on social reactions to juvenile delinquency among young people coming from migrant families, No. R (92) 16 on the European Rules on community sanctions and measures, No. R (95) 12 on the management of criminal justice and No. R (98) 1 on family mediation;

Recommends that the governments of member States consider the principles set out in the appendix to this Recommendation when developing mediation in penal matters, and give the widest possible circulation to this text.

Appendix to Recommendation No. R (99) 19

I. Definition

These guidelines apply to any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator).

II. General principles

1. Mediation in penal matters should only take place if the parties freely consent. The parties should be able to withdraw such consent at any time during the mediation.
2. Discussions in mediation are confidential and may not be used subsequently, except with the agreement of the parties.
3. Mediation in penal matters should be a generally available service.
4. Mediation in penal matters should be available at all stages of the criminal justice process.
5. Mediation services should be given sufficient autonomy within the criminal justice system.

III. Legal basis

6. Legislation should facilitate mediation in penal matters.
7. There should be guidelines defining the use of mediation in penal matters. Such guidelines should in particular address the conditions for the referral of cases to the mediation service and the handling of cases following mediation.
8. Fundamental procedural safeguards should be applied to mediation; in particular, the parties should have the right to legal assistance and, where necessary, to translation/interpretation. Minors should, in addition, have the right to parental assistance.

IV. The operation of criminal justice in relation to mediation

9. A decision to refer a criminal case to mediation, as well as the assessment of the outcome of a mediation procedure, should be reserved to the criminal justice authorities.
10. Before agreeing to mediation, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the mediation process and the possible consequences of their decision.
11. Neither the victim nor the offender should be induced by unfair means to accept mediation.
12. Special regulations and legal safeguards governing minors' participation in legal proceedings should also be applied to their participation in mediation in penal matters.
13. Mediation should not proceed if any of the main parties involved is not capable of understanding the meaning of the process.
14. The basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation. Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings.
15. Obvious disparities with respect to factors such as the parties' age, maturity or intellectual capacity should be taken into consideration before a case is referred to mediation.
16. A decision to refer a criminal case to mediation should be accompanied by a reasonable time-limit within which the competent criminal justice authorities should be informed of the state of the mediation procedure.
17. Discharges based on mediated agreements should have the same status as judicial decisions or judgments and should preclude prosecution in respect of the same facts (*ne bis in idem*).
18. When a case is referred back to the criminal justice authorities without an agreement between the parties or after failure to implement such an agreement, the decision as to how to proceed should be taken without delay.

V. The operation of mediation services

V.1. Standards

19. Mediation services should be governed by recognised standards.
20. Mediation services should have sufficient autonomy in performing their duties. Standards of competence and ethical rules, as well as procedures for the selection, training and assessment of mediators should be developed.
21. Mediation services should be monitored by a competent body.

V.2. Qualifications and training of mediators

22. Mediators should be recruited from all sections of society and should generally possess good understanding of local cultures and communities.

23. Mediators should be able to demonstrate sound judgment and interpersonal skills necessary to mediation.

24. Mediators should receive initial training before taking up mediation duties as well as in-service training. Their training should aim at providing for a high level of competence, taking into account conflict resolution skills, the specific requirements of working with victims and offenders and basic knowledge of the criminal justice system.

V.3. Handling of individual cases

25. Before mediation starts, the mediator should be informed of all relevant facts of the case and be provided with the necessary documents by the competent criminal justice authorities.

26. Mediation should be performed in an impartial manner, based on the facts of the case and on the needs and wishes of the parties. The mediator should always respect the dignity of the parties and ensure that the parties act with respect towards each other.

27. The mediator should be responsible for providing a safe and comfortable environment for the mediation. The mediator should be sensitive to the vulnerability of the parties.

28. Mediation should be carried out efficiently, but at a pace that is manageable for the parties.

29. Mediation should be performed *in camera*.

30. Notwithstanding the principle of confidentiality, the mediator should convey any information about imminent serious crimes, which may come to light in the course of mediation, to the appropriate authorities or to the persons concerned.

V.4. Outcome of mediation

31. Agreements should be arrived at voluntarily by the parties. They should contain only reasonable and proportionate obligations.

32. The mediator should report to the criminal justice authorities on the steps taken and on the outcome of the mediation. The mediator's report should not reveal the contents of mediation sessions, nor express any judgment on the parties' behaviour during mediation.

VI. Continuing development of mediation

33. There should be regular consultation between criminal justice authorities and mediation services to develop common understanding.

34. Member States should promote research on, and evaluation of, mediation in penal matters.

ANEXO 2

RESOLUÇÃO 2002/12 DA ONU: PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL

37ª Sessão Plenária
24 de Julho de 2002

O Conselho Econômico e Social,

Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa,

Reportando-se, também, à sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” no qual se requisitou ao Secretário-Geral que buscasse pronunciamentos dos Estados-Membros e organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, sobre a desejabilidade e os meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com essa finalidade,

Levando em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder,

Considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores, na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial,

Tomando nota da Resolução da Assembléia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena,

Anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001,

Registrando o relatório do Secretário-Geral sobre justiça restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa,

1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal anexados à presente resolução;
2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa na área criminal;
3. Solicita ao Secretário-Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não-governamentais;
4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;
5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências
6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Anexo

Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal

PREÂMBULO

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo,

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêm, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas,

Enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades,

Focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades,

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os

ofensores compreenderem as causas e conseqüências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade,

Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos,

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores.

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e pretenda atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.
4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.
5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

II – Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional.
7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.
8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do

caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

III - Operação dos Programas Restaurativos

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;
- d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa;
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

- a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.
- b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;
- c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

14. As discussões no procedimento restaurativo não-conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento

judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não-implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não-implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser utilizada como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

IV – Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados-Membros devem, portanto, estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

V – Cláusula de Ressalva

23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.