

Coordenadores: Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga
Dra. Maria Coeli Nobre da Silva
Ed. Juruá - 2015

*Alternativas penais na perspectiva da
vítima: justiça restaurativa como um novo
paradigma da vítima*

SUMARIO

JUSTIÇA RESTAURATIVA: uma perspectiva democrática no âmbito da justiça criminal

Augusto César Mauricio de Oliveira Jatobá e Letícia de Oliveira Delfino

***Restorative Justice* e sistema internacional de justiça criminal: novas perspectivas à luz do chamado direito penal da conciliação**

Lara Sanábria Viana

APROXIMANDO AS IDEIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL POR MEIO DAS LIÇÕES DE LOUK HULSMAN

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO EXERCÍCIO DE CIDADANIA E SOLIDARIEDADE

Juliana Guedes Alves

A EXECUÇÃO PENAL DE MEDIDAS E PENAS ALTERNATIVAS NO BRASIL: DA SEGREGAÇÃO À RESTAURAÇÃO

Maria Coeli Nobre da Silva

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO APLICADO COMO MEDIDA RESTAURATIVA NOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Félix Araujo Neto e Laryssa Mayara Alves de Almeida

A INTERSEÇÃO ENTRE A MEDIAÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Romulo Rhemo Palitot Braga e Tassio Tulio Braz Bezerra

A REMIÇÃO PENAL COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO E DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Sheyla Cristina F. Santos Queiroz

ATOS INFRACIONAIS, SOCIOEDUCAÇÃO E CULTURA DE PAZ: Perspectiva restaurativa como instrumento de retratação e de direitos humanos

Wania Claudia Gomes Di Lorenzo Lima

A JUSTIÇA DE PROXIMIDADE COMO INSTRUMENTO DE EDUCAÇÃO EM/PARA DIREITOS HUMANOS: POR UMA (DES) CONSTRUÇÃO DE DOGMAS A PARTIR DA VÍTIMA

David de Oliveira Monteiro

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: uma relação com os crimes contra ordem tributária

Francisco Petrônio de Oliveira Rolim e Romulo Rhemo Palitot Braga

JUSTIÇA RESTAURATIVA: uma perspectiva democrática no âmbito da justiça criminal

Augusto César Maurício de Oliveira Jatobá¹

Letícia de Oliveira Delfino²

INTRODUÇÃO

Com o advento da globalização o mundo vive sua fase mais dinâmica. A evolução e a transformação social acontecem de maneira mais aceleradas. O surgimento da internet favoreceu a troca de informações instantâneas, possibilitando avanços sociais até então inimagináveis, o que trouxe consigo reflexos negativos, principalmente no tocante a condutas criminosas complexas e criativas.

É visando coibir tais condutas que o Direito tem evoluído ao longo dos tempos. A Ciência Jurídica deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, correspondendo aos seus anseios. Nesse sentido, o Direito Penal é visto como a melhor ferramenta para combater as transgressões sociais.

Para que isso seja possível, é preciso criar mecanismos penais mais flexíveis, dinâmicos e eficientes. É aí que eclode a Justiça Restaurativa, buscando envolver a sociedade, o infrator e a vítima, criando um trinômio perfeito na resolução do crime e seus danos.

A democracia participativa não pode ficar restrita apenas ao campo político, a participação social na construção de soluções dos malefícios ocasionados pelo crime é um instrumento que possibilitaria, no âmbito da justiça criminal, avançar para um sistema democrático de justiça penal que ofereceria respostas eficientes e dinâmicas para qualquer tipo de demanda.

¹Bacharel em Direito, Advogado, Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável, do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Email:augustoc_mauricio@hotmail.com

²Bacharel em Direito, Advogada, Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável, do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Email:leticiaodelfino@gmail.com

Nesse estudo, procuramos demonstrar que a Justiça Restaurativa é compatível com o sistema jurídico brasileiro e que seria um modelo onde se poderia cogitar de sustentabilidade jurídica, pois contempla técnicas de mediação, conciliação e transação que possibilitam melhores resultados tanto para a vítima, quanto para o infrator, promovendo, em última instância, a dignidade da pessoa humana.

1. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Para iniciarmos esse nosso estudo sobre a Justiça Restaurativa é importante começarmos destacando que, conforme pudemos extrair dos ensinamentos de Mylène Jaccound (2005), não se tem hoje, em meio a doutrina, um conceito fechado desse instituto, ou seja, uma definição desenvolvida por completa. Essa característica decorre do fato de que esse modelo de justiça ainda está sendo aprimorado e incorporado na sociedade de maneira gradativa.

Para uma melhor compreensão dessa característica precisamos analisar o desenvolvimento histórico da ideia que permeia esse instituto. Contudo, não nos aprofundaremos nessa investigação, pois o objetivo dessa abordagem é apenas contextualizar o porquê da Justiça Restaurativa encontrar-se ainda com o seu conceito em construção.

A noção principiológica de Justiça Restaurativa surge com a contribuição dada pela Criminologia. Na década de 50, no auge da Criminologia Positivista, surgem duas correntes para tentar explicar o fator determinante para o cometimento de delitos. Pela teoria endógena do duplo y, tendo como seu maior expoente Cesare Lombroso, o criminoso já nascia com uma predeterminação biológica para delinquir, ou seja, aqueles que vinham a delinquir apresentavam características biológicas e físicas semelhantes, peculiaridades essas que os diferenciavam dos demais. Por outra vertente, a teoria exógena, difundida por Muller e Merton, tenta explicar que o fator determinante para o cometimento do delito não estaria no indivíduo, mas no contexto social em que ele estava inserido.

Em contraposição as teorias anteriormente mencionadas, surge nos anos 1960 a Criminologia Crítica, notadamente a partir dos trabalhos desenvolvidos por Edwin Sutherland, que demonstrou através da análise dos crimes de colarinho branco que nem o meio social nem as características individuais do agente seriam determinantes para a

prática delitiva. O fundamento dessa nova vertente da Criminologia reside no fato de não mais focar na figura do criminoso nem do crime em si, mas o de questionar a própria intervenção penal como meio de controle, haja vista que somente o cumprimento da pena não traz consigo nenhum benefício ressocializador.

Com o aumento da criminalidade nos anos 70 e 80, a Criminologia Crítica entra em declínio. É então que a partir dos anos 90, após quase duas décadas sem uma teoria criminológica sólida, emerge a Criminologia de Integração, que estuda o crime em sua forma mais ampla, contemplando o trinômio: agente, vítima e justiça penal.

Com esse novo paradigma da Criminologia, Mylène Jaccound (2005) nos demonstra que surge a fase de maior difusão da Justiça Restaurativa, que passa a ser estudada pela doutrina hodierna. Nessa parte de nosso estudo iremos evidenciar a evolução conceitual desse instituto para, ao final, formularmos uma concepção basilar atual.

De acordo com Van Ness e Strong (1997), é por meio dos escritos de Eglash que surge, no ano de 1975, o conceito de Justiça Restaurativa. Este considerou a aplicabilidade de três modelos distintos de justiça: o primeiro denominado de justiça distributiva, trazendo como enfoque central o tratamento do delinquente; a segunda, justiça punitiva, objetivando principalmente o castigo e, enfim, a justiça recompensadora, que sebaseiava na restituição (Jaccound, 2005).

Ainda segundo Jaccound (2005), é nos anos 50 que aparecem os primeiros traços conceituais desse instituto, derivado da noção extraída da concepção de restituição criativa, elaborada por Eglash, que consistia na reabilitação técnica acompanhada de supervisão, onde seria ofertado ao agressor a oportunidade de pedir perdão às vítimas e reparar o mal cometido.

O fato é que essa mediação penal não envolvia a comunidade na resolução desse conflito e nem promovia a própria transformação existencial dos sujeitos envolvidos nessa relação. Nesse sentido, a própria Organização das Nações Unidas (ONU), define Justiça Restaurativa da seguinte forma:

A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor. (UNITED NATIONS, 2006)

Extrai-se então que o papel primordial da justiça restaurativa é ensejar a participação da sociedade como um todo, na promoção da segurança. Assim, preceitua Jaccound (2005) que: "A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a 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."

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto (2005), justiça restaurativa seria um processo voluntário e relativamente informal, instaurado em espaços comunitários sem o rigor formal do judiciário, onde as partes, seja por meio da conciliação ou transação, tentam realizar um acordo que atenda às necessidades individuais e coletivas, reintegrando socialmente tanto o infrator como também a própria vítima, alcançando assim um resultado restaurativo. Nessa linha de pensamento, Renato Campos Pinto De Vitto (2005) nos revela que:

De início cabe ressaltar que a prática é marcada pela voluntariedade, no tocante a participação da vítima e ofensor. Estes devem ser encorajados à participar de forma plena no processo restaurativo, mas deve haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator.

O projeto da ONU, no tocante a utilização de programas de justiça restaurativa em âmbito criminal, ainda afirma que:

Um processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima, o ofensor e/ou qualquer indivíduo ou comunidade afetada por um crime participem junto e ativamente da resolução das questões advindas do crime, geralmente com a ajuda de um agente facilitador (UNITED NATIONS, 2006).

Desta feita, podemos chegar ao entendimento de que a Justiça Restaurativa é um processo de consenso em que o agente delituoso e a vítima, e até mesmo outros membros da sociedade quando atingidos pelo delito, participam conjuntamente na formulação de soluções para reparar os danos e as marcas deixadas pelo crime. A ideia central desse método alternativo de soluções para os conflitos é a possibilidade de se ofertar uma resposta global ao delito. Nesse sentido, vejamos:

Resultado restaurativo significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator (UNITED NATIONS, 2006).

Estabelecido o conceito, no plano teórico, de justiça restaurativa, devemos avançar na análise dos contornos práticos da aplicação desse instituto ao sistema jurídico brasileiro.

2. DEMOCRACIA, VIOLÊNCIA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO PARADIGMA EM BUSCA DA PAZ SOCIAL

Na maioria dos países da América Latina o crescimento da violência e do crime organizado aumentou consideravelmente após a transição para a democracia. No Brasil não foi diferente. Existe insegurança e a descrença não só na polícia, mas também no próprio sistema judiciário. Este, por sua vez, não consegue suprir a crescente demanda, o que acaba enfraquecendo o próprio Estado Democrático de Direito e minando o seu desenvolvimento. Neste contexto, não só as áreas sociais e econômicas devem ser observadas para o pleno desenvolvimento, mas também a amplitude legal e a capacidade judiciária do Estado.

A sociedade não deve se tornar refém da criminalidade e da violência. É função do Estado não só atuar na repressão dos crimes e violência, mas também atuar na sua prevenção e trabalhar arduamente no sentido de preservar o respeito aos Direitos Civis para o fortalecimento da democracia. Como bem assevera Oxhorn e Slakmon (2005), Estados fracos definidos pela falta de instituições que inculcam a confiança pública minam os direitos civis e a sociedade civil, e ameaçam fazer com que as instituições democráticas pareçam, na melhor das hipóteses, irrelevantes para lidar com uma preocupação básica.

Infelizmente, há um abismo social que acaba afetando a população mais carente e sem instrução, o que a distância cada vez mais dos seus direitos e garantias. A incapacidade do Estado de promover os faz com que a desigualdade, a discriminação, o preconceito e o crime cresçam e saiam do seu controle. Segundo o Relatório sobre o Desenvolvimento na América Latina publicado pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), em 2004, ao mesmo tempo em que os latino-americanos consolidam seus direitos políticos, enfrentam altos níveis de pobreza e a maior desigualdade do mundo. Apesar dos avanços normativos, a não-discriminação não está suficientemente garantida, quando na verdade vemos uma grande desigualdade sendo mantida, principalmente, no tratamento dispensado a pessoas pertencentes a diferentes grupos.

O mesmo Relatório traz dados de que:

até mesmo em regiões onde o sistema legal tem atuação, ele costuma ser aplicado com características discriminatórias contra várias minorias e também maiorias, tais como mulheres, certas etnias e pobres. Esse sistema legal truncado gera o que se denominou de uma cidadania de baixa intensidade. Todos nós temos os direitos políticos e liberdades que correspondem ao regime democrático, contudo, muitos não possuem os direitos sociais básicos. [...] Não gozam de proteção contra violência policial e contra várias formas de violência privada. Não conseguem acesso igualitário e respeitoso às burocracias do Estado, inclusive tribunais.

A população jovem, porém, ainda é a mais afetada. A débil condição de vida, não dá oportunidade de acesso a um ensino de melhor qualidade, a informação, o acesso a bens intelectuais e materiais. Em virtude dessa falta de oportunidade e com a contribuição da própria sociedade, muitos desses jovens acabam enveredando no mundo do crime, das drogas, da violência e do tráfico.

Vê-se a necessidade urgente de reformas políticas, sociais, econômicas e normativas para a mudança dessa realidade, e neste sentido Carvalho (2005) diz que elas são cruciais para combater as desigualdades em qualquer área da sociedade e acelerar o desenvolvimento dos países. A ideia de democracia como um valor instrumental para melhoria das políticas públicas e do bem-estar da população deve estar no epicentro das reformas públicas.

Nesse sentido, o sistema judiciário é de fundamental importância para o desenvolvimento de uma democracia sólida e para que se torne possível alcançar a paz social tão almejada. Entretanto, o que se vê é uma grande dificuldade de acesso à justiça, principalmente das camadas sociais mais carentes, que sofrem pela falta de informação suficiente. A formalidade hermética, o ambiente formal, e muitas vezes a lentidão do judiciário também são fatores que influenciam no distanciamento entre o sistema e a própria população. E aqueles que optam por procurar ajuda do judiciário para resolução dos seus conflitos, muitas vezes enfrentam a morosidade do sistema e nem sempre a simples aplicação dos dispositivos legais conseguem sanar ou minimizar satisfatoriamente as suas expectativas.

Urge a necessidade de modernização e desburocratização das cortes nacionais de justiça e que se trabalhe incansavelmente para que as instituições democráticas não definham e voltem a crescer. Carvalho (2005) vai além:

[...] O aumento do acesso a justiça por qualquer outro grupo da população, a descentralização dos serviços judiciais, o controle externo, a

promoção de outras formas de justiça para além da justiça retributiva e a agilidade na resolução de processos judiciais, são questões que dizem respeito a toda sociedade e indicam a necessidade de novos paradigmas e padrões de desempenho da justiça no Brasil como parte integrante do fortalecimento da democracia no país e na construção de um modelo de desenvolvimento sustentável.

É neste diapasão que destacamos a importância da *justiça restaurativa* como alicerce para dirimir as diferenças, ineficiência do judiciário, e para promover a democracia participativa no âmbito da Justiça Criminal. Como já fora exposto, um dos objetivos da justiça restaurativa é promover um ambiente equitativo, onde a vítima, o acusado e até mesmo a comunidade tenham seus espaços respeitados, possam ser ouvidos e participarem diretamente de todas as etapas do processo decisório. Sendo assim, segundo Pinto (2005):

Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

Além disto, visa-se promover a celeridade processual, desafogar o judiciário, solucionar os conflitos de forma satisfatória a todos, sanando os prejuízos materiais e emocionais da vítima e concedendo ao acusado a oportunidade de corrigir seus erros perante a sociedade. Trata-se de uma forma de minimizar os efeitos das desigualdades geradas pelo próprio Estado.

Um dos reflexos importantes da justiça restaurativa é o seu efeito pedagógico, uma vez que, ela desempenha também o papel de educar e prevenir, principalmente quando há jovens envolvidos. Há uma diminuição na probabilidade de reincidência após passarem pela experiência restaurativa, visto que, tal medida acaba influenciando não só no seu comportamento, mas também de sua família e de toda sociedade. Ao entrarem num consenso, vítima, acusado e a comunidade reestabelecem a ordem optando por soluções duradouras, pacíficas e eficientes.

A justiça restaurativa representa uma mudança de paradigmas, uma vez que a justiça meramente retributiva e desigual passa a dar lugar a um sistema onde todos são iguais em direitos e oportunidades, não só em relação ao procedimento em si, mas epistemologicamente e metodologicamente. Além disso, em se tratando de matéria penal, a justiça restaurativa enfrenta a dificuldade de transformar um sistema simbólico e punitivo,

baseado na aplicação objetiva dos dispositivos legais, em uma realidade onde vítima, ofensor e comunidade possam interagir de forma democrática, visando sanar as dificuldades e as injustiças ocasionadas.

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA COMPATIBILIDADE COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Superado o entendimento dos fundamentos que caracterizam a justiça restaurativa e a sua importância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, passemos agora a análise da possibilidade de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico pátrio.

A justiça restaurativa ganhou mais força nos países optantes pelo sistema do *Common Law*, em virtude principalmente da disponibilidade da ação penal. No Brasil, por adotar o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, esse modelo alternativo de resolução de conflito teve sua amplitude mais contida.

O marco inicial para os primeiros questionamentos acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa em território brasileiro foi a entrada em vigor da lei 9.099/95, inovando ao admitir a utilização, dentro do processo penal, de dois institutos novos, quais sejam: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Outro fato que merece destaque ainda em se tratando da Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais é a previsão que possibilita ao Juiz ofertar para as partes a possibilidade de composição dos danos. Vejamos:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. [...]

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Ora, se é permitido ao Juiz, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) observando a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inc. III, CF/88), entendemos que seria plenamente viável a aplicação desse procedimento por um Núcleo de Justiça Restaurativa.

Os dispositivos da lei 9.099/95 destacados comportam cristalina exceção ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, abrindo margem para a aplicação de uma justiça mais célere, ou seja, a possibilidade de efetivação prática da justiça restaurativa.

O que parece desconfortar a doutrina é a previsão da renúncia do direito de queixa ou representação para os crimes de ação penal privada e os de ação penal pública condicionada à representação.

Para a solução dessa questão, trazemos o entendimento do professor Renato Sócrates Gomes Pinto (2005) que nos revela:

Como um dos princípios da Justiça Restaurativa é revogabilidade do acordo restaurativo, a pergunta que emerge é a seguinte: Como o acordo extingue o direito de queixa ou representação, e se o infrator descumprir o acordo restaurativo? Como fica o resultado restaurativo estabelecido anteriormente? Teoricamente, então, seria juridicamente inviável o encaminhamento para a mediação restaurativa os casos de crimes de ação privada ou pública condicionada, o que consubstancia uma gritante incoerência, pois se a mediação restaurativa é viável nos crimes de ação penal pública por quê não o seria para os crimes de ação penal pública condicionada ou de ação privada? Contudo, trata-se de um falso problema, pois não há nenhum impedimento legal para a proposta de encaminhamento desses casos para o procedimento restaurativo, desde que a vítima seja informada de maneira clara e inequívoca de que acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou representação, de sorte que lhe restará apenas a busca da reparação cível negociada. Outra janela para a alternativa restaurativa é o instituto da suspensão.

Entendemos nem ser preciso o fato de informar a vítima quanto à renúncia de seu direito caso aceite a composição, isso porque o Juiz poderia condicionar a homologação do acordo ao seu total cumprimento, assim, em caso de descumprimento da obrigação acordada por parte do infrator o Juiz não homologaria a transação, o que em nada afetaria o direito de queixa ou de representação da vítima. Mas para que tal medida tenha efeito é necessário, no momento da proposta de acordo, a redação de cláusula resolutória expressa. Nesse sentido vejamos o Enunciado 79 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJI):

ENUNCIADO 79 (Substitui o Enunciado 14) – É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (XIX Encontro – Aracaju/SE).

Reforçando o que fora dito, trazemos um julgado do Supremo Tribunal Federal que admitiu a revogação da transação penal homologada pelo descumprimento das condições estabelecidas, vejamos:

Trata-se de agravo interposto de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) que tem como violado o disposto nos arts. 5º, LIII, LIV, LV, LVIII e LXVIII; e 98, I, da Carta Magna. Consta dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais impetrou habeas corpus em favor do ora agravante, contra decisão de juiz dos Juizados Especiais que, em razão do descumprimento das condições anteriormente impostas, determinou a revogação de transação penal homologada, bem como o prosseguimento do feito. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concedeu a ordem de habeas corpus, em acórdão cuja tem o seguinte teor (fls.158): HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENALTRANSAÇÃO PENAL HOMOLOGADA ACORDO NÃO CUMPRIDO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA IMPOSSIBILIDADE ORDEM CONCEDIDA. - A decisão homologatória da transação penal produz efeitos de coisa julgada material, tornando definitivo então, o acordo realizado entre as partes. Assim, o descumprimento do avençado não autoriza o oferecimento de Denúncia. Os embargos de declaração opostos foram desacolhidos. Nas razões recursais, alega-se que o acórdão recorrido está em desacordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tanto no que diz respeito à possibilidade de propositura de ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas na transação penal, quanto à legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus. Sustenta-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, além de incompetente para apreciar o feito, uma vez que a decisão atacada é oriunda dos Juizados Especiais, decidiu em desfavor do paciente. Decido. Esta Corte, ao apreciar o RE 602.072-QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.02.2010, reconheceu a repercussão do tema ali tratado e reafirmou a jurisprudência do Tribunal, no sentido da possibilidade de propositura de ação penal quando não cumpridas as condições impostas na transação penal. Eis a ementa do referido julgado: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. Naquela ocasião assentou-se que: a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (). Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, dou provimento ao presente agravo para admitir o recurso extraordinário, e, desde logo, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, conheço e dou provimento ao recurso

extraordinário, para desconstituir o acórdão recorrido e restabelecer a decisão que revogou a transação penal e determinou a remessa dos autos ao Ministério Público para o prosseguimento do feito. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2012. Ministro Joaquim Barbosa Relator Documento assinado digitalmente (STF - ARE: 676341 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 01/08/2012, Data de Publicação: DJe-153 DIVULG 03/08/2012 PUBLIC 06/08/2012)

Outro diploma que em várias passagens nos indica a possibilidade do uso da justiça restaurativa é o Estatuto da Criança e do Adolescente, a título de exemplo vejamos o artigo 126:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

As disposições referentes ao uso da justiça restaurativa apesar de não estarem expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em nada contradizem com o atual sistema normativo, pois estão amparadas principalmente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tanto é verdade que, em vários Estados da nação, já houve a implantação de vários projetos piloto de bom emprego da justiça restaurativa. O primeiro deles foi o “Projeto Jundiaí: viver e crescer em segurança”, implantado em escolas públicas para pesquisas acerca da prevenção da violência e criminalidade no ambiente escolar.

O ponto crucial nesse projeto piloto foi a criação de “câmaras restaurativas”, as quais serviam de mediadores nas soluções dos conflitos dentro das escolas.

Em 2006, o projeto de lei nº 7.006/2006, trouxe a proposta de regularização do processo restaurativo no Estado Brasileiro, sendo necessário para tanto, alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais (9.099/95). Esse projeto ainda encontra-se passível de melhoramento e aprovação.

Ressaltemos que é inegável a falência do sistema criminal, o aumento da violência nas últimas décadas e a descrença nas instituições democráticas, visto pouco se ter feito. Temos um sistema obsoleto, carente de uma reforma, que vise não somente o aspecto retributivo e repressivo do sistema que representa, mas também o aspecto pedagógico e sustentável das decisões. A justiça restaurativa, dentro desse contexto, deve ser vista como alicerce para a construção de uma sociedade mais equitativa e democrática.

O sistema judicial atual é bastante complexo, fazendo-se necessárias mudanças afim de melhorar e tornar a justiça cada vez mais democrática, como bem assevera Carvalho (2005):

Uma vez que promover mudanças no sistema judicial é um processo de grande complexidade, torna-se vital legitimá-lo e garantir a sustentabilidade destas mudanças. Tanto o processo de construção de novos consensos dentro do judiciário, quanto o de implementação das mudanças e melhorias que visem beneficiar os grupos mais vulneráveis podem ser os princípios a guiar a formulação e execução de um programa de reformas com vista a democratizar a justiça no Brasil.

Não devemos entender justiça restaurativa como substituição à forma retributiva e sim como um instituto que deve ser utilizado de maneira ponderada para que se possa compatibilizar seu arcabouço normativo com as particularidades do sistema penal brasileiro, de forma a beneficiar igualmente a sociedade.

Com a utilização da justiça restaurativa o Estado não perderá o controle sobre a apreciação das lides, apenas deixará a critério das partes envolvidas os conflitos que possam ser resolvidos sem a intervenção judicial, emergindo soluções mais democráticas, práticas e rápidas, sem que disso resulte a impunidade, contribuindo assim para o desembaraçamento do sistema judicial penal. Para sua efetiva aplicação no Brasil, o Estado deverá determinar expressamente as espécies de conflitos que seriam resolvidos por esta via, e delimitar sua área de atuação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num juízo de valor mais superficial, a Justiça Restaurativa pode aparentar ser um modelo pretensioso, uma vez que apresentaria soluções simples mas consideravelmente efetivas para toda uma pletera de aspectos problemáticos do processo penal e da própria administração da Justiça Criminal no Brasil, o que tende a encontrar certa resistência sobretudo por parte dos setores mais conservadores do pensamento juspenalista contemporâneo.

Essa parece ser, contudo, a solução mais viável, econômica e socialmente benéfica para a resolução dessas situações, que vão desde a celeridade e economia processual, até o alívio do número excessivo de processos penais que se avolumam costumeiramente nas varas criminais e juizados especiais, o que não só reflete uma judicialização exacerbada de conflitos que seriam facilmente resolúveis por outras vias alternativas, como obstruem a

aplicação célere da justiça nos casos de maior potencial ofensivo e impacto social. Enfatizando ainda os benefícios de ordem pedagógica, moral, reestruturando a sociedade e reestabelecendo a paz social, que tal medida pode ocasionar.

Ainda existe, arraigado na consciência de grande parte dos doutrinadores e aplicadores do direito, um apego já agora desmotivado à ideia da imposição de castigo, de uma verdadeira “retaliação” por parte do Estado, como *conditio sine qua non* para que se tenha o conceito de justiça, afastando essencialmente as vias conciliatórias e reparatórias no trato das práticas delitivas.

Afigura-se salutar a adoção de um modelo, a um só tempo, mais eficaz e mais suave, que visa a ensejar uma solução satisfatória tanto para a sociedade quanto do ponto de vista das partes envolvidas na prática delitiva, através da administração de uma atribuição de competência a estas para a resolução dos conflitos, de maneira mais democrática.

Nesse oriente, é forçoso reconhecer que a adoção do modelo restaurativo indica uma via possível de sanar toda, ou grande parte, de uma problemática da aplicação do direito penal, com reflexos positivos na administração da justiça e, num espectro mais amplo, ensejar uma oxigenação no sistema judiciário, diminuindo as demandas judicializadas e permitindo uma maior liberdade do cidadão para compor as lides de repercussão criminal sem a necessidade de intervenção estatal direta e formal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, ANDRÉ GOMMA. O componente da mediação vítima-Ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresença de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. PP.135-162

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13.07.1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2014

_____. **Lei nº 9.099, de 26.09.1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo n. 676.341

Minas Gerais. D.J. 01.08.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=84679611&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 de nov. de 2014.

CARVALHO, Luiza Maria S. Dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. PP. 211-224.

EGLASH, A., 1958. “**Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs,**” in American Journal of Correction, (20): pp. 20-34.

HOPENHAYN, Martin. **A cidadania vulnerabilizada na América Latina**. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/14374.pdf>>. Acesso em: 11 de dez. de 2014.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Pp 19-40.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **A Democracia na América Latina – Rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãos**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>>. Acesso em: 11 de dez. de 2014.

OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. PP. 187-210.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. **Handbook of Restorative Justice Programmes**. Criminal Justice Handbooks Series. Disponível em <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

Van Ness, D. e K. H. Strong, 1997. **Restoring Justice** (Cincinnati, Ohio: Anderson Publishing Co)

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 41-52

***Restorative Justice* e sistema internacional de justiça criminal: novas perspectivas à luz do chamado direito penal da conciliação**

*Ms. Lara Sanábria Viana³

Na égide atual do neoliberalismo, pode-se identificar a existência de uma ruptura parcial entre a tradição liberal e os atuais rumos do Direito Penal. O atual Direito Penal contemporâneo é visto a partir da perspectiva econômica. Dessa forma, pode-se dizer que o Direito Penal é um instrumento de controle social extremamente útil para gerenciar algumas ausências estatais em áreas como educação, saúde e lazer. As políticas públicas voltadas para a inclusão social e o combate às desigualdades e redistribuição de renda são essenciais para a redução dos índices criminais. As bases do atual Direito Penal são sustentadas por novas exigências político-criminais. Estas formas de intervenção na esfera penal, nas últimas décadas têm seguido uma tendência uniforme em vários países ocidentais de tradição democrática, ou seja, ambos canalizam o foco político-criminal para a adoção de medidas paleorrepressivas. O modelo *do Restorative Justice* emerge como uma nova perspectiva ante o fenômeno do endurecimento penal e do encarceramento, ou seja, uma resposta político-criminal mais adequada e justa às infrações de médio e pequeno potencial ofensivo.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Sistema Internacional de Justiça Penal. Política Criminal.

INTRODUÇÃO:

Na contemporaneidade, cogita-se a existência do ressurgimento dos velhos sistemas de política criminal de cariz autoritária. O novo autoritarismo político-criminal pode ser identificado, a partir das recentes tendências auferidas pelo movimento de política criminal denominado Lei e Ordem (*Law and Order*). As bases deste movimento estão arraigadas ao endurecimento penal, pela ideia de expansão do ordenamento jurídico penal, por intermédio da proliferação dos processos legislativos em matéria criminal, o que conduz à promulgação de novas leis penais especiais, bem como a preeminência de reformas legislativas cada vez mais pujantes.

A política criminal racional não deve escapar ao modelo integrado das ciências penais. Ademais, deve ser fortemente influenciada pelos aportes teóricos da criminologia,

³ Advogada, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, professora de direito penal do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, membro do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos – NCDH, GT segurança pública e violência. Ex-bolsista da Europa-Viadrina Universität, Frankfurt O, 2007.

da Vitimologia e da dogmática penal, pois através destes conhecimentos pode materializar ações para combater e prevenir a criminalidade.

A política criminal do Século XXI, legitima-se por intermédio das escolas criminológicas tradicionais como, por exemplo, a escola de Chicago, a teoria da anomia, a teoria da subcultura delinquente e o *labelling approach* ou teoria da rotulação.

Hodiernamente, é notória a ruptura dos valores político-criminais existentes nas tradições democráticas de países como o Brasil, os Estados Unidos, a Inglaterra e Holanda, pois estes países têm-se utilizado das velhas racionalidades punitivas para combater o avanço da criminalidade.

O modelo contemporâneo da política criminal nestes países reafirma os valores ideológicos inerentes aos principais sistemas autoritários do ocidente vigentes no século XX. Em ambos os modelos é possível identificar que o direito penal, bem como a política criminal volta-se para a ideia de que o criminoso é inimigo do povo e, por isso, deve ser neutralizado do sistema social.⁴

Não é possível afirmar a existência de um programa de política criminal global, muito embora, algumas medidas tenham sido implementadas em âmbito internacional, com o objetivo de estabelecer a justiça penal internacional.

O maior nível de integração em política criminal pode ser percebido no espaço comunitário da União Européia, mesmo assim, ainda não é possível afirmar o surgimento efetivo de uma política criminal européia, o que se evidencia são algumas diretrizes regionais.

No Brasil, a política criminal enfrenta vários problemas estruturais como, por exemplo, a falta de um programa nacional.

No entanto, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI que prevê algumas medidas relevantes voltadas ao enfrentamento da criminalidade.

No que concerne ao desenvolvimento de instrumentos eficazes no enfrentamento da criminalidade em âmbito internacional, tem-se procurado estabelecer dois níveis de

⁴ Cf. O direito penal do inimigo é mais presente na chamada luta contra a criminalidade, nos crimes de cunho sexual, econômico e de terrorismo, constituindo-se como um direito de exceção. Ele se apresenta como um método de seleção, segregação e neutralização de uma parcela específica de indivíduos, sendo estes os destinatários de um sistema normativo mais severo e ambíguo. Privilegia uma extensa antecipação das proibições penais, restrições de garantias processuais, e se insere na dimensão de um direito penal de terceira velocidade, marcado pelas prisões preventivas e medidas de segurança. GRECO, Luis, Sobre o direito penal do inimigo. In: **Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n.º 56, ano 15, Jan-Fev, 2005, p. 123.

integração. Um deles é voltado para a formação e consolidação de uma jurisdição penal internacional. O segundo pauta-se na criação de medidas de cunho preventivo.⁵

Restorative Justice: a emergência de um novo paradigma para o direito penal contemporâneo

Em razão da falibilidade do sistema penal e das reais dificuldades em consolidar um sistema penal internacional tem-se defendido nos últimos anos à luz da Vitimologia, o aporte teórico e prático da *restorative justice* que, no dizer de Alvaro Cárdenas pode ser entendida como un proceso o un resultado donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de delito, resuelve colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.⁶

Para Daniel Achutti, a justiça restaurativa é vista como sendo um modelo alternativo aos mecanismos tradicionais baseados apenas no sistema de retribuição.

It emerges as an alternative to the structural failure of the traditional model for the criminal system, and has the challenge of reworking the dogmas of criminal justice in order to restore as much as possible the *status quo* prior to the offense.⁷

Nesse diapasão, a composição do próprio sistema penal tradicional volta-se para o processo comunicativo. Busca-se, portanto, o novo paradigma para o sistema penal a partir do seu comprometimento com os princípios e objetivos do *Restorative Justice*.

⁵En la situación actual de amenazas que se ciernen sobre el mundo, de terrorismo sin fronteras, de existencia de “guerras” no declaradas y de guerras “preventivas”, y de un auténtico declive de la legalidad internacional, debemos interrogarnos sobre la eficacia potencial de una jurisdicción penal internacional que, por naturaleza, no desempeña ningún papel preventivo, y para cuyas decisiones ninguna autoridad garantiza la aplicación .PICCA, GEORGES. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional:¿El Tribunal Penal Internacional? *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 17,2003, p. 136.

⁶CÁRDENAS, Alvaro. La doctrina social sobre la justicia restaurativa *In: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 12, n.º. 24, 2009, págs. 39-75.

⁷DANIEL, Achutti. The Strangers in Criminal Procedure: Restorative Justice as a possibility to overcome the simplicity of the modern paradigm of criminal justice. *In : Oñati socio-legal series*, vol. 1, n.º. 2, 2011 (Ejemplar dedicado a: Investigations - Investigaciones - Ikerlanak), 17 págs.

Com efeito, observa-se que o papel de cada ator social na consecução da composição do conflito oriundo do fenómeno criminal é fundamental para que o processo democrático conciliatório possa ser implementado de forma exitosa durante o processo criminal.

A nova vocação do direito penal tradicional vem aos poucos sendo modelada pelo chamado direito penal conciliatório. Para a sua efetiva aplicação mostra-se indispensável que ocorra a emancipação dos espaços públicos e, principalmente, no tocante à justiça oficial.

⁸Nesse sentido, Francisco Amado Ferreira salienta que em relação à Justiça “Oficial”, ela permite alargar os horizontes da vítima e do agressor, uma vez que, possibilita a conciliação entre as partes envolvidas no conflito, bem como permite meios propícios para a confissão, arrependimento genuíno do agressor e posterior perdão e, por fim, estabeleça a reconciliação entre ambos.⁹

O instituto da conciliação vem sendo aplicado em vários países como podemos citar a Colômbia, o Brasil, a França entre outros. Na Colômbia podemos citar como exemplos a Lei colombiana de 13 de 1825:

Ley 13 de 1825 como un antecedente de la conciliación en esta referencia “[...] ningún proceso contencioso civil se tramitará sin que previamente se haya intentado el medio de conciliación ante uno de los alcaldes municipales o parroquiales”, la Ley 14 de 1834 establece que previo al juicio debía agotarse la conciliación ante juez de paz, en materia laboral se promulgaron leyes como la Ley 78 de 1919 y 21 de 1920 que contempla la conciliación en conflictos colectivos laborales. Lo anterior resalta que la conciliación desde 1825 se estableció en nuestro país como un requisito procedimental¹⁰

8 Em Habermas é possível identificar a natureza do conceito de cidadania nos direitos fundamentais de cunho liberal a partir do processo comunicativo e da essencial participação política. Dessa forma, aprende-se que o discurso punitivo deverá recepcionar as demandas sociais de cunho familiar, jurídico, econômico e comunitário na condução do processo criminal e no exercício jurisdicional que deverá considerar o princípio da dignidade humana com sendo o vetor mais importante na construção do modelo de justiça restaurativa. HERMOSO, José. La ciudadanía controvertida: la construcción habermasiana de una razón política normativa. *In: Daimon: Revista de filosofía*, nº 25, 2002, págs. 113-130.

⁹FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

¹⁰ AHUMADA, María. Le règlement des moyens de justice réparatrice; analyses et réflexions de son application dans l’acte criminel d’absence alimentaire aux enfants en Colombie. *In: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 53.

Na França temos a lei de 16-24 de agosto de 1970, que instituiu a conciliação obrigatória nos conflitos comerciais. Em relação à questão criminal destaca-se a lei n.º 93-2, de 4 de janeiro de 1983.

A referida lei estabeleceu o mecanismo da mediação como resposta à pequena criminalidade. Nos Estados Unidos o precedente histórico também surgiu na composição do conflito de natureza laboral¹¹

É importante, destacar que os standards do *Restorative Justice* pautam-se tanto pela conciliação quanto pela mediação. Sendo assim, podemos compreender o *Restorative Justice* como sendo o conjunto de práticas e princípios não punitivos voltados para a resolução pacífica de conflitos.

A mediação é um recurso presente nas práticas do *Restorative Justice*. O termo mediação é de origem latina e pode ser visto como sendo o processo em que terceira pessoa é designada com o objetivo de auxiliar na resolução de um conflito entre duas ou mais pessoas envolvidas. Este terceiro é sempre imparcial e deverá conduzir o processo de resolução do conflito.

A conciliação é o procedimento pelo qual as próprias partes envolvidas no conflito deliberam acerca de suas questões e necessidades, a fim de que possam chegar a um ponto de convergência.

A experiência brasileira teve início com instituto da mediação nos conflitos laborais. No âmbito penal a questão foi introduzida pela Lei n.º 9.099 de 1985, esse diploma legal estabeleceu a possibilidade da composição de danos civis e a conciliação para os crimes considerados de pequeno potencial ofensivo.¹²

O voluntarismo é um dos principais princípios regentes do modelo do *Restorative Justice*, pois o interesse na composição do conflito deve partir da vontade livre dos sujeitos.

¹¹FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 53.

¹²A Lei n.º 9.099/95, dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil. Esta lei instituiu um novo paradigma político-criminal. Na realidade, construiu um verdadeiro modelo consensual para as infrações penais de pequeno potencial ofensivo. Além disso, estabeleceu princípios como o da celeridade processual, baseado na simplicidade dos atos e formas, oralidade, informalidade, economia processual entre outros. Em conformidade com os princípios e propostas do *Restorative Justice*, a Lei n.º 9.099/95, instituiu medidas alternativas para as infrações de pequeno potencial ofensivo e, ainda, fixou mecanismos reparatórios para as vítimas. Em seu artigo 89, estabeleceu a suspensão condicional do processo. BRASIL. Lei n.º 9.099/95. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

Segundo Francisco Amado Ferreira “O voluntarismo faz com que o agressor compreenda, interiorize e se responsabilize melhor perante as consequências danosas de sua conduta e a necessidade de as mitigar e de impedir a sua repetição”.¹³

A consensualidade é a outra fase principiológica do modelo restaurativo, ou seja, tem por objetivo envolver as partes em uma atmosfera comunicativa, a fim de que ocorra a aproximação entre as partes.

A celeridade também está presente nos procedimentos do *Restorative Justice*. Este princípio pode ser evidenciado a partir da simplificação dos atos e das formas.

Por fim, pode-se concluir que o modelo restaurador permite à vítima a reparação e a satisfação moral que lhe permite minimizar os efeitos danosos da conduta do agressor.

Para Luiz Flávio Gomes, as mudanças atuais no paradigma tradicional do sistema de justiça criminal consagram a descrença no *full enforcement* e, por essa razão, cristaliza uma nova tendência restauradora convergente ao modelo garantista inerente ao Estado Democrático de Direito e ao direito penal de *ultima ratio*.¹⁴

A Aplicabilidade dos *standards* do *Restorative Justice* no Sistema Internacional de Justiça Criminal

O Direito Internacional Penal surge no contexto da sociedade internacional contemporânea como uma verdadeira conquista do Direito Internacional. Após várias tentativas infrutíferas de internacionalização da justiça penal, teve o seu apogeu com o Estatuto de Roma.

O tratado internacional de Roma estabeleceu a criação de uma Corte Penal Internacional (ICC) permanente.

A mudança no paradigma da sociedade cosmopolita cinge a relativização de soberania dos Estados. A partir da óptica do relativismo foi possível estabelecer uma Corte Penal Internacional.

No que concerne ao desenvolvimento de instrumentos eficazes no enfrentamento da criminalidade em âmbito internacional, tem-se procurado estabelecer três

¹³FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 30.

¹⁴MOLINA, Pablo; GOMES, LUÍZ. **Criminologia**. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006,p. 447.

níveis de integração. Um deles é voltado para a formação e consolidação de uma jurisdição penal internacional.

Reafirmando o caráter punitivista da sociedade pós-moderna, pode-se verificar a ausência de medidas preventivas no âmbito da jurisdição internacional, a seguir:

En la situación actual de amenazas que se ciernen sobre el mundo, de terrorismo sin fronteras, de existencia de “guerras” no declaradas y de guerras “preventivas”, y de un auténtico declive de la legalidad internacional, debemos interrogarnos sobre la eficacia potencial de una jurisdicción penal internacional que, por naturaleza, no desempeña ningún papel preventivo, y para cuyas decisiones ninguna autoridad garantiza la aplicación¹⁵

Os outros dois níveis estão inseridos no âmbito do *Domestic Law* e do Direito Comunitário.

Alguns avanços podem ser percebidos no âmbito da União Européia, através da criação da Convenção Européia dos Direitos Humanos e a Corte Européia dos Direitos Humanos. O Tribunal Penal Internacional, bem como estabeleceu meios de cooperação policial e judicial em matéria penal, que resultou no acordo *Schengen* e, por fim, estabeleceu a *Europol*.

A cooperação penal internacional no âmbito do Mercosul tem como desafio estabelecer uma via de harmonização entre a regulamentação supranacional e o ordenamento normativo penal-comunitário.

O Tratado de Assunção pontifica essa questão dando ênfase ao dever de cada Estado-parte de harmonizar suas legislações internas em razão dos objetivos impostos pelo bloco.¹⁶

O Estatuto de Roma, estabeleceu as diretrizes básicas para a implementação do Sistema Internacional de Justiça Criminal. Ademais, garantiu a participação das vítimas nos procedimentos da corte, bem como fixou a necessidade de responsabilização por

¹⁵PICCA, GEORGES. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional? In: **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián**, n.º 17, 2003, p. 133-137.

¹⁶O Mercosul é uma entidade intergovernamental dotada de personalidade jurídica. O tratado de Assunção criou uma organização em que os Estados integrantes são dirigidos pela igualdade. Não há, portanto, um órgão que decida ou que se posicione em nome de todos os Estados. Nessa conjuntura todos os Estados atuam consensualmente. Em matéria de cooperação penal podemos destacar os seguintes precedentes: a Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, As Convenções do Panamá de 1975, A Convenção Interamericana sobre extradição de Caracas de 1981, Os Convênios de 1982 entre Uruguai, Argentina e Chile e o Projeto de Convenção Interamericana sobre Assistência Judicial em matéria penal (OEA). CERVINI, Raúl, TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do mercosul**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 92-98.

crimes cometidos contra a humanidade, genocídio, lesa humanidade entre outros previstos em sua competência, além disso, determina a reparação das vítimas.

Claramente, pode-se evidenciar que o Sistema Internacional de Justiça Criminal adotou o novo paradigma do *Restorative Justice* em uma notável oposição aos valores formais do sistema tradicional de justiça criminal.

A partir de experiências exitosas praticadas no continente africano o *Restorative Justice* estabeleceu uma tendência relevante no campo da política criminal, em especial no processo de *accountability* nos crimes de guerra e contra a humanidade.

O reforço positivo a essas práticas de valorização das relações comunitárias voltadas para a vítima, bem como a sua reconciliação com agressor, a fim de concretizar um verdadeiro processo de interação social.

In the African context, the term ‘restorative justice’ has been used to describe the African legal tradition consisting of a set of values and practices that emphasise mediation of truth, acknowledgement of wrongdoing, forgiveness and reconciliation rather than retribution.¹⁷

Com base nos escritos de Boaventura tem-se que a globalização remete ao localismo globalizado e ao globalismo localizado. Entende-se por localismo globalizado como sendo o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local passar a ser utilizado em uma dimensão global.¹⁸

Neste sentido, percebe-se que as práticas locais do *Restorative Justice* foram adotadas também no sistema internacional de justiça criminal.

Van Ness citado por Godfrey Musila afirma que:

(...) restorative justice theory and international criminal standards exhort states to certain basic conduct. These include the requirements that: states balance the interests of victims, offenders and the public; victims and offenders must have access to formal and informal dispute resolution mechanisms. Furthermore, that states undertake comprehensive action in regard to crime prevention; governments provide impartial, formal judicial mechanisms for victims and offenders must be help for the community reintegration of victims and offenders.¹⁹

¹⁷See generally DW Nabudere, ‘**Comprehensive research report on restorative justice and international humanitarian law**’ **The Marcus-Garvey Pan-Afrikan Institute** (June 2008) discussing restorative justice in different African contexts (on file with author).

¹⁸SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 4 vol. São Paulo: Cortez, 2006, p. 438.

¹⁹MUSILA, Godfrey (2005, *apud*, VAN NESS, 2010).

Com efeito, o Estatuto de Roma apregoa que no art. 68,²⁰ é garantido as vítimas a sua participação nos procedimentos da corte do Tribunal Penal Internacional e a reparação de danos que tenham sofrido em razão dos seus agressores, *in verbis*:

Artigo 75

Reparação em Favor das Vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.²¹

Notoriamente, Godfrey pontifica que os procedimentos da Corte Internacional Penal estão voltados para a aplicação dos princípios do *Restorative Justice*, a seguir:

First, the objectives of the ICC require a restorative justice approach by relevant actors in the ICC. These were formulated within the global context in which concern for victims at national and international planes had progressively (...)²²

A abertura do modelo restaurador no sistema internacional de justiça criminal tem sido tratada como tema relevante pela Assembleia das Nações Unidas desde 1985, com a emissão da Resolução n.º 40/34 que diz:

²⁰BRASIL. Decreto n.º 4.388/2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

Cf. Guilherme Câmara qualifica que o conceito de vítima compatível com o conjunto de características próprias à vida social e comunitária (espaço) de nosso tempo requer especial atenção para os direitos humanos das vítimas (situações de abuso de poder). Para ele a vítima pode ser visto como todo o indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais. CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Coimbra / Revista Dos Tribunais, 2008, p 77.

²¹BRASIL. Decreto n.º 4.388/2002. Disponível em :<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

²² See for **United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985 (GA/RES/40/34); Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law E/CN.4/Sub.2/1993/8 (Bassiouni Report); Council of Europe Recommendation on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure (Recommendation (85/11)). Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em 20 de ago de 2013. European Union Framework Decision on the Standing of victims in criminal proceedings, 2001 (2001/220/JHA); Commonwealth Guidelines on Treatment of Victims. Disponível em:< <http://www.osce.org/odhr/19356>> Acesso em 20 de agosto de 2013.**

Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.²³

Ratificando a tendência do modelo restaurador as Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, a Commonwealth da OEP, bem como os governos e suas representações diplomáticas vêm reconhecendo e legitimando a aplicabilidade dos instrumentos de mediação na busca pela resolução pacífica dos conflitos. Ainda neste diapasão, o Conselho da Europa, a NAFTA, a Liga Árabe e a União Africana, bem como o Mercosul reconhecem a necessidade da implementação desses instrumentos pacificadores.²⁴

Restorative Justice: uma abordagem aproximativa à Luz dos Direitos Humanos

O reconhecimento da pessoa humana como sujeito de Direito Internacional Público, tem como objetivo ampliar o alcance de sua proteção. Antes desse reconhecimento a pessoa humana ficava sujeita ao *Domestic Law*, sem, todavia, submeter-se a uma corte internacional.

O novo paradigma da pessoa humana como sujeito de Direito no plano Internacional projetou a possibilidade de que as violações praticadas pelos Estados ou até mesmo as violações impunes pudessem ser apreciadas por uma instância com jurisdição internacional.

Com as manifestas violações aos direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, evidenciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos.

²³NAÇÕES UNIDAS. **Resolução da Assembleia Geral n.º 40/4 de 29 de novembro de 1985.** Disponível em: <<http://www.un.org>.> Acesso em: 28 de outubro de 2012.

²⁴Faz-se mister, destacar que, todos os atores internacionais são responsáveis pela implementação de instrumentos pacificadores, a fim de estabelecer um maior processo de integração da própria sociedade internacional em todos os seus três níveis de atuação: a) internacional, b) regional e c) interno. FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 88.

Ao ser promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, a Organização das Nações Unidas inaugura o seu próprio Sistema de Proteção dos Direitos Humanos.²⁵

Posteriormente, criou-se o sistema europeu, comunitário, americano e o africano. Jorge Bacelar Gouveia, assevera a omissão dos países Asiáticos e da Oceania, pois estes “ainda não despertaram para uma protecção mais efectiva dos direitos do homem.”²⁶

Diante dessa conjuntura, o desafio das instâncias formais de controle é, na verdade, o de consolidar a justiça de aproximação por intermédio do viés da justiça restaurativa e comunitária, reafirmar o processo de abertura dos canais formais e informais das vias conciliatórias e reparatórias, estimular o processo comunicativo a partir da perspectiva multicultural, fortalecer as instituições democráticas através do marco transformador do direito à paz, em sua dimensão local e global.

Para tal perspectiva, faz-se necessária, a consolidação do modelo do Restorative *Justice* como forma de garantia e efetividade dos direitos humanos, tendo em vista que, o modelo restaurador propõe um modelo de aproximação entre todos os indivíduos atuantes na comunidade.

Nesse cotejo, os direitos humanos exercem duas finalidades precípuas. Na primeira os direitos humanos são considerados como *standards* de proteção da pessoa humana.

A outra função que eles exercem diz respeito à própria orientação do sistema punitivo, pois os direitos humanos são o fundamento racional que poderá legitimar o próprio sistema internacional de justiça criminal, a partir da estrita observância da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁵ O conceito de Direitos Humanos pode ser compreendido a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII. Os movimentos nacionalistas do Século XIX, teve como base a incorporação dos direitos do homem. O desenvolvimento do século XX, bem como o processo de descolonização “*de-colonisation*” e a criação de novos países independentes contribuíram para essa conjuntura e a emergência de novos direitos como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento. Já o julgamento de Nuremburg para a punição aos crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra marca uma nova tendência calcada na necessidade da criação de uma Corte Penal Internacional.

²⁶GOUVEIA, Jorge. **Direito Internacional Penal**: uma perspectiva dogmático-crítica. Coimbra, Almedina, 2008, p27.

Percebe-se, notadamente, que os instrumentos formais dos modelos tradicionais punitivistas são insuficientes, pois não são capazes de oferecer respostas político-criminais conciliatórias entre agressor e vítima, ao revés, estabelecem uma relação conflituosa que é gerenciada pela própria ausência de uma política emancipatória e conciliatória dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal e, em especial, o sistema internacional de justiça criminal.

O modelo do Restorative Justice vem sendo reproduzido em vários países entre eles o Brasil, a França e a Colômbia. Em um movimento localista/globalista verificou-se que o modelo também foi incorporado aos instrumentos aplicados pelo Tribunal Penal Internacional.

Os instrumentos mais aplicados voltam-se para a vítima, objetivando garantir-lhe o efetivo direito à reparação dos danos sofridos, a participação nos procedimentos da corte e, por fim, a própria conciliação entre agressor e a vítima.

Ademais, tem-se que o modelo contemporâneo proposto pelas práticas e princípios do *Restorative Justice* são compatíveis com os *standards* de proteção da pessoa humana, bem como estabelece um canal comunicativo entre o ofensor e a vítima, a fim de que ambos possam se reconciliar, restaurando assim, a própria noção de paz no cenário internacional concretizando, dessa forma, o chamado direito à paz, o qual pode ser classificado como um direito de quinta dimensão.

REFERÊNCIAS:

AHUMADA, María. Le règlement des moyens de justice réparatrice; analyses et réflexions de son application dans l'acte criminel d'absence alimentaire aux enfants en Colombie. In: **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.**

BRASIL. Lei n.º 9.099/95. **Lei dos Juizados Especiais Criminais.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

_____. **Decreto nº 4.388/2002.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

CÁRDENAS, Alvaro. La doctrina social sobre la justicia restaurativa In: **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 12, nº. 24, 2009, págs. 39-75.

CERVINI, Raúl, TAVARES, Juez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do mercosul**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Coimbra / Revista Dos Tribunais, 2008.

DANIEL, Achutti. The Strangers in Criminal Procedure: Restorative Justice as a possibility to overcome the simplicity of the modern paradigm of criminal justice. *In : Oñati socio-legal series*, vol. 1, n.º 2, 2011 (Ejemplar dedicado a: Investigations - Investigaciones - Ikerlanak), 17 págs.

DW Nabudere, 'Comprehensive research report on restorative justice and international humanitarian law' *The Marcus-Garvey Pan-Afrikan Institute* (June 2008) discussing restorative justice in different African contexts (on file with author).

EUROPEAN UNION. **Framework Decision on the Standing of victims in criminal proceedings, 2001 (2001/220/jHA); Commonwealth Guidelines on Treatment of Victims**. *Disponível em:* < <http://www.osce.org/odihr/19356> > Acesso em 20 de agosto de 2013.

FERREIRA, Francisco. **Justiça Restaurativa, natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

GOUVEIA, Jorge. **Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica**. Coimbra, Almedina, 2008.

GRECO, Luís, Sobre o direito penal do inimigo. *In: Revista Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 56, ano 15, Jan-Fev, 2005, p. 123.

HERMOSO, José. La ciudadanía controvertida: la construcción habermasiana de una razón política normativa. *In: Daimon: Revista de filosofía*, n.º 25, 2002, págs. 113-130.

MOLINA, Pablo; GOMES, LUÍZ. **Criminologia**. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006.

MUSILA, Godfrey. **Rethinking international criminal law: restorative justice and rights of victims in the international criminal court**, U.S.A, Lap Lambert, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução da Assembleia Geral n.º 40/4 de 29 de novembro de 1985**. *Disponível em:* www.un.org. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

_____. **Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985 (GA/RES/40/34); Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law E/CN.4/Sub.2/1993/8 (Bassiouni Report); Council of Europe Recommendation on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure (Recommendation (85/11)**. *Disponível em:* <<http://www.un.org>> Acesso em 20 de ago de 2013.

SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 4 vol. São Paulo: Cortez, 2006.

PICCA, GEORGES. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional:¿El Tribunal Penal Internacional? *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n.º 17,2003, p. 136.

APROXIMANDO AS IDEIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL POR MEIO DAS LIÇÕES DE LOUK HULSMAN

Hugo Leonardo Rodrigues Santos²⁷

1. INTRODUÇÃO

Não é fácil conceituar a justiça restaurativa. Trata-se de um modelo ainda em construção, no qual ainda não existem muitos consensos acerca de quais seriam as suas características essenciais, os seus elementos definidores.

Um dos pontos de convergência com relação ao novel modelo, verdadeiro consenso a respeito de sua finalidade, diz respeito ao fortalecimento do papel da vítima, no mecanismo de solução de conflitos. “Busca, assim, a justiça restaurativa recompor ou reformar, inclusive como resgate, o papel da vítima dentro do direito penal, tornando-a parte ativa dentro do sistema de justiça, em efetivo, sob diversos matizes de participação concreta, a partir dos prejuízos por ela sofridos”²⁸.

É interessante perceber que as práticas restaurativas que vem sendo ensaiadas em diversos lugares do mundo também contribuem para a definição desse modelo²⁹, em uma interessante inversão da tradição acadêmica, na qual *a prática orienta a teoria*.

Em razão dessa difícil compreensão, afirmamos em outra oportunidade que, ao menos neste estágio em que nos encontramos, podem ser úteis esforços no sentido de se

²⁷ Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE; Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela ESMAPE; Professor de Direito Penal e Criminologia em cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito em Maceió (AL); Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e Coordenador estadual interino do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Alagoas. Analista Judiciário do TRE/AL. E-mail: hugoleosantos@yahoo.com.br.

²⁸ SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade (restorative justice): instrumento de proteção e defesa dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 133.

²⁹ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012, p. 334.

conceituar tal instituto por meio de um raciocínio de exclusão, *compreendendo-se aquilo que não seria justiça restaurativa*³⁰.

Um entendimento mais claro acerca da justiça restaurativa é requisito para a utilização adequada de tal paradigma, bem como para a sua popularização, a partir de sua assimilação pela sociedade como um todo. Nossa preocupação com uma correta compreensão, por isso, não é meramente acadêmica (formal). Pelo contrário, corresponde à necessidade de que tal modelo seja funcional à sociedade.

De onde surge a conveniência de se utilizar o desenvolvimento doutrinário das teorias abolicionistas, para um aperfeiçoamento da conceituação de justiça restaurativa. Ora, diferentemente do que ocorre com os estudos sobre o novo paradigma, mais recentes, essas teses abolicionistas já vem sendo desenvolvidas há algumas décadas, e por isso é possível afirmar que já há um relativo aperfeiçoamento, e mesmo um consenso (entre os seus adeptos) acerca de algumas de suas propostas.

A aproximação de características comuns a ambas as propostas de política criminal alternativa, justiça restaurativa e abolicionismo, poderia elucidar uma série de controvérsias a respeito da natureza do modelo restaurativo. Nesse caso, *a compreensão da justiça restaurativa seria aperfeiçoada, por meio de um juízo de associação*, com propostas semelhantes oferecidas pelos abolicionistas.

Por isso, esse texto ensaia uma aproximação entre o abolicionismo penal e a justiça restaurativa, tentando identificar quais seriam suas características comuns, bem como se haveria uma relação entre uma e outra proposta alternativa.

Como existem várias vertentes abolicionistas, mais ou menos divergentes entre si, optamos por explicar rapidamente como esse movimento político-criminal se desenvolveu, priorizando, entretanto, o detalhamento da corrente abolicionista proposta pelo holandês Louk Hulsman.

De modo que *o juízo de comparação entre o abolicionismo e a justiça restaurativa será efetuado, principalmente, utilizando-se a teoria de Louk Hulsman como referência*.

³⁰ SANTOS, Hugo Leonardo R. Incompatibilidades entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal. In *Revista síntese de direito penal e processual penal*, n. 80. Porto Alegre: Síntese, 2013.

Tal escolha é justificada pelo fato de ser essa a proposta que mais se assemelha à justiça restaurativa, conforme tentaremos demonstrar³¹.

2. ABOLICIONISMO PENAL

O direito penal tradicional focou-se, durante muito tempo, nas teorias da pena, na tentativa vã de legitimar a utilização de sanções repressivas, com fundamento na ressocialização do condenado, na retribuição do mal causado, entre outras pretensas finalidades. Não obstante, diante do fracasso inegável da concretização de tais fins da pena, é mais que saudável travar um debate sério a partir de ideias que tomam como princípio a desnecessidade de punição estatal para os delitos, as quais foram reunidas em torno da denominação comum de abolicionismo penal.

Trata-se, sobretudo, de uma corrente pluralista, que reúne diversas vertentes teóricas (algumas das quais bastante diferenciadas entre si), tendo em comum a crítica à utilidade da adoção da sanção criminal, como consequência da prática delitiva. Nesse sentido, “o abolicionismo congrega autores que, partilhando da crítica sociológica às agências penais, comungam de inúmeras e diversificadas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas de resolução dos conflitos”³².

Dessa complexa heterogeneidade, resulta a difícil conceituação do abolicionismo³³ (coincidente com a dificuldade de compreensão acerca da justiça restaurativa, conforme já comentamos). Contudo, seria possível ensaiar uma definição provisória, entendendo-se o abolicionismo penal como uma das propostas da agenda positiva elaborada pela criminologia crítica, segundo a qual, por meio desse movimento prático-teórico, se

³¹ No mesmo sentido, afirmando que Louk Hulsman e Nils Christie foram os abolicionistas que mais contribuíram com a justiça restaurativa: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2012, p. 41.

³² CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: crítica criminológica aos fundamentos do *potestas puniendi*. In _____ . *Antimanual de criminologia*, 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

³³ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 126.

“procura construir estratégias para a superação do sistema penal, das agências e instituições punitivas e da própria gramática (linguagem) criminalizadora”³⁴.

Conforme classificação de Zaffaroni, do abolicionismo penal poderiam ser destacados quatro vertentes, não conflitantes, entre si, corporificadas pelos ensinamentos de Michel Foucault, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman³⁵.

Foucault seria um abolicionista *sui generis*, considerando que não se pode depreender, a partir de sua teoria, um discurso abolicionista bem acabado, consolidado, como ocorre com os outros três autores citados. Não obstante, nada impede que se afirme ser o mesmo um abolicionista³⁶.

A partir de sua análise, ficou clara a relação entre a estruturação das relações de poder e o sistema punitivo. Segundo sua ideia, o poder se diluiria em uma série de relações microscópicas, e desse modo, difuso, o poder é exercido. De tal forma que a modificação histórica, consistente na transição das punições para a vigilância disciplinar, enfatizada em *Vigiar e Punir*³⁷, “conduz à diferenciação entre os níveis de exercício de poder e suas formas de atuação, constante e imperceptível, sobre o corpo social”³⁸.

Também em sua obra, critica a utilização do saber criminológico, como estratégia de legitimação do sistema punitivo. Nesse sentido, segundo Salo de Carvalho, destacou que “o papel da criminologia tradicional, ao longo da história do direito penal moderno, foi justificar as práticas punitivas sob a perspectiva do falso humanismo representado pelo discurso ressocializador”³⁹.

³⁴ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 295.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, 4^a ed. Revan: Rio de Janeiro, 1999, p. 98.

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas... Op. Cit.* p. 101.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, 22^a ed. Petrópolis: Vozes, 2000, especialmente a partir da terceira parte, sobre a disciplina.

³⁸ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 127.

³⁹ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 127

De outro lado, a partir do pensamento dos outros três criminólogos referidos, fica ainda mais nítido o delineamento de uma política criminal alternativa, consistente na abolição do sistema penal.

Com relação aos ensinamentos de Thomas Mathiesen, considerado o *estrategista* dentre os abolicionistas⁴⁰, temos uma utilização visivelmente marxista do abolicionismo, na qual se advoga a eliminação do sistema penal, entendido como um instrumento da repressão e de ocultação de conflitos sociais⁴¹. Esse viés político torna a sua proposta um verdadeiro libelo contra qualquer estrutura repressiva da sociedade, indo além da abolição tão somente do sistema punitivo⁴².

Segundo Mathiesen, a abolição do sistema punitivo, que hoje pode soar como uma verdadeira utopia, já foi mais crível, plausível, especialmente nas décadas de 60 e 70, quando havia uma série de fatores que contribuíram para uma crítica generalizada das prisões. Contudo, a partir da década de 80 se observou uma brusca mudança, com o aumento vertiginoso da população carcerária em todo o mundo, tornando ainda mais distante o sonho da abolição das prisões⁴³.

É preciso compreender que a prisão é totalmente irracional, tendo em vista as suas finalidades declaradas. Esses são os seus *pés de barro*, e a sua completa falência seria o argumento crucial para a defesa da sua abolição completa⁴⁴. Ocorre que essa irracionalidade da prisão não é de conhecimento geral, e consiste em um *verdadeiro segredo* para a sociedade⁴⁵. Revelar esse segredo seria um objetivo essencial para a concretização da abolição.

Tal meta grandiosa somente poderia ser atingida por meio da conscientização (transformação) das três camadas que protegem a prisão: os administradores, que formam

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas... Op. Cit.* p. 99.

⁴¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*, 3^a ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 367.

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas... Op. Cit.* p. 99.

⁴³ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 263-264.

⁴⁴ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI... Op. Cit.* p. 270.

⁴⁵ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI... Op. Cit.* p. 275.

o controle criminal; os cientistas sociais e pesquisadores, que formam a comunidade acadêmica; e por fim, os meios de comunicação de massa, que acabam influenciando a ideologia de que a prisão é natural à sociedade⁴⁶.

A abolição seria efetuada a partir da realização de uma revolução permanente e sem limite, “fomentando profundas reformas de curto prazo nas instituições punitivas que não obstaculizassem o abolicionismo, procurava não remodelar o sistema de penas, mas mantê-lo progressivamente aberto (v.g. melhoramento das condições de vida, ampliação do regime de visitas, aumento da constância e do período de saídas temporárias etc.)”⁴⁷.

As ideias de Mathiesen foram determinantes para a criação da Organização Norueguesa Anti-carcerária (KROM), entidade que promovia a abolição da prisão, inclusive negando propostas de sanções alternativas que poderiam ser transformadas em estruturas punitivas com as mesmas funções do cárcere⁴⁸.

Também Nils Christie contribuiu de forma significativa para o aperfeiçoamento do ideal abolicionista. Enfatizou que o sistema penal insiste em ofuscar a dor e sofrimento que a estrutura punitiva provoca, inexoravelmente. O controle do crime, com isso, “se converteu em uma operação limpa e higiênica. A dor e o sofrimento desapareceram dos livros de direito penal, que trata do assunto como se tudo fora muito natural e asséptico”⁴⁹.

Segundo a lógica do sistema punitivo, o castigo oferecido como reação para o delito deve ser aflitivo, tem de necessariamente provocar dor, muito embora essa função seja disfarçada pela pretensão de neutralidade do direito penal, bem como pela linguagem e ritos formais próprios dos procedimentos criminais⁵⁰. Ora, a proposta de Christie é, de fato, uma opção moral pela diminuição da dor. Consiste em propor alternativas para a punição, e não punições alternativas⁵¹.

⁴⁶ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI... Op. Cit. passim*.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 127-128.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 127.

⁴⁹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia... Op. Cit.* p. 373.

⁵⁰ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Oregon: Wipf & Stock, 2007, p. 15-16.

⁵¹ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain... Op. Cit.* p. 11.

A partir desse Norte, entendeu que toda a ideologia terapêutica, de que o criminoso deveria ser submetido a um tratamento (conforme o que predicava a criminologia etiológica), resultava também em imposição de dor desnecessária, seria mais um reflexo da distribuição de sofrimento (*pain delivery*) característica da sociedade atual⁵². Por isso, ofereceu denúncias e críticas ao sistema arquitetado pela criminologia tradicional, baseado no conceito de periculosidade e na eficácia da institucionalização dos desviados⁵³.

O sistema criminal age com base em um modelo piramidal de regras, nas quais as consequências às condutas proibidas são impostas *de cima para baixo*, de forma autoritária e unilateral. Por isso, segundo Christie, as soluções para os crimes deveriam ser oferecidas a partir de uma estrutura horizontal ou igualitária de justiça, na qual as respostas deveriam vir por meio de um consenso, de uma intermediação de interesses⁵⁴.

Para fugir dessa aporia, evitando os prejuízos da *máquina de infligir dor* que é o sistema punitivo, faz-se necessária a construção de uma estrutura participativa e comunitária de justiça, mais próxima das relações privadas⁵⁵. É nesse sentido, que afirmou que “a mediação, de um tipo ou de outro, pode ser vista como uma tentativa de se contrapor às tendências presentes. Na esteira da modernidade, a mediação renasceu como um instrumento para desafogar o sistema de controle do crime e, também, como estímulo a vizinhanças locais. Com certeza, este é um desenvolvimento muito promissor”⁵⁶.

Como será visto, essa argumentação aproxima-se bastante do que entendemos por justiça restaurativa. No mais, também se assemelha bastante com o que ensinava Louk Hulsman, em sua proposta abolicionista. A aproximação entre as teorias de ambos os autores, Christie e Hulsman, já fora destacada por Eugênio Raul Zaffaroni, que afirmou que a diferença entre as propostas reside no fato de que “se pode considerar Christie mais

⁵² CHRISTIE, Nils. *Limits to pain... Op. Cit.* p. 21.

⁵³ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 129.

⁵⁴ CHRISTIE, Nils. *Civilidade e Estado. In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 241-242.*

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena... Op. Cit.* p. 130.

⁵⁶ CHRISTIE, Nils. *Civilidade e Estado...Op. Cit.* p. 252.

inclinado a fundamentar seus argumentos sobre a experiência histórica e, inclusive, sobre os reduzidos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos”⁵⁷.

Considerando que o objetivo principal desse trabalho é justamente identificar traços de semelhança entre a justiça restaurativa e o abolicionismo penal, principalmente na vertente defendida por Louk Hulsman, daremos mais atenção a essa teoria abolicionista, em momento mais oportuno. Por hora, frise-se que as mais variadas correntes abolicionistas, das quais falamos rapidamente das principais, têm como objetivo primordial *a extinção do sistema punitivo* (ao menos considerado esse em seu sentido tradicional). *Esse objetivo, em essência, não parece ser muito divergente da finalidade apregoada pelo modelo de justiça restaurativa*, conforme veremos.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa consiste em um modelo de resposta ao crime totalmente diverso do utilizado pelo sistema penal tradicional. Trata-se de uma verdadeira revolução cultural, e isso talvez explique a enorme resistência à sua adoção e implementação pela sociedade.

Nesse sentido, Howard Zehr, um dos principais sistematizadores da proposta, afirmou que seria possível mudar nossa visão a respeito da justiça penal, *trocar as lentes*. Explica que haveria duas visões possíveis quanto à resposta aos crimes: a primeira, de uma justiça *retributiva*, que considera o crime como uma violação do Estado, consistente na desobediência de suas regras formais (leis criminais), e que resulta em uma atribuição de responsabilidade pelo Estado, por meio de regras formais (devido processo penal), gerando o castigo (sofrimento) equivalente à pena criminal. Cumpre destacar que, nesse entendimento, a resolução do problema é formal, afastada dos interesses reais dos verdadeiros envolvidos no evento.

De outro lado, a segunda visão seria a da justiça *participativa*, segundo a qual o crime consiste numa violação de pessoas e relacionamentos (e não do Estado), que gera

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas... Op. Cit.* p. 100.

uma responsabilidade para com os prejudicados, resultante em uma solução na qual a comunidade, vítima e ofensor promovam reparação, conciliação e segurança⁵⁸.

Como visto, a justiça restaurativa é um reflexo da tendência de transformação da justiça penal, que abandona uma racionalidade fundada na autoridade (com o consequente alheamento da vítima), para uma *racionalidade dialética*, promovendo a integração da vítima na composição da solução⁵⁹.

Adotando como pressupostos a negação da verticalidade, característica dos mecanismos punitivos formais, a justiça restaurativa possibilita uma solução *consensual* do problema criminal. Isso, porque “tem como fundamento maior a conciliação e intermediação entre infrator e vítima, enfatizando as instâncias civis e a própria sociedade como mediadoras, em lugar do antiquado e formalista Estado-juiz”⁶⁰.

Podemos apontar dois fatores determinantes que contribuíram decisivamente para o surgimento dessa nova proposta criminológica. Primeiramente, a justiça restaurativa pode ser compreendida como uma *resposta às severas críticas feitas ao sistema punitivo tradicional*.

Essas denúncias vem sendo proferidas já há algum tempo. De fato, toda a vertente crítica da criminologia empreendeu esforços para desvelar os mitos que foram erigidos a respeito do funcionamento da justiça penal. A criminologia do etiquetamento social, como também as várias propostas de criminologia radical (Jock Young, Alessandro Baratta, etc.), foram incisivas ao apontar a seletividade do sistema punitivo, a não realização dos fins da pena, a relação ilegítima entre a aplicação de sanções punitivas e a estrutura sócio-econômica vigente, entre outros tópicos.

As correntes abolicionistas foram essenciais para o aprofundamento dessas críticas. Isso, porque um dos grandes argumentos para a defesa da extinção do sistema punitivo é o fato de que ele *simplesmente não funciona a contento*, não tem eficácia com relação às suas funções. No mais, a rigor *nos já vivemos numa sociedade sem direito penal*. “A

⁵⁸ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça* São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 170-171.

⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

⁶⁰ SANTOS, Hugo Leonardo R. *Incompatibilidades entre a justiça restaurativa... Op. Cit.* p. 43.

criminalidade efetiva, ou conhecida, é um evento raro e excepcional diante da cifra negra altíssima, que, em alguns casos, chega a 90%. Todas as demais situações problema são resolvidas fora da justiça criminal”⁶¹.

Por outro lado, e com outros fundamentos, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli também identificou impropriedades no sistema penal, principalmente ao demonstrar ranços autoritários que o afastariam das finalidades sociais do direito penal, bem como a utilização desmedida da justiça repressiva.

O outro fator que influenciou a criação do modelo restaurativo foi a *retomada do papel de preponderância da vítima* na justiça criminal. Desde que o Estado monopolizou a resposta oferecida aos crimes, as vítimas, diretamente prejudicados pelas condutas delitivas, e que sofriam imediatamente o dano, acabavam eclipsadas em prol de uma visão sistêmica formalista, na qual a punição era de interesse, sobretudo, do Estado, enquanto ente abstrato.

Fez parte do desenvolvimento histórico do sistema punitivo a gradativa *neutralização da vítima*, a *retirada de seu protagonismo* na resolução do problema criminal. Segundo Maria Coeli Nobre, essa tendência foi verificada a partir da inquisição medieval⁶², que sepultou o modelo de justiça penal privado, fortalecendo a ideia de que a pena criminal tinha natureza pública.

Desde então, a vítima foi, aos poucos, esquecida. A sanção criminal ignorava solenemente os seus interesses. “O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da proteção de bens jurídicos desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação”⁶³.

No entanto, com o desenvolvimento de estudos vitimológicos, intensificados a partir da década de 60 com Mendelsohn, *ficou mais clara a necessidade de retornar o protagonismo da vítima na justiça penal*. “A vítima, com isso, passou a ser considerada

⁶¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia... Op. Cit.* p. 369, grifos do autor.

⁶² SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade... Op. Cit.* p. 37.

⁶³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa... Op. Cit.* p. 46.

como verdadeiro sujeito da relação conflituosa, e não mais um mero expectador passivo de seu deslinde, por um terceiro (o Estado) alheio a seus interesses”⁶⁴.

Essa seria a única maneira de garantir-se a reparação do dano causado pelo crime, de tentar obter uma resposta satisfatória para o mal sofrido pela vítima. *O objetivo maior da justiça restaurativa não é punir o infrator, mas sim dar uma compensação legítima para a vítima, restaurar a lesão resultante do problema.*

De onde se observam duas características importantes da justiça restaurativa. Inicialmente, *trata-se de um modelo democrático*⁶⁵, pois garante a participação efetiva da vítima, do infrator e da própria sociedade, para a resolução (restauração) do problema. Parece-nos que essa é uma arquitetura da justiça criminal mais coerente com um Estado de direito. Esse desenho significa, a *contrario sensu*, uma opção consciente pelo afastamento de um modelo de justiça penal punitivista, centrado em um sistema autoritário e arbitrário (antidemocrático).

A outra característica marcante da justiça restaurativa é a sua *informalização*. Esse modelo oferta soluções para a criminalidade sem a necessidade de se recorrer ao burocrático aparelho judiciário estatal⁶⁶.

Evita portanto a formação de efeitos deletérios no infrator, os quais poderiam ser determinantes para a sua criminalização secundária e a reincidência criminal, e que são facilmente perceptíveis nos réus do processo penal clássico. A criminologia do etiquetamento social explicou como são criados estigmas, como uma reação à realização de rituais degradantes. Aliás, há muito tempo são notórios os prejuízos sociais advindos do processo penal, os quais foram denunciados por Francisco Carnelutti em obra clássica⁶⁷.

⁶⁴ SANTOS, Hugo Leonardo R. *Incompatibilidades entre a justiça restaurativa... Op. Cit.* p. 45.

⁶⁵ AMARAL, Érica Babini Lapa do. Bases teóricas da justiça restaurativa: uma abordagem conceitual. In Silva, Ivan Luiz da *et al.* (orgs.). *Ciências criminais no século XXI*. Recife: UFPE, 2007, p. 173.

⁶⁶ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 417.

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2006.

A justiça restaurativa não possui ainda um conceito acabado, em razão da diversidade de objetivos e das várias tendências existentes. Encontra-se ainda, como um *conceito em aberto*, ou como refere-se Raffaella Pallamolla, um *modelo eclodido*⁶⁸.

A ausência de uma conceituação definitiva não equivale, necessariamente, a um prejuízo, pois “procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está justamente na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”⁶⁹.

Importante observar que a justiça restaurativa *não pode ser compreendida tão-somente como um modelo teórico*, mas sim como um *conjunto de práticas restaurativas*. E, justamente por essa imprecisão conceitual, qualquer prática que vise a restaurar o dano provocado pelo delito poderia ser entendida como uma prática restaurativa⁷⁰. No mais, *essas práticas são indispensáveis para a formação do conceito de justiça restaurativa*, de modo que a prática acaba também orientando a teoria, conforme já comentado⁷¹.

Vários exemplos de práticas com natureza restaurativa poderiam ser citados. A utilização desse modelo vem crescendo rapidamente, em vários países do mundo e também no Brasil, já existindo várias experiências bem sucedidas.

Fugiria aos objetivos mais modestos deste texto apontar essas diversas experiências, mesmo porque para isso seria necessário observar as peculiaridades de cada caso referido. Existem pesquisas de mais fôlego, com detalhes de algumas dessas experiências⁷². Cumpre, por hora, afirmar que essas práticas restaurativas têm em comum a intenção de *mudança efetiva do sistema de justiça criminal*, por meio da adoção de um critério de reparação do dano causado pelo crime, abandonando a lógica retribucionista tradicional.

⁶⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa... Op. Cit.* p. 53.

⁶⁹ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

⁷⁰ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal... Op. Cit.* p. 10.

⁷¹ Ver nota 3.

⁷² Por todos: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa... Op. Cit.*

Nesse sentido, a justiça restaurativa poderia ser associada ao nascimento de uma criminologia da práxis, que segundo Salo de Carvalho seria “um saber criminológico revolucionário, subversivo e inovador que assume o caráter político da teoria e procura *contribuir para a transformação da realidade social* e a emancipação do homem”⁷³.

4. APROXIMANDO OS CONCEITOS: O MODELO ABOLICIONISTA DE HULSMAN

Das quatro propostas abolicionistas elencadas por Zaffaroni, excluindo-se apenas o modelo *sui generis* de Foucault, as demais poderiam muito bem ser relacionadas com a proposta restaurativa. Nesse sentido, Daniel Achutti demonstrou em interessante trabalho as coincidências entre os argumentos abolicionistas de Nils Christie, Thomas Matiesen e Louk Hulsman e a justiça restaurativa⁷⁴.

Não obstante, optamos neste texto por destacar a teoria desenvolvida por Louk Hulsman, entendendo ser *a mais aproximada de um modelo restaurativo de justiça*. Além do mais, nenhum pensamento abolicionista obteve tanta repercussão quanto o de Hulsman⁷⁵.

O que não significa, é importante frisar, que estamos a desmerecer a contribuição dos demais pensadores abolicionistas para o desenvolvimento da justiça restaurativa. Trata-se, tão somente, de um corte metodológico, pois seria inviável entrar em pormenores das demais propostas abolicionistas, nestas breves linhas.

Antes de explicar brevemente os traços principais da proposta de Louk Hulsman, cumpre mencionar o fato de que se trata, sem dúvida, de uma *tentativa ousada* de afastar o

⁷³ CARVALHO, Salo de. *Criminologia crítica... Op. Cit.* p. 292, grifamos.

⁷⁴ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro*. In Anais do III Congresso internacional de ciências criminais: criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em 11/12/2013.

⁷⁵ BATISTA, Nilo. Relembração de Louk Hulsman. In BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 57.

sistema de justiça criminal de uma lógica retributiva. Essa ousadia talvez seja melhor compreendida levando-se em conta a própria pessoa de Louk Hulsman.

É praticamente unânime, entre aqueles que conviveram com o professor holandês, falecido há poucos anos, que se destacava em seu comportamento a sua amabilidade, aliada à persuasão de seus ensinamentos. Sobre ele, já se afirmou que era “uma figura imponente que impressionava aonde chegava com a sua voz tonitruante quando queria afirmar categoricamente as suas ideias e convicções e o riso aberto e fácil”⁷⁶.

A personalidade de Hulsman parecia indicar que seria possível tratar de problemas sociais graves sem a utilização de uma lógica punitivista. Para ilustrar a coerência de sua postura pessoal com relação aos seus ensinamentos, citamos o episódio em que chegou a ser vítima de um assalto, juntamente com sua filha, em visita ao Rio de Janeiro. Porém, fiel ao que pregava em sua obra, conseguiu negociar com os infratores parte dos seus pertences. “Eles não se alteraram (...) e negociaram calmamente, sem assustar-se com os assaltantes, com bastante êxito, pois recuperaram os óculos, os documentos, a bolsa e ainda parte do dinheiro para a condução”⁷⁷.

Não está dentro de nossos objetivos nos alongarmos sobre o autor dessa proposta abolicionista⁷⁸. As menções rápidas a alguns traços de sua personalidade se justificam, contudo, pois isso parece realçar *a necessidade de que a implementação de propostas abolicionistas e/ou restaurativas seja precedida por uma mudança de atitude interna, um câmbio de ideologia*. Nas palavras do próprio autor, “a abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos”⁷⁹.

⁷⁶ KOSOVSKI, Ester. Saudades de Louk. In BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 47.

⁷⁷ KOSOVSKI, Ester. *Saudades de Louk. Op. Cit.* p. 49.

⁷⁸ Para tanto, remetemos o leitor para: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

⁷⁹ HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 212.

Seria preciso implementar uma verdadeira mudança cultural. Somente a partir de uma perspectiva nova, a respeito da justiça criminal, seria possível efetivar os valores que devem nortear um mecanismo de solução de problemas sociais. Ainda, segundo Hulsman, tais valores poderiam ser resumidos em três mais importantes: o respeito pela diversidade; a necessidade de colocar as profissões e autoridades a serviço dos clientes; e por fim a validade de reconstrução de um evento problemático⁸⁰.

A heterogeneidade da sociedade é desrespeitada quando se adota um modelo que não respeita essas diferenças, que trata a todos de modo uniforme. As diferenças devem ser reconhecidas pelo discurso público, que as subestima. Deve haver solidariedade com essas diferenças⁸¹. Esse valor é considerado pelo modelo restaurativo de justiça, que se pauta por um critério democrático de oferecimento de soluções.

Ademais, *as instâncias oficiais e autoridades devem se colocar a serviço do público*, e não apenas cumprir com procedimentos formalizados, em regra afastados dos reais interesses dos envolvidos pelo conflito. Hulsman denuncia a existência de uma divisão de trabalhos burocratizada, que impede a comunicação eficaz das instâncias da justiça penal com o fim de concretizar suas finalidades.

Isso, porque “cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois”⁸². Em seu conjunto, os órgãos fazem acreditar que estão agindo em prol da justiça, ou da prevenção do crime, mas na verdade acabam se afastando da resolução dos problemas na medida em que não se preocupam com o oferecimento de soluções reais para os eventos de que se ocupam.

Nesse sentido, *a justiça restaurativa, ao adotar um sistema informalizado, tenta se esquivar desse mal funcionamento da justiça penal*, evitando a dependência de órgãos burocráticos e promovendo o esforço de todos os envolvidos para a concretização de soluções para os eventos.

⁸⁰ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 194-195.

⁸¹ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 194-195.

⁸² HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 59.

Por fim, a justiça criminal funciona com base em uma reconstrução do evento criminal. Com base nela, oferecerá uma punição proporcional. Ocorre que essa reconstrução não é legítima, visto que o sistema criminal, em sua análise, isola o envolvido no evento, destacando-o de seu ambiente, da vítima, de pessoas de sua relação. *Oferece uma imagem estática do envolvido, fictícia e maniqueísta, e isso gera a sua discriminação*⁸³.

Em outras palavras, a justiça criminal “tende a fornecer uma construção não realista do que aconteceu e, portanto, a fornecer também uma resposta não realista e ineficiente”⁸⁴. Sem contar com o fato de que, em razão do reforço dos estereótipos, *o sistema criminal cria de fato o delinquente*, interiorizando no envolvido os estigmas por meio de um etiquetamento legal⁸⁵.

Segundo Hulsman, a pena decorre de uma relação autoridade entre o punidor e o punido, bem como, em certos casos, de um reforço de elementos de sofrimento, justamente em razão dessa autoridade. Ora, por essas razões, “*a verdadeira pena pressupõe a concordância das duas partes*”. Em resumo, “não havendo uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil falar de legitimidade da pena”⁸⁶.

Esse diálogo com o infrator é uma das características de um modelo restaurativo de justiça, sobretudo porque se almeja fazê-lo compreender a sua responsabilidade pela restauração do dano, e isso somente é possível pelo reconhecimento das partes envolvidas no conflito.

Um primeiro passo para as mudanças culturais seria a *adoção de uma nova linguagem*. Não é possível produzir tais modificações utilizando-se a mesma linguagem do sistema criminal⁸⁷, simbolicamente atrelada a uma visão punitivista. Por isso, “seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante

⁸³ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 188-189.

⁸⁴ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 206.

⁸⁵ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 69.

⁸⁶ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 87, grifos nossos.

⁸⁷ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 193.

sobre as pessoas e situações vividas”⁸⁸. Para isso, propõe um novo vocabulário, com o uso de termos como *pessoas envolvidas*, *situações problemáticas*, etc⁸⁹.

Ademais, alerta que *o crime não é uma realidade ontológica*⁹⁰. Reúnem-se em torno desse conceito as mais variadas condutas, várias das quais nem tão lesivas à sociedade, outras inexpressivas. Também não se pode indicar como criminosos os mesmos tipos de pessoas, não há características comuns entre eles. Por fim, também não existe uma única motivação para essas condutas⁹¹.

De onde conclui que “*não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas*. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”⁹².

A participação da vítima na solução do conflito é mais um elo de ligação entre o modelo abolicionista de Hulsman e a justiça restaurativa. O penalista holandês preocupava-se bastante com o afastamento das vítimas da resolução desses problemas. Segundo Hulsman, a organização da justiça criminal garante um isolamento das vítimas, que se tornam fragilizadas, sem voz, diante do aparato punitivo⁹³.

A justiça criminal, que deveria procurar resolver o conflito, atendendo as necessidades da vítima, age de forma inversa, apenas preocupada em medir o pretensão dano provocado pelo crime, com base em critérios formais, e oferecer retribuição ao infrator. Ocorre que as vítimas não têm, de fato, necessidade de um processo penal, mas sim de que sejam escutadas, que tenham seus problemas efetivamente solucionados⁹⁴.

Considerando-se que boa parte dos crimes nem chegam a ser processados pela justiça criminal, restando na cifra oculta, *seria útil compreender de que modo a sociedade*

⁸⁸ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 96.

⁸⁹ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 96.

⁹⁰ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 196.

⁹¹ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 195-196.

⁹² HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 101, grifamos.

⁹³ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 200.

⁹⁴ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas... Op. Cit.* p. 117 e 119.

trata essas situações problemáticas que não chegam a ser formalizadas. Tal conhecimento poderia oferecer soluções mais proveitosas que aquelas empregadas pelo sistema punitivo. Dessa maneira, são valorizados os mecanismos populares de resolução de conflitos, no mais das vezes mais eficazes que os burocráticos.

Segundo Hulsman, o abolicionismo pode apresentar duas posturas distintas, ainda que interrelacionadas: a primeira, no sentido de que *a justiça criminal não é uma resposta legítima para as situações problemáticas.* Nesse aspecto, o abolicionismo se aproxima de um *movimento social*; e para isso os abolicionistas devem “parar com as atividades num molde da justiça criminal, mas também envolver-se em lidar com situações problema criminalizáveis fora da justiça criminal”⁹⁵.

Em um segundo aspecto, *o abolicionismo aponta para uma possível maneira de se extinguir certo tipo de justiça criminal.* Nesse sentido, aproxima-se de uma ação entre os operadores do sistema, um abolicionismo acadêmico. Somente assim, a primeira postura poderia ser legitimada, a partir do entendimento de que *o sistema criminal não é uma solução para problemas públicos, mas sim, ele próprio, um problema público*⁹⁶.

Essas estratégias devem ser assumidas também por aqueles que advogam a implantação de um sistema consensual de justiça criminal, a partir do paradigma da justiça restaurativo. Primeiramente, *é necessário fazer a sociedade compreender que o sistema punitivo tradicional não soluciona eficazmente os problemas.* Por meio de uma movimentação social, uma nova racionalidade (não) punitiva seria estimulada. Mas, para isso, a academia também deve desempenhar um papel de destaque, pois *caberia aos operadores do sistema de justiça criminal (e acadêmicos) legitimarem novos instrumentos de resolução de conflitos sociais, mais democráticos e efetivos, menos burocráticos e simbólicos.*

5. CONCLUSÕES

⁹⁵ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p.197.

⁹⁶ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p.198-199.

Ao fim, podemos ressaltar que existem inúmeros pontos de convergência entre o abolicionismo, especialmente a corrente defendida por Louk Hulsman, e a justiça restaurativa. Entretanto, *os conceitos são aproximados, mas não são exatamente iguais*, seria uma precipitação afirmar o contrário.

Em outra oportunidade, já afirmamos que, por hora, *não acreditamos que o novo modelo restaurativo seja capaz de substituir por inteiro a justiça criminal tradicional*, no sentido de uma abolição completa do sistema punitivo. *Apesar de servir muito bem como uma alternativa viável de solução eficaz para crimes*, em muitos casos⁹⁷. Isso, porque existem dificuldades para a dissolução integral do modelo punitivista de justiça penal, ao menos em nossa realidade social.

Também com ceticismo, Lola Aniyar de Castro afirmou que seria requisito para a abolição do sistema punitivo um grande amadurecimento democrático, no sistema econômico, social e cultural, o que infelizmente ainda não ocorreu nos países latino-americanos⁹⁸.

A justiça restaurativa, por essa razão, poderia ser melhor compreendida como uma *alternativa viável de contração do sistema punitivo*, mas não de sua completa extinção. Na lição de Renato Sócrates Gomes Pinho, “o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade *e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado*”⁹⁹.

De onde transparece a utilidade das lições abolicionistas para a implementação de práticas restaurativas. O bem estruturado discurso abolicionista serve como um instrumento para o aprimoramento da justiça restaurativa, tendo em vista que seus objetivos são convergentes.

⁹⁷ SANTOS, Hugo Leonardo R. *Incompatibilidades entre a justiça restaurativa...* Op. Cit. p. 45.

⁹⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa...* Op. Cit. p. 43.

⁹⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C; DE VITTO, Renato Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça / Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20, grifamos.

As ideias abolicionistas não podem ser simplesmente consideradas proposições utópicas, muito pelo contrário, devem ser entendidas como um *programa político efetivo*¹⁰⁰, no sentido de se buscar *alternativas viáveis para a falência do sistema criminal punitivista*.

Por isso, “os diferentes enfoques dos abolicionistas penais (...) conduzem ao delineamento de *passos fundamentais* a serem considerados para a *criação e a estruturação* de um sistema de justiça restaurativo”¹⁰¹.

Em nossa opinião, dentre as propostas abolicionistas, *destaca-se a vertente defendida por Louk Hulsman*, por suas semelhanças com os traços característicos da justiça restaurativa. De modo que, por meio de suas lições, torna-se mais clara a necessidade premente de abandono de uma cultura punitivista, por demais ineficaz, na qual não se resolvem concretamente os problemas ocasionados pelo crime.

Nesse sentido, as instâncias oficiais devem ser impulsionadas com o objetivo de, efetivamente, resolver as exigências dos envolvidos no problema. No entanto, acabam por reproduzir estigmas, em uma estrutura burocrática e formalizada. A justiça restaurativa, com sua proposta de informalização e aproximação dos interessados, poderia corrigir essas imperfeições do sistema punitivo, tendo em vista a oferta de soluções úteis para as situações problemáticas.

No mais, as práticas restaurativas possibilitam um efetivo diálogo entre os interessados no conflito, considerando que, como observou Hulsman, *a verdadeira pena pressupõe a concordância das partes envolvidas*¹⁰².

Para a concretização da justiça restaurativa, segundo Louk Hulsman, pode ser bem útil (necessária) uma mudança de enfoque a respeito do crime. Primeiramente, por meio da adoção de uma nova linguagem, na qual não se agreguem elementos estigmatizantes para os eventos e pessoas envolvidas.

Além disso é mister a compreensão de que o crime não é uma realidade por si mesma, pois está relacionado à opinião que os envolvidos tem a respeito do problema. É,

¹⁰⁰ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e sistema penal...* Op. Cit. p. 7.

¹⁰¹ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e sistema penal...* Op. Cit. p. 12, grifos do autor.

¹⁰² HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas...* Op. Cit. p. 87.

por isso, uma *construção cultural*, e por isso *pode ser perfeitamente desconstruído*, de maneira mais conciliadora, com a participação dos próprios interessados.

E é por isso que a justiça restaurativa fortalece enormemente a importância da vítima na resolução do conflito. Depois de tanto tempo esquecida pelo sistema de justiça criminal, com o novo modelo restaurativo, passa a vítima a ter protagonismo no deslinde dos problemas que lhe afetam.

Por fim, parafraseando Hulsman¹⁰³, a justiça restaurativa, assim como o abolicionismo, pressupõe uma significativa mudança na percepção individual acerca dos problemas sociais. Dessa maneira, *para a implementação da justiça restaurativa seria necessário um câmbio de percepções, atitudes e comportamentos*.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro*. In Anais do III Congresso internacional de ciências criminais: criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciacriminais/III/18.pdf>>. Acesso em 11/12/2013.

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

AMARAL, Érica Babini Lapa do. Bases teóricas da justiça restaurativa: uma abordagem conceitual. In Silva, Ivan Luiz da et al. (orgs.). *Ciências criminais no século XXI*. Recife: UFPE, 2007.

BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. Relembração de Louk Hulsman. In BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2006.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: crítica criminológica aos fundamentos do *potestas puniendi*. In _____ . *Antimanual de criminologia*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰³ HULSMAN, Louk. *Temas e conceitos... Op. Cit.* p. 212.

_____. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *In Revista brasileira de ciências criminais*, n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. *In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCRIM, 1997.

_____. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy.* Oregon: Wipf & Stock, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, 22^aed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCRIM, 1997.

KOSOVSKI, Ester. Saudades de Louk. *In BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (orgs.). Tributo a Louk Hulsmann.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? *In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.). Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCRIM, 1997.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, 7^aed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática.* São Paulo: IBCCRIM, 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In SLAKMON, C; DE VITTO, Renato Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (orgs.). Justiça restaurativa.* Brasília: Ministério da Justiça / Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20, grifamos.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Hugo Leonardo R. Incompatibilidades entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal. *In Revista síntese de direito penal e processual penal*, n. 80. Porto Alegre: Síntese, 2013.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*, 3^aed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade (restorative justice): instrumento de proteção e defesa dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, 4^a ed. Revan: Rio de Janeiro, 1999.

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

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO EXERCÍCIO DE CIDADANIA E SOLIDARIEDADE

Juliana Guedes Alves¹⁰⁴

1 INTRODUÇÃO.

A Justiça Criminal depara-se com o desafio de apurar práticas criminais, punir os agressores, para que reequilibre-se o cenário social maculado pela prática delitiva. Ocorre que as vítimas sempre ficam relegadas a um papel de meros expectadores, muitas vezes contemplando um cenário de impunidade, longe da reparação, e o ofensor muitas vezes depara-se com uma passividade que lhe é conveniente, já que torna-se próxima da impunidade. A evolução nas práticas penais num contexto internacional impõe a reformulação de velhas práticas punitivas, implantando novas propostas no cenário da justiça criminal.

A Justiça Restaurativa apresenta-se no âmbito da justiça penal com o propósito de humanizar as práticas da justiça criminal, atraindo o envolvimento das vítimas na busca da reparação, servindo como proposta de avanço por mostrar-se mais operante na reinserção de seres humanos, o que a justiça retributiva não vem alcançando.

O novo modelo de justiça criminal apresenta-se com a finalidade de reequilibrar as relações entre os cidadãos envolvidos pela prática criminosa (vítimas, a coletividade e o Estado), fomentando uma cultura de solidariedade e paz, despertando o exercício da cidadania, sobretudo como dever, para que haja o engajamento de todos na busca pelo equilíbrio social.

¹⁰⁴ Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba; Professora do Centro Universitário de João Pessoa - Unipe; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba; Especialista em Direito pela Faculdade Integrada da Paraíba; Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. E-mail: juguedesalves@gmail.com

Diante do exposto, este artigo pretende apresentar a Justiça Restaurativa e seu papel de aproximação entre cidadãos envolvidos no cenário de prática criminosa, atraindo a atenção para a promoção da cultura de paz por meio da cooperação e solidariedade, fortalecendo-se o papel dos envolvidos na busca da humanização do processo de reparação como pleno exercício da cidadania.

2 CARACTERIZANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DOS CONCEITOS DE CIDADANIA E SOLIDARIEDADE

Surge um mecanismo inovador de justiça, observando-se que a prática delituosa compreende uma violação a direitos pessoais e coletivos, e, a partir daí, busca-se a recomposição deste cenário para o alcance de paz social e reinserção do criminoso.

Os modelos embrionários da Justiça Restaurativa foram desenvolvidos em países cuja tradição remontam ao sistema *common law* e, embora não tenhamos legislação própria regulamentando o tema, o arcabouço normativo brasileiro apresenta modelos periféricos de práticas restaurativas, a exemplo do Estatuto da Criança e Adolescente, da Lei dos Juizados Especiais e do próprio Código Penal. (SILVA, 2009, p.34)

Verifica-se que, a partir de esforços de organismos internacionais, alguns países, através de seus Ministérios da Justiça, tentam aplicar projetos modelos de Justiça Restaurativa para a humanização da justiça penal, em detrimento da justiça retributiva.

Nesse contexto, com a introdução no ordenamento jurídico pátrio da denominada Justiça Restaurativa, emerge a possibilidade de construção de uma forma própria com práticas que possibilitem a reinserção das pessoas em conflitos penais, passando a integrá-las, inclusive, no processo de reparação pelos danos que promoveram.

A inserção destas práticas restaurativas, não se mostra possível sem o engajamento dos cidadãos envolvidos. Ocorre, que esta prática não se mostra fácil, pois estamos falando de vítimas agredidas que precisam, para que a prática restaurativa funcione, integrar-se com o agente causador do seu dano.

Indubitavelmente, a mudança pretendida com o novo paradigma de justiça penal apresenta obstáculos intransponíveis se pensada a prática a partir de sentimento de individualismo. Há que se destacar os benefícios sociais que as práticas restaurativas

podem oferecer, mas estes também não se mostram suficientes a convencer e atrair o envolvimento da vítima e/ou agressor no processo.

Com a transformação de paradigmas os conflitos passam a ser resolvidos entre causador e vítimas, e este emponderamento da solução pode viabilizar o alcance da paz social e consequente reequilíbrio social.

Por suas características o novo modelo de justiça chega a ser chamada ainda de “Justiça de Proximidade”, indicando por sua vez a necessidade de aproximação dos envolvidos diretamente para que juntos, integrados, cooperando alcancem a solução.(SILVA, 2009, p.34)

Urge, asseverar que a proposta da Justiça Restaurativa guarda relação direta com a construção e afirmação histórica dos Direitos Humanos, sobretudo para a construção de uma cidadania voltada ao exercício/dever de solidariedade.

A construção da Justiça Restaurativa carece do fortalecimento da cidadania através da cultura de dever que esta impõe, considerando que o cidadão deve contribuir para o bem estar em sociedade, considera-se necessário que este compreenda seu papel no empoderamento da busca da responsabilização criminal.

Para Marshall (2007, p. 37):

La ciudadanía es aquel status que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales em cuanto a los derechos y obligaciones que implica. Aunque no existe um principio universal que determine cuáles son los derechos y obligaciones, las sociedades donde la ciudadanía es una institución em desarrollo crean la imagen de una ciudadanía ideal que sirve para calcular el éxito y es objeto de las aspiraciones.

A medida que o cidadão é detentor de direito deve estar a par de seus deveres, para que a cidadania possa desenvolver-se de forma ideal, assim como possa o cidadão integrado construir sua própria cidadania, a partir de suas próprias aspirações e necessidades. Desta forma a cidadania será potencializada, é que se pretende também na construção de práticas restaurativas, já que o cidadão que teve o direito violado poderá revelar suas necessidades e expor e como pretende a reparação.

Ao passo que se manifesta o exercício de uma cidadania participativa aumenta-se a possibilidade do cidadão cumprir sua função social, desprendendo-se de interesses

essencialmente particulares. A cidadania moderna representa um conjunto de três características, conferindo direitos e deveres, para respeitar a coletividade política. (MOUFFE, 2012)

Popular é a concepção que a cidadania alcança direitos, muitos desprendendo dela a necessária compreensão de que para cada direito um dever. Poucos são os que se apresentam aptos a comprovar o exercício de deveres, tornando-se apto a exigir os tais direitos. O cidadão que não assume responsabilidade pelos resíduos produzidos e exige um ambiente equilibrado e livre de desastres, o contribuinte que não recolhe imposto, sonhando-o e exige a contraprestação do Estado. Esta cultura é demais presente no Brasil, exigir direitos, sem o exercício completo da cidadania.

Na lição de Sorto, (2011, p. 101):

Tornou-se lugar comum definir cidadania a partir da emblemática sentença de Hannah Arendt de que “Cidadania é o direito a ter direitos”. Tudo a favor, não fosse a incompletude dos que a empregam. Complemente-se, pois, dizendo que se há direitos, de um lado, são necessários deveres em relação à comunidade política a que pertence o cidadão, da outra parte. Logo, cidadania é aceção ativa e de permanente vinculação temporal e espacial com a comunidade política, por tal motivo não há usufruto de duas ou mais cidadanias simultaneamente, salvo em casos suplementares, como é o da cidadania europeia, que é complementar à que já usufrui o nacional de qualquer Estado da União Europeia.

A medida que a cidadania se desenvolve promoverá a integração social, pois não há cidadania sem a concepção de que todos os cidadãos devem estar inseridos em sociedade, comungando do espírito de cooperação e solidariedade. Esta pode se dizer integrada na cidadania, já que a solidariedade pode ser considerada um dever de mútua assistência.

Percebe-se que a cidadania vai atrair a todo instante a solidariedade como essencial para equilibrar as necessidades de cada indivíduo, possibilitando a harmonia já que nem sempre as necessidades poderão ser alcançadas por todos.

A solidariedade pode ser definida como:

Relação que é conteúdo da chamada responsabilidade social na qual todos são responsáveis por todos e por cada um. Não é portanto, um tipo de altruísmo puro, mas condição da própria existência humana.(...) O conceito de solidariedade tem

sua gênese na idéia clássica de amizade, tratando-se em particular de um tipo próprio de amizade, a amizade política, ou amizade cívica. (DI LORENZO, 2010, p. 133)

Não se exige que a solidariedade seja algo tão voluntário que beire o altruísmo, mas despertar-se a necessidade que esta esteja presente ainda que para construir um cenário de equilíbrio, apenas possível se todos se engajarem na proposta. Ao passo que também não se afasta a possibilidade de outros comportamentos se apresentarem maquiados para que se confundam com a solidariedade, obtendo injustamente suas conquistas. É mister considerar o necessário equilíbrio para não exigir a origem altruísta para a solidariedade, bem como afastar a concessão de ajuda com o nítido interesse em obtenção de vantagem direta. É admissível o alcance de vantagens a partir da conduta solidária, mas estas se apresentam a longo prazo e, principalmente, não rende vantagens apenas a quem a pratica, já que ela partirá de um propósito de cooperação, pensando sobretudo em um bem maior.

Desta feita, a cidadania participativa será construída a partir de práticas solidárias, sendo o espírito de cooperação próprio do bom cidadão, aquele que pode exigir o arcabouço de direitos porque ajuda no plano de construção deles, bem como submete-se ao exercício de deveres. Este exercício de cidadania oferecerá a prática restaurativa para aquele que ofendido por uma prática delitiva oferece-se, inclusive, expondo-se a construção de uma solução que reequilibre o cenário social maculado pela ofensa, experimentará o engajamento com o ofensor, buscando além do seu castigo a construção da consciência da cultura de responsabilidades.

2. JUSTICA RESTAURATIVA A PARTIR DA PRÁTICA DE CIDADANIA E SOLIDARIEDADE

A implantação da Justiça Restaurativa como alternativa de enfrentamento da inoperância do sistema retributivo e da incansável busca humanizante do tratamento conferido aos envolvidos nos conflitos penais e prisionais, permite a construção de um ambiente que integra os cidadãos em plano de cooperação e solidariedade.

Sabe-se que há uma constante evolução na justiça penal por alternativas penais ao encarceramento. A Justiça Restaurativa apresenta-se neste cenário como evolução que não só busca reduzir a criminalidade, mas, principalmente, o impacto dos crimes sobre o cidadão, preenchendo necessidades reclamadas frequentemente em sociedade.

Nessa perspectiva, fomentar a integração entre os envolvidos demonstrará exemplo de prática de solidariedade, e o reconhecimento desta aproximação dos indivíduos, despertará a consciência para o exercício de cidadania.

A “Justiça de Proximidade” retrata a possibilidade de empoderamento da solução dos conflitos por parte dos envolvidos, pois estes podem resolver entre si, de forma espontânea e consentida, as conseqüências decorrentes da prática criminosa.

Destarte, atrair a vítima, quando possível, sem oferecer novos riscos, para que ela junto ao Estado e agressor construam a solução para o conflito, será possível se reconhecermos que esta prática é exemplo de dever de cidadania. Como desenvolver o espírito de cooperação do ofensor que muitas vezes sequer encontra-se presente.

Inicialmente, urge reconhecer a diferença de papéis do agressor e vítima, diferentes e opostos, inicialmente, a integração destes sujeitos inicia-se a partir do reconhecimento de suas diferenças, não podendo ignorá-las, ou compreendê-los em plano igualdade. E embora desiguais é preciso reconhecer que o conflito entre eles é também a fonte de integração entre os mesmos, sem que se estabeleça hierarquia entre eles já que o agredido poderá desenvolver o ímpeto de condenar como prática de opressão e sentir-se hierarquicamente superior.

Inócua é a tentativa de igualar os sujeitos que se apresentam diferentes, porque estas diferenças devem ser compreendidas, inclusive para tentar alcançar a origem do conflito, no caso a prática delitiva. No caso incabível o argumento integrador de que todos são seres humanos e iguais, pois a vítima concebe a idéia de que é melhor que o ofensor, posto que este lhe causou o mal e por isso deve ser castigado. O ofensor também apresenta-se em plano de diferença do agredido, as vezes em situação socioeconômica favorecida, o que legitimaria sua conduta de violência, fruto de uma relação oprimido e opressor.

O reconhecimento das diferenças entres os sujeitos envolvidos na prática punitiva será fase inicial para a propositura de diálogo entre os envolvidos, bem como a essencial

para a construção de um plano de cooperação e solidariedade. Ao passo que a medida que o plano de reconstrução do cenário social violado avança mostra-se imperioso respeitar as diferenças, não esquecendo-as pois estas evidenciarão o papel de cada um na condução de um plano integrativo.

Alerta Dumont (1985, p. 275):

Fala-se muito de “diferença”, da reabilitação daqueles que são “diferentes”, de uma maneira ou de outra, de reconhecimento do Outro. Isso pode significar duas coisas. Na medida que em que é uma questão de libertação, de direitos e oportunidades iguais, da igualdade de tratamento das mulheres, ou dos homossexuais, etc. – e esse parece ser o alcance principal das reivindicações apresentadas em nome de tais categorias – não existe qualquer problema teórico. Cumpre somente assinalar que, num tratamento igualitário desse gênero, a diferença é deixada de lado, negligenciada ou subordinada, e não reconhecida. Como a transição é fácil da igualdade para a identidade, o resultado a longo prazo será provavelmente uma supressão das características distintivas na acepção de uma perda do sentido ou do valor atribuídos precedentemente às distinções correspondentes.

Na reflexão de Dumont admitir-se-á a hipótese de vítima não se sentir segura diante de um contato direto e irrestrito com o agressor, este receio poderá afastar a vítima de qualquer iniciativa restaurativa.

Ao passo que em plano de cidadania, deve-se considerar que os dois tem direitos e deveres, já que a construção da cidadania necessariamente dependerá do seu exercício, a vítima deve compreender que também tem deveres. Tal missão não é fácil pois aquele que tem o direito violado não terá facilidade de compreender que ela deve, compreendendo que o único devedor é o agente causador do dano.

O dever da vítima consistirá em seu envolvimento no processo de recomposição do cenário social violado, de forma solidária, como exercício de sua cidadania. E como tal inafastável, a voluntariedade é requisito para a prática restaurativa, mas possível é considerar que esta voluntariedade pode ser desdobramento natural do dever de solidariedade, esta por sua vez dever decorrente da cidadania.

O direito à busca da reparação leva a vítima a condição de ter deveres, ligando-o diretamente a sua própria cidadania, e embora fomente-se a cultura que a cidadania confere direitos ressalte-se que esta gera deveres.

Neste sentido, afastar-se-ia um dos grandes entraves para a propositura de práticas restaurativas, qual seja a falta de voluntariedade de vítima e agressor se envolverem no processo, já que ambos estariam sendo exigidos na prática, exercitando sua cidadania.

Ao passo que a cidadania exige deveres é preciso considerar que caberá ao Estado o papel de potencializar esta cidadania, conferindo aos cidadãos meios de exercitarem esta cidadania. Desta forma, não é viável que a vítima seja obrigada a cooperar, a apresentar-se solidária frente ao agressor, sobretudo porque o temor do agressor não desaparecerá fortuitamente.

O Estado proporcionando o aparelhamento do judiciário com estrutura física, a formação de profissionais conhecedores de técnicas de mediação em conflitos, bem como oferecendo segurança a vítima poderá então exigir que esta em tempo razoável demonstre sua participação no processo.

No entanto o descrédito nas instituições públicas parecem afastar a credibilidade de uma proposta de justiça que exigirá da vítima seu envolvimento solidário quando não se tem certeza se o Estado cumprirá com seus deveres.

Em comentário a longa marcha da democracia brasileira asseverou Santos (2007, p. 34):

O mal-estar das análises contemporâneas se escora no comportamento recente do eleitorado nos países de Primeiro Mundo, na crescente descrença na legitimidade e eficácia das instituições, sobretudo políticas – partidos e parlamentos- e na rarefação nos laços de solidariedade social.

Este descrédito também é atribuído a Justiça Criminal. O desafio é a construção de uma Justiça Criminal, instruída a partir do modelo de Justiça Restaurativa, mantendo-se o dever de proteger a sociedade, centrando o seu papel na definição de estratégias de como punir o indivíduo diante de sua infringência, considerando preponderante a “retomada e reforçamento das soluções privadas na punição, com relevância do papel da vítima”. (SILVA, 2009, p. 28).

Há algum tempo já se propala a situação caótica do modelo atual de justiça penal, sobretudo quando adota o processo retributivo como parâmetro de reprimenda, o qual oferece o isolamento carcerário como forma de livrar a sociedade do mal (agente causador do dano).

A regra adotada pelo sistema é imputar a pena de detenção ou reclusão como um castigo. “A pena é a sanção formal imposta pelo Estado, detentor do poder punitivo, como resposta pelo crime, sendo um dos meios de controle social por sua força coercitiva, e por transmitir a falsa idéia de manter a ordem, a pureza e a razão.” (SALIBA, 2009, p. 42)

Ademais, este matriz esta ligada a imposição de castigos rotulados como penas, muitas vezes sem qualquer retorno à vítima ou a sociedade, na velha concepção que “uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar” (FOUCAULT, 2009, p. 31/32)

Nessa ótica, a justiça criminal é exercida de forma superficial, não buscando reparar os danos causados às vítimas, mas retribuir ao acusado o mal que este causou. Há na justiça penal brasileira uma cultura de que o infrator deve ser castigado, embora não seja estabelecida conexão que ligue este suplício à reparação da vítima, que permanece excluída do processo da justiça penal retributiva. Este modelo de justiça deve ser superado em detrimento de um novo modelo para a justiça pena, visto que “O Direito Penal não é simplesmente um conjunto de normas estáticas ordenadas esteticamente, mas sim faz parte de um sistema complexo e dinâmico ao cumprir funções concretas dentro da relação social.” (BRAGA, GRECO, 2011, p.143)

Segundo Saliba (2009, p.82):

Dentro do sistema prisional o criminoso incorpora os padrões sociais do cárcere, agindo em acordo com as regras impostas dentro da instituição pelos agentes de controle e demais condenados, o que provoca distanciamento com o grupo social do qual era originário (comunidade) e foi retirado para o cumprimento da pena, bem como da sociedade, numa visão geral. Por isso, não se mostra possível a reinserção com a exclusão.

Para reverter a “brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal” existem inúmeras propostas de modelos penais, surgindo, pois, a Justiça Restaurativa da “necessidade da adoção de um modelo de justiça que viabilize a (re)construção de um sistema penal de maior eficiência e funcionabilidade” (SILVA, 2009, p. 113).

A referida autora estabelece ainda a conexão entre os Direitos Humanos e a inovação deste modelo apresentando uma nova forma de pensar a justiça penal.

No cenário internacional, este modelo de justiça foi construído em experiências locais, muitas vezes tribais, que buscam integrar ao processo de reparação os envolvidos nos conflitos, concedendo a estes o empoderamento da solução. Tais modelos, foram desenvolvidos em vários países como na Nova Zelândia, Canadá, EUA e até Colômbia. (SLAKMON, 2005 p. 13). Ressalte-se que a tribo é comum o senso de cooperação, o que deve ser fomentado para êxito destes processos de reparação, pois sem envolvimento dos sujeitos não há formação do novo modelo.

No Brasil, esse modelo “foi introduzido através das leis 9.099/95 e 10.259/2001, as quais dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente”. (SANTANA, 2010, p. 48). Atualmente as práticas restaurativas avançam em estudos acadêmicos, encontrando ainda muita resistência na prática judiciária.

A Organização das Nações Unidas, esforçando-se para encorajar a adoção e prática deste modelo pela comunidade internacional, apresentou a resolução 1999/26, em 1999, a Resolução 2000/14, em 2000, e, por fim, adotou, através do Conselho Econômico e Social, a Resolução 2002/12, em 24 de julho de 2002. Esta última, lança princípios norteadores às práticas de Justiça Restaurativa em matéria criminal e reconhece que a utilização deste modelo não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar os acusados por crimes, mas apresenta a Justiça Restaurativa como complemento aos sistemas de justiça criminal.

A referida resolução destaca ainda que os modelos tradicionais de Justiça Restaurativa se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêm, enfatizando que a Justiça Restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, construindo o entendimento e promovendo harmonia social (REVISTA JUSTIÇA 21, 2013).

A ONU fomenta a cultura de solidariedade entre as pessoas “a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. (COMPARATO, 2007, p. 39)

Nesse diapasão, a resolução traz uma série de novidades, dentre as quais se destacam a nova conceituação dada à Justiça Restaurativa, ampla e própria para ser aplicada em qualquer estágio do sistema da Justiça criminal, desde que compatível com a legislação local. É a possibilidade de tal prática ser implementada no centro da Justiça criminal, consistindo, pois, como paradigma da justiça criminal, e não como mera possibilidade voltada a partes específicas da justiça.

Nesta seara, a utilização da Justiça Restaurativa é estimulada para servir de grande valia para a concretização dos direitos humanos, já que a valorização da vítima no processo de integração dos envolvidos nos conflitos sociais, promove a transformação de cultura, alcançando ambiente de cooperação e solidariedade.

É o que apresenta Amaral (2005, p. 339) como alternativa às penas clássicas como nova tendência de política criminal:

A crise da pena privativa de liberdade e o fracasso das almejadas finalidades preventivas gerais e especiais, somados ao ressurgimento da preocupação com a vítima do delito, deram lugar à proposta de um sistema de reação e tratamento do delito que pugna pela solução conciliatória do conflito exteriorizado pelo crime, inserindo outras perspectivas sociais, cuja mais relevante é a reparação do dano causado à vítima. Dessa forma, acredita-se, será alcançada a pacificação das relações sociais.

Ademais, através da implementação de um modelo próprio de Justiça Restaurativa, como principal elemento de Justiça criminal, é que se poderão ampliar as inovações desta prática, inclusive promovendo o exercício da cidadania e desenvolvimento de solidariedade.

No Brasil, a Carta de Araçatuba, texto posteriormente confirmado pela Carta de Brasília, representa um marco para o sistema restaurativo brasileiro. Os princípios lá elencados não são exaustivos, já que a justiça restaurativa funda-se na mobilidade e adequação aos interesses dos envolvidos, embora ressalte a importância de “sua delimitação mínima para se manterem características originais e não se permitir um desvio das idéias sedimentadoras desse novo modelo”. (SALIBA, 2009, p. 150).

Embora diretrizes da Justiça Restaurativa ainda não se encontrem regulamentadas, a legislação brasileira já admite práticas que representam a abertura do ordenamento para a

nova realidade. Com efeito, o arcabouço jurídico possibilita, de maneira expressa, a formação de uma justiça criminal de reinserção social, valorizando os princípios constitucionais para a perpetração dos direitos humanos.

Todavia, insta ressaltar que parte da doutrina entende que, ao projetar a Justiça Restaurativa como novo paradigma da justiça criminal, estar-se-ia por oferecer risco à Justiça Retributiva, ainda necessária, diante da incompatibilidade do crime às práticas restaurativas, apresentando como resultado o afastamento da competência dos Estados responsável pela justiça criminal, fato que, inexoravelmente, confrontaria o móvel da Lei Maior.

Por outro lado, é de bom alvitre ressaltar que a inserção de tais estruturas no contexto da Resolução 2002/12 da ONU, certamente serviria como um eficiente modelo de justiça central, capaz de suprir as dificuldades deixadas pelo sistema retributivo, mormente no tocante à falta de reinserção de todos os envolvidos na prática do delito, sobretudo resgatando a vítima e apresentando-lhe a reparação construída a partir de suas necessidades. Saliente-se ainda que não se pretende substituir os modelos já tradicionais.

Segundo Silva (2009, p. 119), trata-se de uma necessária transformação de paradigmas:

Da mesma forma que a modernização dos serviços públicos e dos modos de regulação política parece exigir a substituição da estrutura autocrática e hierarquizada de tomada de decisão por um modelo mais horizontal de *gouvernance*, a modernização da prestação jurisdicional no âmbito penal parece requerer a substituição do modelo tradicional centrado na defesa da ordem pública e, por consequência dessa ênfase, com total alijamento da vítima do respectivo cenário de seu sistema de justiça criminal, por uma “justiça de proximidade” mais humana, mais simplificada, mais próxima do cidadão, apta a resgatar, principalmente, a cidadania da vítima através do novel olhar sobre ela lançado.

Desse modo, revela-se de suma importância uma abordagem mais aprofundada das questões trazidas a lume, especialmente quando se constata a construção de um modelo de Justiça Restaurativo periférico, voltado para as Varas de Infância e Juventude, sendo normalmente este o discutido pela literatura pátria, mostrando que a expansão desse

conceito, para as Varas de Execuções de Penas Alternativas, ainda apresenta certa carência na abordagem doutrinária.

3. A INTEGRAÇÃO DO CIDADÃO NO PREOCESO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante dos constantes estudos sociais mostra-se quase impossível a ausência de conflitos, mas há que se despertar para a cultura de responsabilidades, o que atrairá a consciência para o dever de reparar, engajamento que será construído a partir do exercício de uma cidadania que exige a solidariedade.

As relações decorrentes das práticas criminosas, apresentam tantas consequências negativas quanto guerras deflagradas entre dois ou mais países. E apesar de inexistir a possibilidade de alcançar o doce sonho de paz absoluta, resta-nos despertar e fomentar práticas que estimulem a paz. (KANT, 2005, p.3)

O cidadão deve no exercício de sua cidadania encaminhar-se para ações que construam uma coletividade mais solidária.

La práctica de La ciudadanía depende de hecho de La reactivación de una esfera pública en La cual los individuos puedan actuar em conjunto y participar em La deliberación común de temas que afectan La comunidad política. Em segundo lugar, La práctica ES esencial para La constitución de una identidad pública basada em los valores de solidaridad, autonomía y El reconocimiento de La diferencia. La ciudadanía participativa también es esencial para El logro de una agencia política efectiva, dado que permite a cada individuo tener cierta repercusión em las decisiones que afectan El bienestar de La comunidad. (ENTREVES 2012, p. 213)

Desta feita ao passo que a construção de uma cidadania participativa em sua prática exigirá os deveres dos cidadãos, outrora acomodados a situação de exigência de direitos e atribuição a todos os conflitos ao Estado, único responsável pelo evento e por sua solução. Este dever de cooperação surge como alento à inoperância de velhos sistemas que excluem o cidadão do empoderamento da decisão.

Para (Kant, 2005) se existe um dever ao mesmo tempo existe a esperança de um progresso ao infinito para tentar se aproximar da paz perpétua.

Não se propõe a construção de um plano imediato de paz, mas a permanente busca desta, através de um modelo de cidadania participativa, esperando que o aparecimento dos conflitos em sociedade sensibilize a participação de todos para recomposição do cenário de violência.

Nesse modelo de busca pela paz, Bobbio (1991, p. 55) apresenta o pacto de não agressão entre os indivíduos:

O fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não agressão de cada membro com todos os outros, e a obrigação de obedecer às decisões coletivas tomadas com base nas regras de jogo pré-estabelecidas de comum acordo. A principal delas é a que permite resolver os conflitos, que surgem de quando em quando, sem recorrer à violência recíproca. Mas tanto o pacto negativo, de não agressão, como o positivo, de obediência, precisam ser garantidos por um poder comum, para que sejam eficazes além de válidos. Com o pacto de não agressão recíproca os indivíduos abandonam o estado natureza; com o pacto de obediência às regras estabelecidas de comum acordo eles constituem uma sociedade civil. Contudo, só instituindo um poder comum dão vida a um Estado – que não é necessariamente democrático.

Bobbio (2011, p. 55) apresenta este pacto e reforça a sua construção em plano internacional, e embora o texto refira a uma época distante, ainda vem sendo bastante fomentado no plano internacional, formando um pacto através das Nações Unidas. A preocupação com a construção de um ambiente de paz não é local ou regional, mas global, sempre fomentando a composição de pactos, não agressividade, participação na construção de decisões coletivas, isso atrairá composição dos envolvidos, legitimando as decisões que emanam de uma coletividade.

É o que reforça Santos (2007 p. 46):

O cidadão de um governo legítimo consente e, pois, obedece sem, necessariamente, concordar. O poder que além de consentimento e obediência, empenha-se em extrair concordância torna-se, *ipso facto*, autocrático. De tempos em tempos, a correta doutrina de que a obediência a um governo legítimo não significa, automaticamente servidão, é sutilmente substituída pela doutrina de que a obediência implica adesão às razões últimas do comando obedecido. A obrigação de obediência à lei legítima, ou seja, àquela produzida segundo procedimentos reconhecidos como válidos, é suplantada pela exigência de concordância com as razões do comando.

Por óbvio que quando o ordenamento jurídico na seara criminal legitima que o juiz processante condene e a pena seja executada pelo juízo da execução a pena será acatada por todos, quando não possível reverter através de recurso processual próprio, mas não significa que os agentes, vítima e agressor, concordem que foi a melhor decisão, ou que seja a mais eficiente na reparação. Ao passo que quando a solução para a reparação criminal surge do diálogo dos envolvidos esta não só é legítima, mas fruto de adesão das partes interessadas.

A violência nas cidades brasileiras, sejam pequenas ou grandes é uma constante preocupação dos cidadãos, que sentem-se desamparados pelo Estado ao ver índices alarmantes de violência, despertando o interesse de todos melhorias na segurança pública. A criminalidade permeia um ciclo vicioso, posto que há entre os agentes causadores de delitos uma total consciência de responsabilidades, em alguns crimes o réu sabe que quando muito irá ser condenado a prática de serviços à comunidade. Considerando que esta comunidade, nem sempre foi a que ele visitou quando da prática criminosa, o agressor sequer conviverá com a realidade da vítima, não se coloca em seu lugar, ou sofre a sua dor, muitas vezes sequer considera o que fez como errado, já que na maioria das vezes fora criado também sem qualquer referencial moral.

Já a vítima, ainda atormentada não poderá ser forçada a integrar-se com aquele que lhe causou sofrimento físico, moral ou apropriou-se de seu patrimônio, considerando que o crime de roubo não é sequer considerado contra a pessoa, já que insere-se entre os crimes contra o patrimônio. Em nosso sistema atual a vítima terá direito e será afastada do agressor, temendo o reencontro já que este dificilmente se recuperará.

A proposta da Justiça Restaurativa deve despertar a cidadania da vítima, não para aceitar integrar-se ao réu, mas integrar-se no processo que busca a sua reparação, exercendo, o dever de cooperar para a recomposição do cenário social maculado, expondo seu sofrimento para a conscientização do réu, para quem sabe despertar também nele a sua cidadania. Quando nos deparamos com a condenação sem chance de arrependimento, expurgando o criminoso da sociedade nos esquecemos que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente a prisão perpétua o que indica o retorno em breve daquele que sente-se em um ciclo vicioso como única alternativa.

Desta feita, a adesão ao modelo de Justiça Restaurativa por parte da vítima não passa, necessariamente, por aceitar um retorno a um convívio com seu agressor, mas sua exposição para tentar convencê-lo da verdadeira reparação, conhecendo seu sofrimento, sensibilizando-o. Isso, não com o espírito de mera caridade, mas levado pelo temor que novo encontro casual oferecendo novo ciclo de violência, conviver com o agressor para tentar melhorá-lo.

O temor faz o indivíduo limitar sua plena autonomia, preferindo viver em cooperação e integrado, e faz isso pensando desfrutar de certa segurança, limita a sua liberdade em troca de outras garantias. (SANTOS, 2007,p.50)

A cooperação social pode mostrar-se como uma solução na reformulação de velhas teorias, velhos sistemas pautados em uma sociedade desagregada, desperta-se a necessidade de ver o indivíduo entre iguais, despertando para o exercício da cidadania.

Na visão de Nussbaum (2012) para melhor admitir a vida em plena convivência social, pode-se pensar em capacidade que confeririam as pessoas pleno desenvolvimento humano, que seriam requisitos básicos para uma nova vida digna, entre as referidas capacidades, destaca-se a *afiliación*. Nesse diapasão as pessoas devem viver com e para os outros, interagindo socialmente. Se desperta a reflexão que a capacidade de colocar-se no lugar do outro não apenas humaniza, como também confere dignidade, além do que, fortalece o processo de cooperação entre as pessoas, que passam a construir juntos, integrados socialmente, melhores respostas a violação de direitos a par também da construção de uma consciência sensível apta a gerar cultura de responsabilidade. O agente causador do dano pode enriquecer-se humanamente ao sentir a dor que impôs ao outro, mas esse processo carecerá de política pública integradora já que muitos sequer compreendem as suas ações.

É o que retrata Arendt (1983, p. 245) , ao debruçar-se sobre a natureza humana, p. 245:

Os homens sempre souberam que aquele que age nunca sabe exatamente o que esta fazendo; que sempre vem a ser culpado de conseqüências que jamais desejou ou previu; que por mais desastrosas e imprevistas que sejam as conseqüências do seu ato, jamais poderá desfazê-lo; que o processo por ele iniciado jamais termina inequivocadamente num único ato ou evento, e que seu verdadeiro significado jamais se revela ao ator, mas somente a visão retrospectiva do historiador, que não participa da ação.

Ao passo que a justiça criminal de forma caótica espalha a cultura de impunidade facilmente encontraremos vítimas com sede de justiça, cidadãos que se curvarão ao exercício da cidadania, ainda que através do dever de integrar-se no processo para a busca de reparação. Fatalmente a vítima encontra-se ligada ao ofensor por vínculo gerado a partir do cometimento do fato, e poderá continuar ligada por sede de justiça, necessidade de buscar uma alternativa que lhe atribuir dever-poder na busca da reparação. Ocorre que esta deve ser educada para alcançar a conscientização do seu agressor e não a imposição de castigo, afastando a cultura de ódio, rancor, fomentando a paz social, integração, que será possível se o agressor mostrar-se arrependido.

Adiante Nussbaum (2012, p. 165) assevera que os seres humanos estão unidos por muitos laços:

Los seres humanos están unidos por muchos lazos: por lazos de amor y de compasión tanto como por lazos de beneficio, por el amor a la justicia tanto como por la necesidad de justicia. Las personas reales responden muchas veces de forma estrecha o arbitrariamente desigual a las necesidades de otros. Pero la educación puede ayudar mucho a volver más profundos esos lazos, más comprensivos y más imparciales.

Através da inserção de valores construídos a par de práticas restaurativas na formação do cidadão e dos profissionais de direito desenvolver-se-á uma cultura de paz e compreensão, alternativa eficaz a inoperância de um sistema repressor e desintegrador, já que a impunidade afasta a vítima que se sente ridicularizada e o agressor banaliza o sofrimento alheio, pois sequer o conhece ou respondeu por ele de forma consciente. Inspirar integração entre agentes com papéis tão antagônicos mostra-se uma missão difícil, pois afastar da vítima o espírito de vingança ou a grata e árdua missão de perseguição para que o agressor também sofra as consequências da sua prática delitativa é afastar a cultura de reparação conhecida por todos os cidadãos que se deparam com o modelo de justiça retributiva.

A medida que haja a educação a par de valores restaurativos, criar-se-á a cultura de paz reconhecendo que melhor que punir é reintegrar a partir do desenvolvimento da conscientização do dever de reparação, revertendo o cenário violado pelo ato de violência aparentemente responsável por danos irreversíveis.

Reconhecendo a condição humana Arendt (1983) apregoa que: a única solução possível para o problema da irreversibilidade – a impossibilidade de desfazer o que fez, embora não se soubesse nem se pudesse saber o que se fazia – é a faculdade de perdoar.

Continua Arendt (1983, p. 252) a afirmar que:

O perdão é o exato oposto da vingança, que atua como re-ação a uma ofensa inicial, e assim, longe de porem fim as conseqüências da primeira transgressão, todos os participantes permanecem enredados no processo, permitindo que a reação em cadeia contida em cada ação prossiga livremente. Ao contrário da vingança, que é a reação natural e automática à transgressão e que, dada a irreversibilidade do processo da ação, pode ser esperada e até calculada, o ato de perdoar jamais pode ser previsto; é a única reação que atua de modo inesperado e, embora seja reação, conserva algo de caráter original da ação. Em outras palavras, o perdão é a única reação que não re-age apenas, mas age de novo e inesperadamente, sem ser condicionada pelo ato que a provocou e de cujas conseqüências liberta tanto o que perdoa quanto o que é perdoado. A desobrigação mencionada nos ensinamentos de Jesus sobre o perdão é a libertação dos grilhões da vingança, uma vez que esta prende executor e vítima no inexorável automatismo do processo da ação que, por si, jamais chega necessariamente a um fim.

A Justiça Restaurativa mostra-se, portanto apta a construção de ações de cidadania que pretendem a busca de uma reparação criminal efetiva, próxima a realidade da vítima, na tentativa de libertar o agressor e a vítima do ciclo de violência, que no sistema de justiça retributivo tende a existir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A motivação da Justiça Restaurativa deve ser a busca para o fim do ciclo de violência, a partir da construção de cultura de responsabilidades, livrando a vítima de seu sofrimento diante da impunidade ao alcançar a melhor reparação, longe da vingança, próximo da conscientização do dever de reparar.

O cidadão participativo adquirirá como recompensa a partir do desenvolvimento de práticas restaurativas, de forma voluntária e solidária a produção de consciência do dever de reparar no ofensor, que dificilmente retornará ao ciclo de violência, passando a

ser digno do perdão, este agregado de reparação e responsável pela reinserção social completa.

A simples submissão ao devido processo legal, apesar de livrar o cidadão, réu, do processo, nem sempre o leva a reparação do mal causado, pois tão

Deve-se fomentar que a exclusão de antecedentes criminais ocorra sempre com o alcance da reparação da vítima, assim poderão os dois lados envolvidos esquecer-se do cenário de violência e impedir que se formem ciclos intermináveis de conflitos.

A formação de profissionais qualificados e preparados para mediar os conflitos, cabe ao Estado, bem como a promoção e adoção deste novo projeto de justiça como proposta de solução para o ultrapassado modelo de justiça retributiva. Nesse sentido é crescente o interesse de pesquisadores e de instituições que tentam desenvolver alternativas à resolução de conflitos, a exemplo do recém criado Núcleo de Extensão e Pesquisa em Mediação de Conflitos da Universidade Federal da Paraíba.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Despenalização pela reparação de danos: a terceira Via. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ARENDT, Hannah. A condição Humana. The Human Condition, tradução de Roberto Raposo, Editora Forense Universitária Rio de Janeiro, 1983.

BOBBIO, Noberto, Três Ensaio sobre a democracia, tradução Sérgio Bath, editora Cardim & Alario São Paulo-SP 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo, Saraiva, 5ª rev. atual., 2007.

CRUZ, Lindalva Alves. Construção da Cidadania das Mulheres Trabalhadoras Rurais no Piauí. Disponível em: file:///C:/Users/Ju/Downloads/Prefacio_do_Livro.pdf, acesso em 25 de agosto de 2014.

DI LORENZO, Wambert Gomes. Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DUMONT, Louis. O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

KANT, Immanuel. Sobre La Paz Perpetua, 7. ed. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. Ciudadanía y clase social. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Losada, 2005.

MOUFFE, Chantal. Dimensiones de la democracia radical: pluralismo, ciudadanía, comunidad. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012.

NUSSBAUM, de Martha C. The Frontiers of Justice – Las Fronteiras de la justicia, traduzido por Ramon Vilá Vernis, caps I a IV e Albino Santos Mosquera (caps V a VII), editora Paidós, Barcelona 2012.

SANTANA, Selma Pereira de. Justiça restaurativa – a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral. Ed. Rocco, Rio de Janeiro 2007.

SLAKMON, C.; DE VITTO R.; PINTO R. org. Justiça restaurativa Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf, acesso em 05/10/2014.

SORTO. Fredys Orlando. La compleja noción de solidaridad como valor y como derecho. La conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. (Ed.). Solidaridad y derechos humanos em tiempos de crisis. Madrid: Dykinson, 2011. p. 97-122. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, 50).

Revista:

Justiça para o século 21: instituto de práticas restaurativas: Semeando Justiça e Pacificando Violências. org. BRANCHER, Leoberto; e SILVA, Susiâni. Porto Alegre, Nova Prova, 2008.

A EXECUÇÃO PENAL DE MEDIDAS E PENAS ALTERNATIVAS NO BRASIL: DA SEGREGAÇÃO À RESTAURAÇÃO

Maria Coeli Nobre da Silva¹⁰⁵

Sumário: 1. Introdução; 2. A pena de privação da liberdade em breve historicidade. 3. As penas e medidas alternativas no contexto da realidade brasileira: identificação legal, aportes doutrinários e perspectivas. 4. A Justiça Restaurativa nas alternativas penais: da segregação à restauração. 5. Considerações Finais. Referências

1. Introdução

A questão punitiva sempre se fez presente na humanidade ao longo de sua história, a desempenhar funções sociais, econômicas e políticas para atender a cada época. Desde os primórdios as pesquisas, sejam as antropológicas sejam as jurídicas, identificam ações punitivas - fundadas no senso de justiça de cada época -, para coibir comportamentos desviantes a não aceitáveis aos padrões culturais reinantes, a fim de manter a ordem existente.

Assente, ainda, que o monopólio sobre a pena e consequente publicização do Direito Penal coincide com o fortalecimento do ente jurídico e político que vem a ser denominado como Estado, ao avocar para si o direito de assumir a titularidade da punição. Essa intervenção do Poder soberano nos domínios punitivos ao se fazer plena, sub-roga-se no direito de punir (e de perdoar) com feição plenipotenciária. É assumido um modelo público punitivo a se impor, com primazia, pela intimidação e a repressão, através de apenações dolorosas, desumanas, culminando com a emergência do encarceramento como via punitiva central na ocorrência delituosa, como se assiste no hodierno. Vale lembrar que a prisão (subterrâneas masmorras, insalubres, infectadas, sem atender a nenhum princípio de higiene e de moral) toma forma de sanção, de pena autônoma quando a Igreja instaurou, com a prisão canônica, o sistema de solidão e do silêncio como penitência.

¹⁰⁵ Mestre em Direitos Humanos pelo PPGD/CCJ/UFPB. Doutoranda pelo Programa de os Graduação em Direito - PPGD/UNIFOR, área de Direito Constitucional. Professor Adjunto IV do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Sub Coordenadora do Projeto CAPES/CNJ ACADÊMICO “Alternativas Penais na perspectiva da vítima: Justiça Restaurativa como um novo paradigma da justiça criminal. Juíza de Direito do Estado da Paraíba, aposentada. e-mail: coelinobre@yahoo.com.br

Todavia, tal sistema oficial de justiça penal se degrada nos últimos séculos, instala-se a crise da pena privativa de liberdade, e, por extensão, do próprio sistema sancionador. Os novos horizontes abertos com a consagração e garantia dos direitos humanos provocam as mais diversas reações da comunidade à dor e aflição causadas pelo infamante confinamento, a exigir uma providencia reformadora tendente à uma retribuição proporcionada ao grau de reprovabilidade e à humanização das sanções penais.

Orientado por um novo pensamento que declara e protege o princípio da personalidade, a pena deixa de ser uma mera relação de causa e efeito – ofensa/resposta – e passa a ser trabalhada sob um projeto finalístico voltado para a melhoria do ser humano delinquente. É nesse contexto que exsurtem nas legislações do hodierno outras experiências substitutivas da pena privativa de liberdade, medidas idôneas a serem cumpridas sem a necessidade de segregar, de enclausurar e que são eficazes tanto em atender aos reclamos comunitários em defesa de seus interesses, pois responsabiliza o infrator, como por resguardar a este em sua dignidade humana.

O presente artigo, de conteúdo espartilhado ao tema referente à execução das penas e medidas alternativas, não tem a pretensão de abraçar, com empenho de verticalidade, todo o caminhar do Direito Penal em sua vertente punitiva. A modesta incursão delimitará seus passos no sentido das penas e medidas colocadas como alternativas frente à exclusiva e massificada utilização da pena privativa de liberdade que segrega o infrator em corpo e mente e o animaliza. Ao fazer esta caminhada sob a constatação do esgotamento do modelo punitivo de segregação os presentes estudos objetivam apresentar um novo modelo – o restaurador -, que se constitua como opção para uma política criminal humana, inteligente e criativa, um modelo de proximidade que reorganize papéis e valores na aplicação das penas, a se viabilizar com a adoção do sistema de justiça restaurativa.

2. A pena de privação da liberdade em breve historicidade.

Ao se fazer uma imersão no primitivo sistema de sanção, os registros doutrinários indicam tratar-se de um direito legitimado aos interessados. Segundo a lição de Ana Lúcia

Sabadell ¹⁰⁶ “no período da pedra lascada, a única norma geral de proibição existente era o incesto(que hoje muitas legislações já não punem). Qualquer outra lesão era considerada como problema a ser resolvido entre os interessados sem formas de punições preestabelecidas”.

Há um entendimento majoritário de que a resposta a uma agressão era deixada nas mãos da vítima e/ou de seu grupo, assim, realizando-se a justiça punitiva, enraizada na prática da vingança. Todavia, a menção feita à legitimidade privada para a sanção não é pacífica entre os autores. Há os que não aceitam a vingança dos particulares como origem da atividade repressiva, como é o caso de Sebastián Soler “De ella puede decirse que es una forma de pena, pero no parece que pueda elevársela hasta considerarla el origen mismo de la actividad repressiva”¹⁰⁷, e de René Ariel Dotti¹⁰⁸, quando assevera que “tanto a vingança de sangue como a perda da paz não caracterizavam reações singulares, mas a revolta coletiva”. A pena vai sendo institucionalizada como garantia com a evolução política da comunidade e na medida em que essa comunidade outorga poder de autoridade a um ‘chefe’ para aplicar castigos. Assim, a ‘pena pública’ descortina-se no cenário social ainda que, a princípio, esteja impregnada pela vindita.

O revisitar histórico em trato específico envolvendo a privação e/ou restrição da liberdade, os escólios de abalizada doutrina sustentam que tais práticas não existiam na antiguidade “como expressões autônomas de sanção”, pois as modalidades de isolamento eram impostas por outras razões, como referencia Elias Neuman¹⁰⁹. Para os romanos, segundo Francesco Carrara¹¹⁰, o cárcere era utilizado como custódia e não como uma sanção penal, com objetivo de evitar a fuga do réu. No contexto romano coexistiam a *pena pública* com a dupla função – exercício da vingança coletiva ou sacrifício expiatório – a acarretar sempre a morte do condenando, e a *pena privada*, imposta aos casos de furto que

¹⁰⁶ SABADELL, Ana Lúcia. Evoluções e rupturas no Processo penal: a pesquisa historiográfico-jurídica sobre a tortura. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). VERSO E Reverso do Controle Penal – (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Puniiva. Florianópolis: Fundação Boiteux: 2002^a, v.2, p. 15-35:

¹⁰⁷ SOLER, Sebastián. Derecho penal Argentino. BsAd:Editorial La Ley, 1945, p.50-51

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o sistema de penas. São Paulo:Edit. Revista dos Tribunais, 1998, p.31

¹⁰⁹ NEUMAN, Elias. Evolución de La pena privativa de libertad y regimenes penitenciários. Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1976, p.20

¹¹⁰ CARRARA, Francesco. Programma Del diritto criminale. Parte Geral, v.II. Florença: Ed. Libreria Fratelli Cammelli, 1924, p.53, nota n.1 ao § 670

implicava perda da liberdade, uma vez que o condenado era adjudicado ao credor. Na Grécia, René Ariel Dotti¹¹¹ esclarece que o encarceramento destinava-se ao devedor até o pagamento de sua dívida ou a realização do julgamento, identificando os três tipos de estabelecimentos carcerários nominados por Platão: o *cárcere de custódia*, localizado na praça do mercado; o *sofonisterion*, dentro da cidade destinado à correção; e a *casa de suplício* para fins de intimidação, situada em local deserto e sombrio. Já nos países orientais, assim como nas civilizações incas e astecas, esse autor informa que era a detenção ‘verdadeira antecâmara de suplício’ onde se depositava o acusado à espera do julgamento. De forma generalizada Álvaro Mayrink da Costa identifica ter a prisão a finalidade de ‘guardar homens e não para puni-los’¹¹².

No período da Idade Média, mesmo com o desenvolvimento do direito germânico, o predomínio era das penas corporais, raramente sendo imposto o encarceramento, como revela Eugenio Cuello Calón¹¹³. Contudo, a partir do sec.XIII o encarceramento é assumido como ‘instrumento espiritual de castigo’ introduzido pelo Direito Canônico e a prisão passa a ser utilizada com frequência, com características de penitência. A Igreja via no delito a expressão do pecado a exigir penitência do infrator para redimir sua culpa, concebendo no sofrimento e solidão que “a alma do homem se depura e purga o pecado”, conforme o registro de Mariano Ruiz Funes¹¹⁴.

Com as mudanças estruturais da sociedade e da economia em meados do sec XVI o encarceramento foi colocado sob outra perspectiva – a de tirar vantagem do trabalho do presidiário, é dizer, ao invés das penas corporais (incluído a de morte) explorar o braço do encarcerado para a execução de muitos trabalhos, como sugerido por Thomas More em sua Utopia. Como registrado por Eugênio Cuello Calón¹¹⁵ a execução da prisão nesse século era a imposição de trabalho nas galeras, uma prisão flutuante, que se manteve até o sec.XVIII em diversos países. Assim, o sistema criminal vai mostrando sua face cruel de perda da liberdade, como instrumento de terror das mais variadas formas de tormento

¹¹¹ DOTTI, René Ariel. Ob. cit. p.32

¹¹² MAYRINK COSTA, Álvaro. Direito Penal. Parte Geral, vol. I, t.III, 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.1420

¹¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penologia. Barcelona: Ed.Bosch, 1971, p.300-3001

¹¹⁴ RUIZ FUNES, Mariano. A crise nas prisões. São Paulo: Ed. Saraiva, 1953, p.63

¹¹⁵ COELLO CALÓN, Eugenio. Ob. cit. p.302

físico e espiritual (torturas, trabalhos forçados nas pena das galés, exílio ou degredo e especialmente a pena de morte), tão bem abordadas na literatura de Michal Foucault¹¹⁶: *“condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas sinais de rancor ou de cumplicidade”*.

O grande processo de revisão em relação à pena toma curso com as novas concepções do Homem que iria marcar o advento da Idade Moderna. Sem subestimar os préstimos da obra do monge beneditino Dom Jean Mabillon – *Reflexions sur les prisons des ordres religieux*, voltadas para as clausuras religiosas, as pesquisas de John Howard foram fundamentais para o progresso dos estudos penalógicos, abrindo caminhos para transformações dos próprios estabelecimento prisionais na Europa e nos Estados Unidos. Em importância, o trabalho de John Howard é comparado à obra de Cesare Bonnesana, o Marques de Beccaria¹¹⁷, escrita sob influência, dentre outras, da literatura de D`Alembert, Diderot, Hume, e vista como um marco divisor na evolução do sistema penal punitivo. Nas palavras de Newton Fernandes e Valter Fernandes¹¹⁸ :

O Iluminismo, movimento cultural-filosófico surgido nos fins do século XVII na Europa[...] corresponde a um período de modificação de ideias e conceitos [...] contribuíram decisivamente para inovações no campo das concepções penais, semeando o caminho propício ao advento das escolas penais e a sistematização científica não só do Direito Penal, como das demais ciências afins, no século XIX, possibilitando que evoluíssem até o estágio atual .

Com efeito, os princípios emergidos desse movimento (1789) amalgamados à revisão ideológica do após Segunda Grande Guerra (1939-1945), segundo René Ariel Dotti¹¹⁹ “constituíram marcos da inovação cíclica do pensamento e de ações em defesa das liberdades públicas e dos direitos humanos fundamentais”, proclamando-se como sagrada a dignidade da pessoa humana a merecer o respeito e a proteção de toda autoridade pública. Dos ventos benfazejos desse reconhecimento nenhum ser humano pode ser excluído, pois a espargir seus efeitos a todos, indistintamente, a exemplo dos que estão submetidos ao sistema punitivo com a privação de sua liberdade. E se nos séculos

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p.49.

¹¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹¹⁸ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.70

¹¹⁹ DOTTI, René Ariel. *Ob. cit.*;131

passados as ‘luzes’ humanitárias da obra de Cesare Beccaria refletiram sobre os horrores das penas, nos séculos seguintes intensifica-se tal luminosidade.

Vale registrar que as penas, de um modo geral, se manifestaram nas sociedades com um sentido político, social ou econômico. E no caso da pena privativa da liberdade esta é escolhida como destaque pelo sistema capitalista para fins de controle social e ‘disciplinamento das massas’, de acordo com Michel Foucault¹²⁰. A demonstração da força do poder dominante pela humilhação corporal pública é substituída pelo domínio ideológico do poder econômico capitalista.

Sabe-se o quanto o esse modelo econômico neoliberal é responsável por patrocinar a dupla exclusão dos marginalizados socialmente, pois pari passo à diminuição dos gastos com políticas públicas aumentam as taxas de aprisionamentos, especialmente daqueles que se situam nas camadas de pobreza. O Estado provedor ao recuar diante das exigências do neoliberalismo se vê transvestido de Estado penal e policial a fortalecer o controle social sobre uma população em crescente empobrecimento. Para justificar-se como tal apregoa uma relação direta do encarceramento com a redução do índice de criminalidade, fator contestado por Loïc Wacquant¹²¹ quando em diagnose sobre a realidade dos EEUU afirma “Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento nunca visto em uma sociedade democrática, de 314% em vinte ano”.

De fato, o que a privação da liberdade guarda em sua constituição originária é a ideia do controle social, como leciona Maria Helena Zamora¹²²:

O que a história do sistema punitivo nos mostra é que a exclusão social é não só o efeito imediato como a própria essência das medidas de privação da liberdade; a apropriação do tempo e da liberdade dos sujeitos, viabilizada pela privação da liberdade. É em si mesma um elemento punitivo de conduta que se quer abolir da ordem social e abre a porta para a introdução de outras práticas punitivas a ela associadas.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. 1998, ob. cit. p.118

¹²¹ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 2001, p. 27-28

¹²² ZAMORA, Maria Helena. Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005. p. .50-51

Ao manter-se com esse perfil o encarceramento afasta-se de seus propósitos de resguardo humanitário e não tardam os efeitos deletérios sobre a pessoa do apenado serem presenciados. Em meados do sec. XIX o sistema prisional desviado de seus objetivos e sem eficácia passa a ser contestado. A crise diagnosticada provoca o levante de vozes contra o sistema carcerário pela lógica desumana do Estado Penal Máximo e os estudiosos debruçam-se sobre propostas de punição diversas do aprisionamento. O destaque para os ímpetus revolucionários de uma plêiade de autores a se manifestaram em diversas correntes (abolicionistas, minimalistas, integradoras, em teorizações que permeiam as propostas de descriminalização, despenalização, humanização dos sistemas, a exemplo de de Nils Christie, Louk Hulsman, Alessandro Baratta¹²³.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948, foi um marco no sentido da proteção ao ser humano contra todo e qualquer ato de barbárie e opressão, tidos como atentatórios à sua dignidade ao disciplinar em seu preâmbulo ser “*essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão*”, assegurando o art. 5º que “*Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”. Estas diretrizes se especializam com o Congresso de Genebra de 1955 ao lançar as “Regras Mínimas do Tratamento do Recluso¹²⁴, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.

E em 1999, um grande impulso é dado às penas substitutivas da prisão com as nominadas Regras de Tóquio (as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), adotadas pela Assembleia Geral das Nações

¹²³ Cf. CHRISTIE, Nils. **Las imagens del hombre en el derecho penal moderno**. In SCHEERER, Sebastian. (et. All). Abolicionismo. Buenos Aires: Ediar, 1989; HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. In: PASEETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUCSP, 1997. **BARATTA, Alessandro**. Principípios de derecho penal mínimo. Para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. Argentina: Buenos Aires: De Palma, Rev. 10-40, 1987.

¹²⁴ Cf. Texto integral Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos da Universidade de São Paulo -USP disponível em : <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>

Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990.¹²⁵ Como objetivos desse documentos destacam-se o de

- (1.1) favorecer o recurso a medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão;
- (1.2) encorajar a coletividade a participar mais no processo da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento dos delinquentes, assim como desenvolver nestes últimos o sentido da sua responsabilidade para com a sociedade.

Segundo as diretrizes desse documento constantes do 8.1. de seus princípios Gerais e, a autoridade judiciária ao aplicar as penas não privativas de liberdade postas à sua disposição “tem em conta, na sua decisão, a necessidade de reinserção do delinquente, a proteção da sociedade e do interesse da vítima, que deve poder ser consultada sempre que for oportuno”. Assiste-se, então, todo um empenho doutrinário e legislativo de afastar da pena o perfil unicamente segregador e partir dessas linhas reguladoras os Estados subscritores se vêm compelidos a atuarem sobre os princípios da intervenção mínima, o que significa quebrar a rigidez condenatória de antes voltada para o aprisionamento do delinquente, fazendo inserir em sua legislações alternativas penais e adotando políticas públicas para sua aplicação. O mais importante, conquanto de fale em arbítrio, é que a aplicação de alternativas penais não depende do arbítrio da autoridade competente, esta obriga-se a reconhecê-la e aplicá-la sempre que a situação concreta se enquadrar na permissibilidade, seja antes de instaurado o processo seja quando da condenação.

Com o farol norteador da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e sob égide principiológica, em especial com utilização do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, a prisão é mensurada como a *ultima ratio*, para fazer emergir no cenário criminal as penas alternativas como opções sancionatórias diversa da privação de liberdade, com a feição própria de cada contexto. Todavia a legislação específica de cada país compromete-se na atualidade a seguir as diretivas insertas no item 8.2 do conjunto de instruções insertas das Regras de Tóquio, quais sejam:

¹²⁵ Cf. texto integral In Direitos Humanos: instrumentos e textos universais disponível em

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html>

- a) Sanções verbais como a admoestação, repreensão e advertência;
- b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal;
- c) Penas privativas de direitos;
- d) Penas econômicas e pecuniárias como a multa e o dia de multa;
- e) Perda ou apreensão;
- f) Restituição à vítima ou indenização desta;
- g) Condenação suspensa ou suspensão da pena;
- h) Regime de prova e vigilância judiciária;
- i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- j) Afetação a um estabelecimento aberto;
- k) Residência fixa;
- l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto;
- m) Uma combinação destas medidas

Há, dessarte, nesse elenco o suporte normativo de providências para serem aplicadas que atendem ao que é requestado pela sociedade em termos de punição pelo Estado, ao impor ao delinquente condições e/ou obrigações sancionadoras, porém sem submetê-lo a encarceramento. Em outras palavras, não foi retirado o caráter ilícito de nenhuma infração penal, o Estado comparece para punir, contudo, com sanções e/ou medidas que não causam a perda da liberdade do autor do delito. Não se frustra o poder punitivo, apenas pune-se sem a segregação. Como leciona Basileu Garcia¹²⁶ “Castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender – eis variados verbos que, na diversidade das opiniões, indicam as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as raízes da sua existência”.

As penas e medidas alternativas surgem no contexto mundial, como visto, diante da constatação que a prisão, mesmo a prisão curta, não regenera o ser humano, ao contrário, o degrada, e de que tornou não só onerosa como inútil para o Estado. As alternativas penais (pena ou medidas) emergem com proposições transformativas, trazem consigo a proposta de serem instrumentos de mudança tanto para o beneficiário como para a sociedade para um pensar e agir segundo comandos de ação que não sejam promotores apenas do educar,

¹²⁶ GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal, vol. 1. Tomo 1. 4ª ed., 1973. Ed. Max Limonad, p. 66.

do corrigir e de proteção, mas se projete além no sentido da restauração do vínculo social rompido com o ato infracional, a se analisar nos presentes estudos..

3. As penas e medidas alternativas no contexto da realidade brasileira: identificação legal, aportes doutrinários e perspectivas

Os influxos por alternativas penais são recebidos no Brasil, na verdade, em meio à perplexidade e ao descrédito com a execução penal e com o sistema carcerário, com superpopulação, promiscuidade, desrespeito aos mais elementares direitos humanos, sem um devido programa de acompanhamento a permitir a recondução do delinquente ao convívio social.

Para enfrentar essa realidade toma corpo no país movimentos reformistas no sentido de elaborar respostas satisfatória à punição, mas com mudanças drásticas ao viés aprisionador. Tem-se como início transformativo a vigência da reforma penal com a Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984 (com suas regulamentações e que vem a sofrer alterações substanciais posteriormente)¹²⁷, processando-se doravante, com as substitutivas legais, a uma oxigenação no pensamento dos operadores do direito aplicadores da pena, que gradativamente vai se ampliando.

A legislação penal brasileira, com a reforma, adotava como penas alternativas: *a multa, a prestação de serviço à comunidade, a limitação de fim de semana, a proibição do exercício de cargo ou função, a proibição do exercício de profissão e a suspensão da habilitação para dirigir veículos*, conforme o art. 32 do Código Penal reformado em 1984. Registre-se não haver vedação ao condenado por reclusão ou detenção, a possibilidade de usufruir do benefício da suspensão condicional de sua pena, atendidas certas condições: a do art. 77, caput (pena reclusiva ou detentiva não superior a dois anos); a do art.77, §2º (pena reclusiva ou detentiva de até quatro anos quando se tratar de preso maior de 70 anos) uma vez que não registrada a reincidência e a culpabilidade, os antecedentes a conduta social e a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime não indicassem que a medida não pudesse ser aplicada, por inócua ou ainda quando não fosse cabível a

¹²⁷ Decreto nº 96.035 de 1988; Decreto nº245, de 1991; Lei 9.099/95 e Lei n.9714/98

substituição por pena restritiva de direito prevista no art.77, I, II, III), estas como a grande inovação da reforma.

O sistema alternativo à prisão teve por ancoradouro maior a previsão da Constituição de 1988, e concretiza-se em embasamento com as Leis 9.099/95 e 9.714/98. Esta normatividade não descriminalizou, não eliminou a ideia do fato criminoso, porém, mudou a ideia de atribuir uma pena. Assim foram instituídas: a) as *medidas alternativas*, como toda forma de intervenção penal constrictiva por parte do Estado, que não se configura em prisão mas não advém de uma decisão penal condenatória transitada em julgado, e sim de outras formas de composição judicial: e as *penas alternativas* oriundas de uma sentença penal condenatória sem que isso signifique prisão.

Dessarte, a partir da Lei 9.099/95 (instituidora dos Juizados Especiais) com mudança na sistemática do processo e do crime, e da importância que foi dada a um sistema alternativo punitivo no Brasil pela Lei 9.714 de 1998 (reformuladora do Código Penal), são ampliadas as penas e instituídas medidas alternativas, assim como foram modificados os requisitos que possibilitavam ao juiz realizar a substituição das mesmas. Então, o art.43 do Código Penal (com a nova redação) como penas restritivas de direito: I - prestação pecuniária; II- perda de bens e valores; IV- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V- interdição temporária de direito; VI- limitação de fim de semana.

Tais opções sancionatórias diversas da privação de liberdade exurgem para serem aplicadas nas seguintes hipóteses: i) Infratores de pequeno e médio potencial ofensivo; ii) Sentenciados à pena privativa de liberdade de até 04(quatro) anos, quando o crime é doloso e desde que não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça; iii) Condenados por crimes culposos, qualquer que seja a pena; iv) Aqueles com bons antecedentes e boa conduta social, que cometeram crimes em que os motivos e as circunstâncias indiquem que a pena alternativa seja suficiente.

Já as *medidas alternativas* são adotadas para evitar a instauração de processo ou suspender o processo criminal, obstando eventual aplicação de pena privativa de liberdade, a serem aplicadas nos casos de: **i) Transação Penal** - a) aos que cometeram delitos em que a pena máxima não seja superior a 02(dois) anos, cumulada ou não com multa; b) aos que não tenham efetuado anteriormente, no prazo de 05(cinco) anos, outra transação penal; c) aos que não tenham sido condenados por outro crim ou não estejam respondendo à outro

processo; ii) Suspensão Condicional do Processo - quando a pena mínima cominada à infração penal for igual ou inferior a 01(um) ano, suspendendo-se o processo pelo prazo de 02(dois) a 04 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. E, ainda, que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal pátrio (com a redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984, verbis:

- I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
- III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Outrossim, de conformidade com o § 2º do supracitado artigo “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”. Há, pois, substantivas inovações trazidas pelas medidas despenalizadoras para evitar a aplicação da pena privativa de liberdade no caso das infrações de menor potencial ofensivo, cuja ação requer iniciativa privada ou pública condicionada à representação. Em ocorrendo a *composição civil*, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único do CP), e em não havendo *composição civil* ou tratando-se de ação pública incondicionada, pode ocorrer aplicação imediata de pena alternativa restritiva de direitos ou de multa (*transação penal*, art. 76 do CP). Também a despenalização acontece diante das lesões corporais culposas ou leves, que passaram a exigir representação da vítima (art. 88 do CP), nos crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a *suspensão condicional do processo*. Portanto, a aplicação das alternativas submete-se a cumprimento de certos requisitos, os quais são estipulados obedecendo a critérios objetivos e subjetivos para a concessão, sempre de forma individualizada, valorizando-se a não reincidência e os motivos não qualificadores ou agravadores.

Não obstante a instituição das alternativas penais no ethos punitivo brasileiro, a sua aplicação ainda se faz incipiente – em torno de 17% -, conforme estudos comparados feitos com outros Países, dado por demais espantoso se observado que o Brasil está entre os primeiros países de maior encarceramento, ao lado dos EEUU, China, Rússia. O quadro a seguir traz uma amostra dos países no mundo que se destacam pela substituição da prisão :

Filândia	86% dos casos
----------	---------------

Reino Unido	80% dos casos
Austrália	79% dos casos
Holanda	78% dos casos
Inglaterra	76% dos casos
Africa do Sul	75% dos casos
Canadá	72% dos casos
Estados Unidos	68% dos casos

Fonte: a autora em pesquisa

Como se depreende, o Brasil caracteriza-se pelo opção de um processo de encarceramento violento e freqüentemente operacionalizado em condições degradantes e sub-humanas. A pena privativa de liberdade tem se ancorado nas premissas da exclusão social, do confinamento e da vigilância constante do criminoso. Segundo dados do DEPEN (1995), cerca de 85% dos presidiários nacionais são reincidentes, dado que aponta a ineficácia dos processos de ressocialização em vigor. Em conformidade com tais números, o vaticínio de Michael Foucault¹²⁸ é coerente à realidade examinada ao se verificar que, efetivamente, “As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta”.

È de se reconhecer a falha do processo de encarceramento, cujo sistema tem servido para o exurgimento de novos criminosos. No Brasil, associe-se a isto a superlotação dos presídios, as constantes descon siderações aos direitos humanos fundamentais e a ausência de estratégias planejadas e bem sucedidas na produção de novas subjetividades. Essa constatação do esgotamento do modelo punitivo do sistema prisional brasileiro está a exigir correção, pugnando-se pela eliminação de um modelo tão segregador para que um outro – o restaurador – possa emergir do contexto, assunto cuidado na subsequência.

4. A Justiça Restaurativa nas alternativas penais: da segregação à restauração

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 1987, p.92

A definição do papel do Estado na consecução da ordem pública em diversas sociedades contemporâneas é identificada através de um sistema organizacional e legal (normas sancionadoras, o Ministério Público, os Juízes, o aparelho policial e penitenciário etc) que por sua diversidade empírica pode ser observada sob diversos aspectos. Cabendo a um destes – aquele que diz respeito a articulação ou não entre os seus organismos -, a responsabilidade de delimitar o grau de eficácia e eficiência de sua dinâmica. Ocorre que o equilíbrio desse arcabouço formal nem sempre é conseguido, e neste caso frustra-se tal dinâmica em sua realização, desconecta-se o sistema, produzindo resultados falhos. Tal se constata em relação ao poder coercitivo do Estado, no tocante à violência estatal para barrar os conflitos e pacificá-los, que não vem operando os resultados para os quais são impostos.

O fracasso do sistema criminal é cabalmente demonstrado pela falência das prisões, e tendo em vista seu suporte retributivista se constitui falsa a ideologia reabilitadora do apenado, por serem elevadíssimos os custos da operacionalização do mesmo. Melhor dizendo, trata-se de um sistema com resultados muito mais negativos que positivos, irremediavelmente seletivo em relação ao infrator e de total descaso diante da vítima, que continua a enfrentar seus problemas com o recrudescimento de punições, fortalecendo-se na violência punitiva do Estado transformado em Estado Penal.

Segundo os dados insertos em documentos do Conselho Nacional de Justiça, no Brasil a realidade mostra que 217 mil dos 550 mil detentos brasileiros – quase 40% – são mantidos nos presídios sem uma sentença condenatória dos juízes. São presos provisórios, com os processos em aberto no Judiciário brasileiro (CNJ).¹²⁹. E com base no DEPEN/MJ dos presidiários, com dados variantes entre 76% a 82,7% não trabalham, e o custo de um (1) preso para o erário público equivale à manutenção de 10 alunos na escola pública do ensino fundamental, considerando que no Brasil o custo calculado para cada preso fica entre 1,5 a 2 mil reais mensais. A população carcerária é de mais de 550.000, sendo 76% dos presos vêm de famílias com renda inferior a 1 salário mínimo.

Dessarte, levando-se em conta que o sistema penal vigente abriga seletivamente em suas hostes punitivas os pobres e desassistidos e desabriga a vítima, impende que se ofereça um novo modelo - aquele que restaure, que seja de proximidade para os

¹²⁹ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em número. Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 10 nov de 2014

envolvidos no conflito, que se constitua como opção para uma política criminal humana, inteligente e criativa, pugna-se por um sistema punitivo alternativo sob a égide da Justiça Restaurativa, modelo que procura trabalhar a violência por meio de uma ética esteada no diálogo, na inclusão, na responsabilidade social, no respeito ao outro. Um modelo que cede espaço para a justiça negociada, interativa e horizontal que se legitima na composição dos interesses do infrator e da vítima, em que há participação da sociedade, o diálogo e o consenso.

Diferentemente do modelo *retributivista* - cujo foco é no estabelecimento da culpa (o passado) e imposição de punição segregadora, no sistema restaurativo de justiça o foco é na solução do problema direcionada para o futuro, centrando-se na reparação do dano social; comunidade como facilitadora do processo, e, principalmente, havendo espaço para a vítima.

Fundada em pressupostos diversos da justiça penal tradicional, define-se a Justiça Restaurativa em uma nova abordagem para as transgressões, possibilitando um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais, a oferecer novas ferramentas para a solução dos conflitos jurídico-penal. Ao mesmo tempo, contribuindo para o fortalecimento do Estado democrático de direito. Trata-se de uma via efetiva de construção, promoção e afiançamento da paz, sem a preocupação única com a punição, mas sim procurando restaurar sentimentos e relacionamentos positivos, envolvendo a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de solução que conduza ao acordo, à conciliação, à segurança. A prioridade ao se punir é a restauração – e não segregar -, razão por que há uma paz social com dignidade.

É norteado pelas diretrizes desse novo contexto de justiça criminal – *a de restauração*, que o discurso das Penas e Medidas Alternativas pode ser trabalhado, em, uma vez que esta, através das práticas restaurativas, direciona-se tanto para o infrator como, também, alcança a vítima traumatizada em decorrência da infração, a sofrer angústias, desordens de tensão pós-traumática, fobias, perda de apetite, falta de confiança, medo de represálias etc. No ensejo procedimental de aplicabilidade das Penas e Medidas Alternativas traçado sob os contornos restaurativos se constitui em um dos mais fortes contributos para promover a revisão do sistema penal vigente, desvendando modos em que possam ocorrer efetiva articulação das garantias do Estado de Direito com a missão do próprio Direito Penal.

Oportuno e procedente em todos os sentidos o slogan do Conselho Nacional de Justiça, quando conscientiza a população de que defender as Alternativas Penais no sistema de justiça criminal brasileiro “ Não é punir menos. É punir melhor”.

Sabe-se que o exurgimento dos Juizados Especiais Criminais há mais de dez no Brasil, ante a permissibilidade da Carta constitucional de 1998 (art.98, inciso I), ocorreu no contexto das discussões críticas sobre a crise do Estado/Direito, (decorrência da própria crise da modernidade como um todo), e que no âmbito penal espargiu conseqüências negativas a todo o arcabouço jurídico de um sistema penal, a ponto deste ser considerado como deslegitimado tendo em vista o crescimento alarmante das relações sociais conflituosas, passando a exigir respostas institucionais com viés solucionador.

Essa legislação dos Juizados Especiais foi, sem dúvidas, o grande marco na direção de outras vias punitivas, no sentido de levar ao sistema carcerário o infrator de baixa periculosidade, com delito de menor gravidade, abrindo ensanchas a outros caminhos não penais como o da *reparação consensual* dos danos resultantes das infrações. Contudo, ao longo de quase duas décadas, o que se vê patenteado é um grande o fosso entre as projeções finalísticas das leis citadas e a realidade do sistema criminal no Brasil, pois difícil, inviável mesmo, cogitar-se de efetivar qualquer processo ressocializador no caótico sistema vigente.

Daí a importância e validade de se (re)discutir o tema que envolve a seara da alternatividade das penas, no sentido de seu aperfeiçoamento, com o olhar direcionado a um outro viés – o de um sistema restaurador ou reconstrutivo -, no qual se descortine as premissas consolidadoras de um sistema penal calcado em uma nova prática da justiça criminal, de uma política criminal que obriga a movimentar-se a passos largos na direção da vítima do delito e fazer com que o infrator responsabilize-se pela reparação sem atentar contra a dignidade deste.

É bem verdade que a punição se faz meio de execução de qualquer sistema legal, meio de intervenção desse sistema, ato de poder demonstrando a reprovação pela norma violada, mas é neutra em relação ao sistema de valores que deve ser executado. Em termos de reparação isso se constitui em si mesma um entrave, diferentemente quando o contexto é de práticas restaurativas em que a meta é alcançar a reparação/restauradora, elegendo instrumentos que conduzam ao cumprimento de seu objetivo. Nesse caso, esta intencionalidade de assumir a obrigação reparadora é eticamente superior à uma imposição

punitiva do sistema legal, corroborando tanto para a ressocialização do infrator, como para a amenizar, na pior das hipóteses, o sofrimento da vítima.

Torna-se visível, por seus contornos, que o sistema restaurativo se harmoniza com as Alternativas Penais no que diz respeito ao princípio da mínima intervenção penal que defende em detrimento da necessidade da intervenção repressiva do sistema penal retributivista, apegado a fórmulas exclusivamente positivadas, creditando sua operacionalidade ao formalismo do processo penal, cujo conceito-jurídico normativo de crime é cuidado numa visão unidisciplinar, mantendo-se com indiferença quanto às necessidades do infrator, da vítima, da comunidade (partes afetadas), gerando desconexão, um sistema monocultural e excludente, atuando por dissuasão - a punição impinge medo

E o que é mais benfazejo, tem-se por meio da Justiça Restaurativa um sistema de justiça criminal atuando na perspectiva da vítima¹³⁰. Um sistema de *justiça restaurativa*, parte do pressuposto de que o conceito jurídico-normativo do crime é o de um ato que traumatiza a vítima e lhe causa danos, tem sobre a mesma uma visão multidisciplinar, expandindo-se além do direito para realizar seus objetivos. Tendo por primado os interesses das pessoas envolvidas (vítima, agressor) e comunidade, trabalha uma justiça criminal participativa, em que o agressor imbuí-se de responsabilidade para a restauração com dimensão social, compartilhada coletivamente e direcionada para o futuro (o que pode ser feito para reparar o dano, para restaurar a relação rompida).

Registra-se o uso crítico e alternativo do Direito, este comprometido com a inclusão e a justiça social, gerando conexão, um direito culturalmente flexível com respeito à diferença e tolerância, atuando no sentido de persuasão – a aceitação de sua responsabilidade através do convencimento, cujo patamar é viabilizado pelas leis citadas. Em termos processualísticos, essa normatividade arrefeceu sistema de *justiça retributivo*, uma vez que o sistema de justiça restaurativa não se prende a ritos, é comunitário, funciona com as pessoas envolvidas, em que prevalece o princípio da oportunidade, em um

¹³⁰Em plena consonância com as orientações internacionais, ex-vi das Recomendação 21/1977, 12/1986 do Comitê de Ministro do Conselho Europeu sobre a assistência à vítima; a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder, de novembro de 1985, as Recomendações (21 e de 12/1986) do Comitê de Ministros do Conselho Europeu; a Declaração aprovada pela ONU em novembro de 1989, pela Resolução 40/34 sobre Direitos da Vítimas de Crimes e Abusos de Poder, a orientação emanada da 11º Período de Sessões da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal da ONU, realizado em Viena, Áustria, de 16 a 25 de abril de 2002.

trabalho voluntário e colaborativo, em procedimento informal mas com confidencialidade.

O grande desafio da Justiça criminal no Brasil está na ressignificação dos valores fundamentais que condicionam as atuais práticas de justiça punitiva. E a nova ordem proposta – a justiça restaurativa nas alternativas penais-, quer se afirmar apresentando-se como superadora do desordenado sistema existente, sob o argumento de que a paz social é conseguida mais eficazmente com os meios alternativos. Com aplicabilidade adstrita aos apenados com até quatro anos de prisão, desde que praticado o crime sem violência (a exemplo do uso de drogas, delitos de trânsito, abuso de autoridade, desacato à autoridade, lesão corporal, furto, estelionato, ameaça, injúria, difamação, dentre outros previstos na normatividade brasileira), sob a égide restaurativa minimizam-se os efeitos do (des) funcionamento do sistema punitivo, propiciando a reparação do dano causado à vítima, restaurando a relação social rompida com a infração e, ao mesmo tempo, sem segregação, resguarda o apenado em sua identidade, vínculos afetivos e sociais.

5. Considerações finais

A política de alternativas penais, como uma política de Segurança Pública e de Justiça, busca promover a qualidade de vida de todos os cidadãos e que, além de ser dever do Estado, é também responsabilidade de todos e deve ser pensada e consolidada em conjunto com a sociedade civil. Trata-se, pois, de uma alternativa à prisão, a ser aplicada de forma que garanta o seu caráter restauradora.

Para executar as penas restritivas de direitos e acompanhar as medidas penais alternativas com objetivos restauradores é necessário deixar o olhar meramente legalista e ampliá-lo sob uma visão multidisciplinar, buscando ancoradouro em outras áreas, como a psicologia e serviço social. Sem dispensar a firmatação de parcerias com outras instituições públicas e entidades da sociedade civil, em eficiente e colaborativa formação de rede.

Raia à irracionalidade que persistam no hodierno o retrógrado pensamento de um Direito Penal instrumentalizado para recrudescimento das punições, em abandono a toda uma luta para construí-lo sobre o patamar da dignidade humana como limite de sua atuação. A efetividade de direitos de cidadania passa pela participação em um sistema no qual haja confiança em uma justiça penal justa e igualitário. A Justiça Restaurativa, espécie do direito alternativo, surge do pluralismo jurídico como um meio alternativo de se pensar e exercer o direito através de uma lógica conciliatória e restauradora, ao invés do litígio e

da punição, como sempre foi presenciado nas sociedades modernas, principalmente no âmbito do direito penal. Impõe-se, portanto, que os operadores do sistema de justiça penal adquiram a cultura de punição alternativa ao cárcere sob as lentes restauradoras para ampliar o percentual de sua aplicabilidade, e possam ter a consciência de que a questão da criminalidade é um problema de todos, não apenas do sistema, e sua solução deve ser compartilhado com a sociedade, se constituindo a Justiça Restaurativa um instrumento eficaz para que as alternativas penais (penas e medidas) alcance uma finalidade restauradora.

Referências:

BARATTA, Alessandro. **Princípios de derecho penal mínimo**. Para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. Rev. Doutrina Penal n. 10-40. Buenos Aires, Argentina: De palma, 1987.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRASIL. Lei 9.209 de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Dec-Lei 2848** de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais** e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998. **Altera dispositivos do Dec-Lei nº 2.848** de 07 de dezembro de 1940-Código Penal

_____. Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006. **Altera o arts. 60 e 61 da Lei 9.099** de 26 de setembro de 1995 e o art. 2º da Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001- Dispõe sobre a competência dos Juizados especiais no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal

_____. Decreto. nº 96.035 de 11 de maio de 1988. **Concede indulto, reduz penas, e dá outras providências.**

_____. Decreto nº245, de 28 de outubro de 1991. **Concede indulto, comuta penas e dá outras providências.**

CARRARA, Francesco. **Programma Del diritto criminale**. Parte Geral, v.II. Florença: Ed. Libreria Fratelli Cammelli, 1924.

CHRISTIE, Nils. **Las imagens del hombre en el derecho penal moderno**. In SCHEERER, Sebastian. (et. All). Abolicionismo. Buenos Aires: Ediar, 1989

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Disponível <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 10 nov de 2014

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penologia**. Barcelona: Ed. Bosch, 1971

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 1987
MAYRINK COSTA, Álvaro. Direito Penal. Parte Geral, vol. I, t.III, 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**, vol. 1. Tomo 1. 4ª ed., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1973.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. In: PASEETI, Edson & SILVA, Roberto Dias. Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUCSP, 1997.

NEUMAN, Elias. **Evolución de La pena privativa de libertad y regimenes penitenciários**. Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1976.

ONU. **Resoluções 663 C (XXIV)**, de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. “Regras Mínimas do Tratamento do Recluso, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas Texto integral Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos da Universidade de São Paulo –USP. Disponível em : <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>

_____. **Resolução 45/110**, de 14 de Dezembro de 1990. Regras de Tóquio (as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas . Texto integral in Direitos Humanos: instrumentos e textos universais. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html>

RUIZ FUNES, Mariano. **A crise nas prisões**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1953

SABADELL, Ana Lúcia. **Evoluções e rupturas no Processo penal**: a pesquisa historiográfico-jurídica sobre a tortura. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org). VERSO E Reverso do Controle Penal – (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Puniiva. v.2. Florianópolis: Fundação Boiteux: 2002.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal Argentino**.BsAd:Editorial La Ley, 1945.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 2001.

ZAMORA, Maria Helena. **Para além das grades**: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2005.

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO APLICADO COMO MEDIDA RESTAURATIVA NOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Felix Araújo Neto¹³¹

Laryssa Mayara Alves de Almeida¹³²

Sumário: Introdução. 1 O Movimento de Justiça Restaurativa. 2 A utilização de métodos restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro. 3 Justiça Restaurativa como alternativa a meios tradicionais e estigmatizantes. 3.1 A utilização de métodos restaurativos nos casos de violência doméstica e familiar. 4 O monitoramento eletrônico como ferramenta adequada a estimular práticas restaurativas. 5 Conclusão. Referências.

INTRUDUÇÃO

Diante do ineficiente sistema de Justiça Convencional brasileiro, baseado em teorias retribucionistas e prevencionistas, no qual as preocupações são apenas com o ofensor/agressor e com o Estado, cresce em nosso país o número de adeptos ao modelo de Justiça Restaurativa. Esse novo modelo de resolução dos conflitos na ceara criminal baseia-se no envolvimento da comunidade e, tão logo, da própria vítima, na busca por uma solução do(s) conflito(s).

As práticas restaurativas ressurgem no cenário internacional a partir da década de 1970 e ganharam mais força a partir de 2002 quando a ONU passou a recomendar aos Estados, através da Resolução n. 2002/12, a adoção de métodos de Justiça Restaurativa, principalmente, nos países em desenvolvimento.

Nesse diapasão, este trabalho se propõe a contribuir com o fortalecimento da implantação da Justiça Restaurativa em nosso país, mediante reflexão sobre a possibilidade de adotar o monitoramento eletrônico como instrumento de restrição e vigilância, a ser

¹³¹ Doutor em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Granada, Espanha. Advogado. Professor efetivo da Universidade Estadual da Paraíba e FACISA. E-mail: felixaraujoneto@gmail.com

¹³² Especialista em Ciências Criminais. Advogada. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. E-mail: laryssalmeida@gmail.com

utilizado com eficácia nas causas envolvendo violência doméstica e familiar, previstas na Lei nº. 11.340/06. Para tanto utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica para a revisão da literatura e o método hipotético-dedutivo para a conclusão do problema.

O artigo está dividido em quatro tópicos, nos dois primeiros o foco da discussão é em torno da Justiça Restaurativa, seu histórico e seu conceito ainda em construção. A partir do terceiro tópico é observada a viabilidade de aplicação de métodos de Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica e familiar. No quarto tópico a discussão é finalizada a partir da análise da hipótese de utilização do monitoramento eletrônico como ferramenta restaurativa para os casos de violência doméstica e familiar.

1 O MOVIMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Percebe-se, a partir da leitura do artigo 59 do Código Penal brasileiro, que o sistema jurídico-criminal brasileiro adotou a *teoria mista ou eclética*, comprometendo-se em conciliar a teoria da retribuição com a teoria prevencionista, admitindo que “a função do Direito Penal é a *proteção da sociedade*” (ARAÚJO NETO & CARDENETE, 2014, p. 144).

Desse modo, o modelo de Justiça Penal brasileiro preocupa-se em identificar o(s) causador(es)/culpado(s) pelo fato(s) considerado(s) ilícito(s), típico(s) e culpável(is) para punir, acreditando que a partir dessa punição evitará o cometimento de novos crimes. Para tanto, ampara-se na Teoria Dialética da União, construída por Claus Roxin¹³³, “posicionando o estado sucessivo de manifestação da pena em, tão somente, três momentos distintos: a **cominação (pena em abstrato)**, a **mediação** (aplicação da pena) e a **execução** (cumprimento da pena)” (ARAÚJO NETO & CARDENETE, 2014, p. 149).

Segundo importante vertente doutrinária, é certo afirmar que, em regra, durante as diferentes etapas referentes ao processo de manifestação punitiva do Estado, o olhar central

¹³³Com suas bases lançadas na década de 1960, quando o doutrinador refuta todas as teorias tradicionais da pena em seu artigo “Sentido e Limites da Pena Estatal”, a Teoria Dialética da União rejeita à ideia de retribuição e mantém a culpabilidade, todavia, como limite máximo da pena, além disso, fundamenta a pena em fins exclusivamente preventivos. Para um estudo mais aprofundado ver ROXIN. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976.

das discussões recai sobre o próprio Estado e o agressor. Em inúmeros casos, tem sido desprezado o compromisso com a identificação de formas de recomposição da paz social a partir da reparação dos danos sofridos pela vítima. Nesta linha: “na justiça convencional, o olhar é voltado ao passado, direcionado para a culpa, visando à aplicação da pena, tendo como eixo relacional, exclusivamente o Estado e o ofensor” (PRUDENTE & SABADELL, 2008, p. 54).

No âmbito internacional, as reflexões mais modernas reclamam por uma nova forma de solucionar conflitos na ceara criminal, contrapondo-se ao modelo punitivo, ainda, predominante. A Justiça Restaurativa é o caminho reverenciado pela voz de destacado segmento da doutrina, que entende ser este o mecanismo adequado para alcançar uma ordem jurídica verdadeiramente justa. Isto porque a Justiça Restaurativa assume “o compromisso de restaurar o mal causado às vítimas, famílias e comunidades, em vez de, se preocupar, somente, com a punição dos culpados” (PRUDENTE & SABADELL, 2008, p. 51).

A Justiça Restaurativa baseia-se no envolvimento da comunidade e, tão logo, da própria vítima, na busca por uma solução holística do(s) conflito(s), retomando o “modelo dominante de justiça criminal desenvolvido ao longo da maior parte da história humana” (SICA, 2007, p. 21). Segundo destaca Rolim (2007, p. 3):

Antes da ‘Justiça Pública’, não teria existido tão somente a ‘Justiça Privada’, mas, mais amplamente, práticas de justiça estabelecidas consensualmente nas comunidades e que operavam através de processos de mediação e negociação, ao invés da imposição pura e simples de regras abstratas. O movimento da Justiça Comunitária em direção a um sistema público de Justiça Retributiva pode ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica. As práticas antigas sobreviveram em muitos países, de uma forma ou de outra, até, pelo menos, o século XIX quando o modelo contemporâneo se impôs como a única regra aceitável. Essa mudança operou uma revolução cujo centro foi a criação de um modelo de justiça criminal separado do modelo de justiça civil, o estabelecimento do monopólio estatal para lidar com os conflitos definidos como “criminais” e a idéia de que a punição deveria ser normativa.

Assim, inspirado nas formas de Justiça dos povos antigos do ocidente e oriente, “que veem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas” (ONU. Resolução 2002/12. 2002), como também no abolicionismo penal e no movimento vitimológico

iniciado na década de 1980, a Justiça Restaurativa, da mesma forma conhecida como “Justiça Transformadora ou Transformativa, Justiça Relacional, Justiça Restaurativa Comunal, Justiça Restauradora, Justiça Recuperativa ou Justiça Participativa” (PRUDENTE & SABADELL, 2008, p. 51), surge como uma alternativa ao sistema de justiça criminal atual que exalta a privação da liberdade, enfatizando objetivos assentados sobre o terreno duvidoso do pensamento retribucionista, conjugando-o com fins preventivistas. Destarte, a Justiça Restaurativa se apresenta “como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdades das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades” (ONU. Resolução 2002/12. 2002).

A década de 1970 é apontada pelos pesquisadores como marco do ressurgimento das práticas restaurativas. Em 1974, o Canadá inaugurou o programa de *victim-offendermediation* (VOM)¹³⁴, ao promover o encontro de dois acusados de vandalismo com as suas vítimas, possibilitando o entendimento conjunto quanto à restauração dos danos causados (SICA, 2007, p. 23). No ano de 1977, Albert Eglash acunhou, pela primeira vez, a expressão: “Justiça Restaurativa” (ROLIM, 2007, p. 4). Nesta década, as práticas restaurativas desenvolvidas no continente americano chegam a alguns países africanos, chegando aos países europeus na década seguinte.

No final dos anos 1980, foi implantado na Nova Zelândia o primeiro modelo de Justiça Restaurativa aplicado a crianças e adolescentes infratores, o programa *children, Young persons and their families act*¹³⁵, a partir do qual a família, a vítima, a polícia e o assistente social participam ativamente da mediação.

Observa-se que o sucesso da iniciativa de restauração se deve ao grau de satisfação demonstrado, na maioria dos casos, pelos envolvidos (autor/vítima), com o modelo adotado para a resolução do conflito, que prima pela excelência no tratamento conferido às partes, estimulando a redução da reincidência (BORGES & PRUDENTE, 2012, p. 181). Atualmente, diferentes Estados desenvolvem modelos de mediação e marcos jurídicos a fim de implantar a Justiça Restaurativa. Não custa aduzir que tal prática, aliás, apresenta raízes históricas também nos processos de mediação dos povos indígenas.

¹³⁴ Tradução livre Mediação vítima-infrator.

¹³⁵ Tradução livre Crianças, jovens e suas famílias.

É certo reconhecer que o termo “Justiça Restaurativa” ainda se encontra em processo de ebulição, tornando-se um grande desafio para os pesquisadores, tratar os seus limites conceituais e a magnitude de seus objetivos. No entanto, há uma ampla manifestação de estudiosos que admitem que, para esta vertente do pensamento, o foco do delito é a vítima e a sociedade de modo geral. Neste sentido, Gouvêa (2014, p.14) esclarece que “o termo de justiça restaurativa presta-se a uma série de definições, no entanto, para os fins desta regulamentação, deve ser considerado que: crime não é apenas um ato contra o Estado, mas contra determinadas vítimas e à comunidade em geral”.

Na mesma orientação, Rolim (2007, p. 7) ressalta a necessidade de verificar, após a introdução de práticas restaurativas, os resultados de pacificação social alcançados, segundo o enfoque assentado nos paradigmas ora defendidos.

A concepção teórica moderna da Justiça restaurativa, todavia, oferece uma idéia sistematizada sobre objetivos e procedimentos de tal forma que, antes de tudo, se identifique quando estamos lidando com práticas restaurativas e, ato contínuo, para que seja possível avaliar concretamente os resultados alcançados com o paradigma proposto.

A ONU, através da Resolução n. 2002/12, do ano de 2002, recomendou aos Estados a adoção de práticas de Justiça Restaurativa, mediante a difusão de informações sobre a matéria e desenvolvimento de pesquisas, capacitação e outros programas. Buscou prover assistência técnica voluntária aos países em desenvolvimento e com economias em transição que estão implantando programas de justiça restaurativa.

A supracitada resolução apresenta, em seu texto, princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, reconhecendo que tal prática não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar os transgressores de suas leis internas. Significa dizer que esse programa é, verdadeiramente, uma alternativa ou complemento – e não substituição! – ao modelo de justiça convencional.

A ONU definiu o processo restaurativo como sendo “o 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” (Resolução 2002/12). Logo, o modelo de Justiça Restaurativa se caracteriza pelo esforço em evitar a estigmatização do ofensor,

“promovendo a responsabilização consciente de seu ato” (PRUDENTE & SABADELL. 2008, p. 53).

Para alcançar tal “responsabilização consciente”, a mediação, a conciliação, a reunião familiar (ou comunitária), os círculos decisórios, a reparação de danos causados à vítima (e à comunidade) são instrumentos indispensáveis... Para concretização desse processo é essencial a participação voluntária e livre tanto do agressor quanto da vítima, os quais, de acordo com a Resolução da ONU, “podem revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo” (2002).

Ressalte-se, ainda, que “a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior”, sob pena de o processo restaurativo perder sua identidade e ao longo do tempo passar a ser apenas um meio de obtenção da confissão do réu. Segundo Gouvêa, “(...) o crime não é apenas um ato contra o Estado, mas contra determinadas vítimas e à comunidade em geral. Ofender, então, é principalmente uma violação das relações humanas e só secundariamente uma violação da lei (...)” (Gouvêa, 2014, p. 14).

Portanto, a Justiça Restaurativa é um movimento em construção, que cria um novo paradigma para o sistema criminal, a partir do ressurgimento de antigos valores e práticas esquecidas com a implantação do Estado Moderno. E que vem possibilitando a reflexão sobre o atual sistema punitivo Estatal, visando solucionar e restaurar as relações entre vítima, ofensor e comunidade através de meios restaurativos de solução de conflitos.

2. A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS RESTAURATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Justiça Restaurativa surgiu e começou a ser colocada em prática, primeiramente, nos países de sistema jurídico *Common Law*¹³⁶, devido a discricionariedade que possui a promotoria nesses países em decidir processar ou não, conforme aplicação direta do princípio da oportunidade.

¹³⁶“(…) países nos quais os juízes resolvem disputas específicas – caso a caso – e o sistema legal é derivado primordialmente de precedentes judiciais”. RIBEIRO (2010, p. 75-76)

No ordenamento jurídico brasileiro não existe legislação específica que discipline a matéria, apesar do nosso sistema jurídico ser *Civil Law*¹³⁷ é possível afirmar que, a partir da Constituição de 1988, o legislador brasileiro desenhou um cenário jurídico apropriado à introdução de conceitos inovadores e de mecanismos alternativos às tradicionais respostas punitivas. A implantação de juizados especiais e a consolidação das penas alternativas são reflexos desse novo panorama legislativo que acena favoravelmente à adoção da justiça restaurativa. Explica Pinto (Pinto, 2010, p. 21) que após a promulgação da Constituição de 1988 e, principalmente, com o advento “da Lei 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico brasileiro, ao princípio da oportunidade (...)”, para implantação da justiça restaurativa.

A atual Constituição, em seu artigo 98, inciso I, autorizou a criação de juizados especiais, admitindo a conciliação e a transação, em casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, fortalecendo, com isso, o princípio da oportunidade, sem reduzir o espaço de manifestação estatal nem desrespeitar o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

A composição civil está expressamente prevista no art. 74 da Lei 9.099/95, que criou os juizados especiais. A transação penal, em seu art. 76. E a suspensão condicional do processo, em seu art. 89. Esses procedimentos conciliatórios, que podem ser mediados pelo próprio magistrado ou por núcleo de justiça restaurativa, podem obter a extinção de punibilidade, o que, na prática, não deixa de ser método de justiça restaurativa. Destarte, necessário ressalte-se que “os Juizados Especiais Criminais, por si só, não são um modelo restaurativo, por não adotarem os princípios e valores recomendados pela Organização das Nações Unidas, na já citada Resolução 2002/12” (PRUDENTE & BORGES, 2012, p. 185).

Contudo, o ordenamento jurídico pátrio conta com outros textos legais que também reforça o princípio da oportunidade e permite a utilização de métodos restaurativos de resolução de conflitos, como ocorre segundo os ditames das Leis nº. 8.069/90, nº. 10.741/03 e nº. 12.594/12. No Estatuto do Idoso, Lei nº. 10.741/03, o art. 94 prevê a aplicação da Lei dos Juizados Especiais para os crimes *cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos*.

¹³⁷ “(...) identifica aqueles países que tiveram o sistema legal originado da lei romana e cujo material legal é organizado em estatutos e códigos extensos e detalhados. (...)” RIBEIRO (2010, p. 75)

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, os arts. 126 e seguintes prevêem o instituto da remissão, que implica na suspensão ou extinção do processo, cabendo ao representante do Ministério Público a sua concessão, *atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional*. O *Parquet* pode ainda incluir a aplicação de qualquer das medidas socioeducativas prevista em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) foi criado pela Lei nº. 12.594/12 e regula a execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes infratores. O seu art. 35 fixa como um dos princípios que regem a execução das mencionadas medidas: *as práticas ou medidas que sejam restaurativas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos*.

Portanto, observa-se que, mesmo sem uma lei que regule o uso e aplicação dos métodos restaurativos, o ordenamento jurídico brasileiro possui um arcabouço de normas que têm possibilitado a implantação de iniciativas restaurativas no território nacional.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A MEIOS TRADICIONAIS E ESTIGMATIZANTES.

O sistema prisional brasileiro, longe de todos os princípios constitucionais que resguardam os direitos dos apenados, mostra-se falido e incapaz de evitar a reincidência e promover a ressocialização, principalmente, pelos estigmas sociais criados que marginalizam, ainda mais, o indivíduo privado de sua liberdade.

Em histórica decisão, a Corte de Apelações do Tribunal de Bolonha¹³⁸, negou a extradição de Henrique Pizzolato, condenado no Brasil a pena de 12 anos e 7 meses de prisão, por crimes de corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro realizados quando, ainda, era Diretor de Marketing do Banco do Brasil. Uma das linhas de defesa de

¹³⁸ A Corte de Apelação de Bolonha, na Itália, julgou o pedido de extradição de Henrique Pizzolato, condenado na Ação Penal 470 a 12 anos e 7 meses de reclusão por corrupção, peculato e lavagem de dinheiro. O caso ainda está em andamento.

Pizzolato, acatada pela Corte Italiana, foi de que o sistema penitenciário brasileiro apresenta condições atentatórias ao princípio da dignidade da pessoa humana e oferecem risco de tratamento degradante ao apenado, para tanto, utilizaram-se de relatórios da ONU, da Anistia Internacional e de organizações de várias partes do mundo.

Percebe-se o quanto as instituições políticas e jurídicas brasileiras estão fragilizadas e ajoelhadas a uma irremediável descrença que extrapola as fronteiras nacionais. E frente a toda essa cobrança social, as respostas legislativas, na atualidade, têm sido as mais irrefletidas, retrogradas e imediatistas, optando desbravar o terreno movediço do populismo punitivo e do expansionismo do Direito Penal. As demais causas geradoras da violência como, apenas para exemplificar, a falta de investimento em educação de qualidade, as mazelas de ordem social e o combate à corrupção, em regra, são olvidadas no esconderijo mais secreto da inoperância, da falta de vontade política e, muitas vezes, da complacência.

De maneira que mais fácil é enveredar pelo inútil e mais cômodo território da ampliação das redes punitivas do estado, do uso exagerado das prisões ou, até mesmo, da redução da maioria penal e da introdução da pena de morte. São essas as soluções midiáticas, emergenciais e impulsivas adotadas como instrumento de manobra política. Ensina Cornelli que isso acontece com o objetivo de “aumentar o nível de controle e de restrição da liberdade e para definir quem está dentro e quem está fora, decretando a exclusão daqueles que, de fora, apertam o cerco à comunidade compacta” (CORNELLI, 2003, p. 57).

Em contraposição ao atual e falido sistema criminal, ressurgem a necessidade de ponderar sobre um modelo de Justiça eficiente e que responda aos conflitos sociais sem provocar novas consequências para a comunidade. E nessa perspectiva, surge a Justiça Restaurativa, conforme explica Gouvêa (2014, p.12):

(...) Ao propiciar uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, este tipo de justiça permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva. Possibilita, ainda, que a comunidade compreenda as causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade.

A Justiça Restaurativa se apresenta, portanto, como um instrumento indispensável à reflexão de um novo modelo de Justiça, especialmente porque estimula a responsabilização consciente do ofensor, a compreensão das causas e conseqüências da criminalidade, bem como a prevenção de futuros delitos, sem a necessidade de utilização de meios estigmatizantes e, por consequência, ofensivos à dignidade humana.

Nesse contexto, convém é reconhecer que é preciso um chamamento a refletir sobre as ferramentas que podem ser utilizadas como instrumentos apropriados a aprimorar (ou fortalecer) o uso de práticas restaurativas.

3.1 A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS RESTAURATIVOS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Nesse diapasão, alguns pontos precisam ser enfrentados em relação a Lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha¹³⁹, primeiramente, que é **vedada** a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, consoante art. 17 da lei supracitada. A mesma lei também **não admite** a aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, proibição contido em seu art. 41.

Todavia, em que pese o processo, o julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicam-se as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, é permitido a aplicação da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso, desde que não conflitem com o estabelecido na referida Lei.

Como dito, o Sinase, tem como um dos princípios estabelecidos em lei: *as práticas ou medidas que sejam restaurativas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos*. Logo, abre-se uma possibilidade legal de se aplicar métodos restaurativos nos

¹³⁹ A Lei 11.340/06, conhecida com Lei Maria da Penha, ganhou este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que por vinte anos lutou para ver seu agressor preso.

conflitos domésticos e familiares, sem que a partir disso se deixe de aplicar a legislação específica.

Frise-se mais uma vez que essa Justiça Restaurativa constitui-se em uma alternativa ou complemento, e **não substituição**, ao processo de Justiça convencional, buscando solucionar e restaurar as relações entre vítima, ofensor e comunidade, principalmente nos casos em que envolve criança e adolescente, nos quais a vítima e o ofensor tem vínculo intrafamiliar de filho(a) e pai/mãe, de neto(a) e avô/avó, entre outros.

Avançando a discussão, a Lei Maria da Penha inovou ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a concessão de medidas protetivas de urgência à mulher que esteja em situação de risco, em decorrência da gravidade dos atos violentos que é/foi submetida por parte do seu agressor (Esposo, pai, irmão, por ilustração). Ocorre que o Estado não oferece a estrutura necessária para garantir que essas medidas sejam colocadas em prática e protejam a mulher, como destaca a Ministra Eliana Calmon (2012), "As varas Maria da Penha sofrem muito. O que depende só do juiz ele faz. Mas o que depende de apoio logístico nem sempre é feito".

Diante das dificuldades e do grande volume de recursos necessários para implantar em todo o imenso território brasileiro a estrutura necessária da qual necessita a Lei nº. 11.340/06 para sua eficácia, como então o Estado pode garantir a segurança da mulher e ao mesmo tempo proporcionar meios a recomposição das relações entre vítima e agressor? Este artigo propõe o uso do Monitoramento Eletrônico para solucionar algumas fragilidades quanto à fiscalização do cumprimento de determinadas condutas acordadas ou impostas.

Apesar de muito polêmico, as experiências pelo mundo do uso do monitoramento eletrônico tem repercutido positivamente.

4. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO FERRAMENTA ADEQUADA A ESTIMULAR PRÁTICAS RESTAURATIVAS.

Após analisar os argumentos deduzidos na doutrina, acerca da Justiça Restaurativa e de sua finalidade, este estudo propõe a reflexão quanto à possibilidade legal de criar

meios que autorizem o mediador ou conciliador a pactuar a utilização de monitoração eletrônica nas hipóteses em que o caso concreto exigir garantias de segurança para vítima ou a necessidade de vigiar e controlar condutas ajustadas em audiências conciliatórias. Na espécie, é igualmente indispensável o expreso consentimento do ofensor.

De sorte que o monitoramento eletrônico, para esta pesquisa, constitui ferramenta apta a contribuir com os objetivos de procedimentos restaurativos, facilitando o êxito do árduo processo de entabular entendimentos pós-crime.

Como é evidente, não cabe a este estudo estabelecer os contornos de uma definição legal adequada... A missão do presente trabalho é apenas a de provocar reflexões sobre a necessidade de controlar determinadas condutas que são ajustadas em audiência e que, muitas vezes, não são cumpridas posteriormente por seus interlocutores.

É de se observar que a proposta de vigilância eletrônica, ora apresentada, é defendida como uma medida autônoma a ser cogitada como instrumento de pacificação social – e de obtenção de confiança dos envolvidos – a ser alcançada pelo exercício da conciliação ou mediação, quando o caso exigir garantias de segurança para vítima ou o controle de cumprimento de condutas pactuadas.

Deste modo, a proposta articulada nestas linhas não se confunde com o objeto da lei n. 12.258/2010, que alterou o Código Penal e a Lei de Execução Penal, instituindo vigilância eletrônica do condenado quando determinado pelo juiz da execução, especialmente na hipótese de saída temporária e prisão domiciliar (art. 146-B e SS da LEP).

Também não se insere no contexto da lei n. 12.403/2011 que reformou o Código de Processo Penal, no aspecto relativo à prisão processual, fiança, liberdade provisória, fixando, entre as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, IX do CPP), a monitoração eletrônica.

É certo é que, em regra, as cogitações de implementação no texto legal de autorização para utilização de dispositivos eletrônicos (como tornozeleiras e pulseiras) sempre enfrentaram importantes resistências de estudiosos, legisladores e operadores do direito. No entanto, os exitosos resultados obtidos, especialmente nos Estados Unidos e Inglaterra, provocaram a propagação de tais dispositivos, destacadamente, nos países ocidentais.

No Brasil, as mais sólidas discussões no âmbito parlamentar surgiram no ano de 2001, através das propostas legislativas, conforme explica SOUZA (2013, p. 8), de autoria dos deputados Marcus Vicente (PL nº 4.342) e Vittorio Mediolini (PL nº 4.834). No ano de 2007, outros cinco projetos foram apresentados (PL nº 337, 510 e 641 e PLS nº 165 e 175), “que, por tratarem de matérias idênticas, acabaram sendo condenados em um único: o PL 1.288/2007. Enviado para sanção presidencial, o projeto, após sofrer alguns vetos, acabou sendo transformado na Lei 12.258/2010”. No ano de 2011, foi aprovada a Lei n. 12.403/2011.

Ocorre que, de modo geral, o Brasil ainda não foi capaz de instituir o sistema de monitoração em todos os estados. Segundo levantamento desenvolvido por SOUZA (2013, p. 8), o até novembro de 2012, apenas “sete estados já haviam implementado o ME: Acre, Alagoas, Ceará, Pernambuco, Rondônia, Rio de Janeiro e São Paulo”.

Os obstáculos, segundo o que afirma o mencionado pesquisador, para efetivação de tal medida, na prática, são os mais diversos. Em síntese, destacam-se as seguintes alegações de impedimento: a ineficiência da medida; a possibilidade de difusão do sentimento de impunidade; dificuldade com o processo licitatório; áreas que não são contempladas com o sinal satélite ou de telefonia móvel; inexistência de banda larga em alguns estados; inviabilidade na relação custo-benefício; embaraços quanto à operacionalidade; ausência de regulamentação específica.

Apesar das imensas dificuldades de ordem prática – que devem ser superadas! – para a implantação do monitoramento eletrônico no Brasil, não se pode descartar a necessidade de alcançar, através do desenvolvimento tecnológico, meios que colaborem, por um lado, com a criação de alternativas à prisão e, por outro, com o fortalecimento do espírito de confiança quanto ao cumprimento das medidas impostas pelo Estado ou alcançadas mediante processo de conciliação ou mediação.

Na hipótese de se obter a tão sonhada responsabilização consciente no caso de violência doméstica, é possível que o parâmetro de convencimento entre os pactuantes resida na certeza do cumprimento do que foi acordado e, audiência. E como ter certeza de que não haverá descumprimento daquilo que foi assumido, como compromisso, pelos envolvidos? E se, por exemplo, o ponto de pacificação se restringiu à não aproximação do ofensor à residência da vítima?

A possibilidade de ajustar, mediante consentimento, o uso da pulseira eletrônica pode facilitar o dispêndio de um processo penal e o risco de uma condenação, além de imprimir um maior sentimento de confiabilidade e tranquilidade à vítima.

Como é sabido, o monitoramento eletrônico apresenta, em síntese, três finalidades: detenção (limitação da liberdade de locomoção), restrição (proibição de invadir determinada área ou de aproximar de pessoas) e vigilância (controle e acompanhamento do monitorado). Na hipótese, parece ser indispensável permitir que o mediador (ou conciliador) disponha do monitoramento eletrônico como forma de colaborar com o exercício e eficácia de práticas restaurativas.

5 CONCLUSÃO

O sistema prisional brasileiro mostra-se falido e incapaz de evitar a reincidência e promover a ressocialização, sobretudo, pelos estigmas sociais que marginalizam na maioria das vezes, ainda mais, o indivíduo privado de sua liberdade. Sem dúvida é mais fácil e populista enveredar pelo inútil e mais cômodo território da ampliação das redes punitivas do estado, do uso exagerado das prisões ou, até mesmo, da redução da maioria penal e da introdução da pena de morte.

Longe de resolver o grave problema que enfrentamos hoje na segurança pública, essas pseudossoluções apenas decretam a exclusão dos grupos sociais que vivem fora dos grandes centros, alheios as melhorias proporcionadas pelos avanços tecnológicos e relegados a uma injusta divisão de trabalho e salários baixos.

Em contraposição à atual e falida Justiça Convencional, ressurgem a necessidade de ponderar sobre um modelo de Justiça eficiente e que responda aos conflitos sociais, tendo como centro não apenas o agressor e o Estado, mas também a vítima e a sociedade. E nessa perspectiva, surge a Justiça Restaurativa que se baseia no envolvimento da comunidade e, tão logo, da própria vítima, na busca por uma solução holística do(s) conflito(s).

No Brasil não existe legislação específica que discipline a matéria, todavia, apesar do nosso sistema jurídico ser *Civil Law*, a partir da Constituição de 1988 o legislador brasileiro desenhou um cenário jurídico apropriado à introdução de conceitos inovadores e

de mecanismos alternativos às tradicionais respostas punitivas. Logo, hoje possuímos meios de aplicação de métodos restaurativos em casos concretos nos tribunais brasileiros.

Assim, aparece a possibilidade de aplicação de métodos restaurativos nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Importante ressaltar que não se trata de livrar o agressor das sanções previstas na Lei nº. 11.340/06, mas sim, de se observar que a proposta de vigilância eletrônica pode ser manejada como instrumento de pacificação social e de obtenção de confiança a ser alcançada pelo exercício da conciliação ou mediação, quando o caso exigir garantias de segurança para vítima ou o controle de cumprimento de condutas pactuadas.

Destarte, não se pode descartar a necessidade de alcançar, através do desenvolvimento tecnológico, meios que colaborem tanto com a criação de alternativas à prisão quanto com o fortalecimento do espírito de confiança em relação ao cumprimento das medidas impostas pelo Estado ou alcançadas mediante processo de conciliação ou mediação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Felix; MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. O monitoramento Eletrônico de presos e a Lei nº 12.403/2011. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894>. Acesso em fev 2015.

ARAÚJO NETO, Felix. *La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión*. 25/02/2009. 467 f. Tese (Doutorado em Direito Penal e Política Criminal) – Faculdade de Direito, Universidade de Granada, Granada. 2009. Disponível em: <<http://hera.ugr.es/tesisugr/17847679.pdf>> Acesso em: 14/06/2011.

BORGES, Nayara Gallieta & PRUDENTE, Neemias Moretti. A Justiça Restaurativa como forma alternativa de composição de conflitos de ordem criminal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XVII, n. 21, p. 175-190, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/204/201>> Acessado em: 11 de novembro de 2014.

CALMON, Eliana. Eliana Calmon critica abandono das varas que julgam violência doméstica. 08/03/2012. Entrevista disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/03/08/interna_politica,282155/eliana-

[calmon-critica-abandono-das-varas-que-julgam-violencia-domestica.shtml](#)>. Acessado 14 de janeiro de 2015.

DELA-BIANCA, Naiara Antunes. **Monitoramento eletrônico de presos. Pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2748, 9 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18126>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. Justiça Restaurativa para a Criança e o Adolescente: uma Justiça que humaniza o processo “socioeducativo. In: XXII Conferência Nacional dos Advogados. Tribuna Livre. Painel 03. Rio de Janeiro, outubro de 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. *O Brasil e o monitoramento eletrônico*. In: Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: CNPCP, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Alternativas a la prisión. *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. XXII, Madrid, 2006.

ONU. Resolução 2002/2012 - Princípios Básicos para utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VNhb7_nF-VM>. Acessado em 10 de novembro de 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de Justiça Criminal. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP. N. 18. P. 215-235. Ano 2009. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/65>>. Acessado dia 11 de novembro de 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti & SABADELL, Ana Lucia. Mudança de Paradigma: Justiça Restaurativa. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/719/554>> Acessado em 11 de novembro de 2014.

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: Para Além da Punição. In: A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI”, Zahar, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1327493829_Para%20Alem%20da%20Pris%C3%A3o.pdf>. Acessado em: 11 de novembro de 2014.

SILVA, Andréa Diniz da & Outros. Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição. Org.: CUNHA, José Ricardo. Rio de Janeiro. FGV Editora: 2010.

SOUZA, Bernardo de. O estágio inicial de implementação do monitoramento eletrônico no Brasil. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 244, p. 8, 2013.

ROXIN. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003.

A INTERSEÇÃO ENTRE A MEDIAÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Romulo RhemoPalitot Braga¹⁴⁰

Tássio Túlio Braz Bezerra¹⁴¹

1 INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas vivenciam o desafio de um mundo paradoxalmente cada vez mais unido e separado, simultaneamente, conhecido e estranho, bem como, curiosamente, próximo e distante.

A mesma globalização que aproximou e tornou o mundo conhecido, por meio dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação e transporte, deu ensejo a uma sociedade fragmentada, onde nunca o conceito de indivíduo fez tanto sentido.

Apesar do avanço dos direitos humanos, ainda nos defrontamos com um discurso sobre a dignidade da pessoa humana vazio de sentido para o sujeito concreto.

O mundo contemporâneo testemunha um drástico aumento da criminalidade, acompanhado por um sentido de insegurança da sociedade e de impotência do Estado. Percepções essas que são estimuladas, quando não supervalorizadas pelos meios de comunicação no conhecido espetáculo midiático da violência.

O reforço de uma percepção de insegurança social tem levado de um lado à equivocada percepção que o aumento das penas e dos encarceramentos pode solucionar o problema. Na crença de que o remédio cujos efeitos colaterais estão adoecendo o corpo pode melhorá-lo se sua dose for aumenta. De outro lado, tem-se apontado para a possibilidade de mudanças no sistema penal de modo a incorporá-lo de outros elementos e perspectivas. É nesse debate que se insere as experiências em torno da Justiça Restaurativa.

Na contramão das demandas sociais, a Justiça Convencional, de modelo retributivo, tem cada vez mais demonstrado sua falência, seja no papel de punir

¹⁴⁰ Doutor em Direito Penal pela *Universitat de València*, Espanha. Professor de Direito Penal do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB e do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Auditor do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Confederação Brasileira de Automobilismo – STJD; Advogado. E-mail: romulo.palitot@uv.es

¹⁴¹ Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Professor Mestre do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau em João Pessoa. <http://lattes.cnpq.br/0906625957179026>.

criminosos, como de ressocializar os apenados em seu papel de coibir a criminalidade e garantir a pacificação social.

É nesse contexto que surge o interesse internacional pelas práticas restaurativas as quais se manifestam como possibilidade de um novo paradigma para o sistema criminal, a partir da mudança de foco sobre o infrator e do resgate do papel da vítima nas situações de conflito na órbita penal.

Dado que um dos instrumentos mais utilizados para a realização de práticas restaurativas é a chamada mediação vítima-ofensor, a presente pesquisa pretende investigar qual a relação existente entre a mediação de conflitos e a Justiça Restaurativa.

Assim, iniciaremos pela definição do que se entende por Justiça Restaurativa, para em seguida debater os conceitos ligados à mediação no âmbito penal e suas possibilidades jurídicas no Brasil, para, por fim, analisar a relação existente entre a mediação de conflitos e a Justiça Restaurativa.

2 O QUE SE ENTENDE POR JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa tem origem em algumas práticas de justiça comunitária encontradas na cultura *maori* na Nova Zelândia e em alguns povos primitivos da América do Norte. Contemporaneamente houve um ressurgimento do interesse internacional sobre as práticas restaurativas.

No entanto, foi a Nova Zelândia o país que mais longe chegou na implantação da Justiça Restaurativa, inclusive possuindo legislação nacional e obrigatória de um sistema de justiça restaurativa (MORRIS, 2005), acompanhada de larga produção teórica.

Compete salientar que as experiências de Justiça Restaurativa no Brasil tiveram seu surgimento atrelado ao conhecimento das práticas restaurativas em solo neozelandês, o que propiciou o surgimento de projetos piloto em solo nacional, culminando com a consolidação de algumas experiências concretas, a exemplo do projeto de justiça restaurativa realizado no Núcleo Bandeira no Distrito Federal, sob a direção do magistrado Asiel Henrique de Sousa.

Inicialmente, dentro dos limites do presente trabalho, impõe-se ao debate esclarecer, sem maiores aprofundamentos, o que se entende por justiça restaurativa.

Uma análise preliminar da expressão justiça restaurativa nos remete à ideia de restauração. Um vocábulo que aponta para a reconstituição/reparação de algo desgastado.

A restauração é um conceito comumente empregado pela historiografia para descrever processos nos quais há o restabelecimento de um dado regime político após sua queda¹⁴².

Uma visão apressada do quanto até aqui ditopoderia apontar para uma perspectiva conservadora do conceito de justiça restaurativa. É nesse sentido que se faz necessário apontar o que seria a justiça restaurativa e o que ela busca restaurar.

Iniciando pela abordagem conceitual, fazendo uso das palavras de Rento Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 20), pode-se dizer que:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Nessa perspectiva, podemos afirmar que a Justiça Restaurativa se refere a um processo voluntário, geralmente informal, desenvolvido preferencialmente em espaços comunitários, sem a solenidade do espaço judicial, no qual intervêm um ou mais mediadores ou facilitadores, podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, buscando um acordo que possa suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e promover a reintegração social entre vítima e infrator (PINTO, 2005, p. 20).

Apesar da Justiça Restaurativa se caracterizar por uma recente mudança de abordagem da política, já existe um significativo interesse por suas práticas na comunidade internacional, inclusive em documentos firmados no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU, conforme se pode verifica da Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social da ONU, o qual aponta para diversos enunciados:

Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos

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 (sentencingcircles).

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. (destaques nossos).

¹⁴² Podemos citar como exemplo a restauração da monarquia francesa após a queda de Napoleão em 1814.

Nesse sentido, podemos afirmar a existência de uma multiplicidade de práticas restaurativas entre os diferentes países e dentro de cada país. De um modo geral se pode indicar como as formas contemporâneas mais debatidas de justiça restaurativa a mediação vítima-ofensor, os encontros restaurativos com grupos familiares, os círculos de emissão de sentença, a conferências, os círculos de pacificação, entre outros (AZEVEDO, 2005; FROESTAD; SHEARING, 2005).

É importante ressaltar que a Justiça Restaurativa guarda significativas diferenças de percepção do fenômeno da criminalidade em comparação com o modelo de Justiça Convencional, dito retributivo. Enquanto a primeira enxerga o crime em uma abordagem realista, como um ato que traumatiza a vítima causando-lhe danos, a partir de uma abordagem multidisciplinar, o segundo entende o crime a partir do conceito jurídico-normativo de um ato contra a sociedade representado pelo Estado, numa visão unidisciplinar (PINTO, 2005, p. 25). Dessa forma, retira-se o foco do sistema criminal da punição ao infrator para o atendimento das necessidades das partes envolvidas e da comunidade.

A vítima, que na Justiça Convencional tem seu papel reduzido à função de testemunha, é resgatada na Justiça Restaurativa ocupando um lugar de participação central no processo, possuindo voz ativa. Por sua vez, o infrator emerge de seu papel de objeto passivo na Justiça Convencional e atua de modo ativo e diretamente na Justiça Restaurativa, interage com a vítima e a comunidade, tomando consciência das consequências de seus atos e responsabilizando-se pelos danos causados (GOMES PINTO, 2005, p. 26-27).

Importa esclarecer que a valorização do papel da vítima em nada guarda semelhança com um suposto retorno ao período da vingança privada. Ademais, é equivocado imaginar que “[...] antes do advento do período da Vingança Divina e Pública só havia uma justiça privada bestial.” (GOMES PINTO, 2005, p. 28).

Compete ainda apontar que uma maior participação da sociedade civil na resolução dos conflitos tem sido uma demanda do próprio judiciário, de modo a reduzir custos dos sistemas de controle social (SCURO NETO, 2005, p. 228).

Nessa perspectiva, podem ser apontados como alguns dos objetivos da Justiça Restaurativa, segundo afirmações de Alison Moris (2005, p. 441): 1) restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e o sentido de controle; 2) restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e suas consequências, restaurar o sentimento de que eles

podem corrigir o que fizeram e reestabelecer a crença de o processo e os resultados foram justos; e 3) encorajar o respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais.

Da análise dos objetivos apontados, podemos inferir as promessas da Justiça Restaurativa, bem como o que se pretende restaurar, inclusive o que se entende por restauratividade. Dito isso, compete mencionar que uma das principais críticas à Justiça Restaurativa é que ela fracassa em restaurar vítimas e infratores. Importa fazer o registro de que diversas pesquisas empíricas apontam para o elevado grau de satisfação das vítimas em acordos restaurativos, demonstrando baixos níveis de medo e obtendo uma boa compreensão sobre o que lhes ocorreu. De outro lado, importa ressaltar o elevado grau de envolvimento de jovens infratores que participaram de encontros restaurativos na Nova Zelândia, cujos estudos apontarem que mais de dois terços puderam dizer o que queriam, mais de 80% entenderam a decisão, mais de dois terços concordaram com a decisão (MORRIS, 2005, p. 441).

Ademais, é importante ressaltar que a Justiça Restaurativa não se coloca como solução mágica para todos os problemas na seara criminal até porque ela trata a questão da violência apenas no plano intersubjetivo, não tendo meios para intervir na violência simbólica e estrutural.

Assim, por mais inclusivo e participativo que possa ser um processo restaurativo, ele não tem como desfazer os anos de marginalização e exclusão social experimentados por tantos infratores (MORRIS, 2005, p. 441). Não é um único encontro restaurativo que propiciará a transformação do sujeito e sua emersão de uma realidade de desigualdade social, preconceito e segregação. Além disso, a restauração também requer uma aceitação por parte da comunidade de que o infrator tentou corrigir seus erros e precisa ser acolhido e apoiado, inclusive por meio de programas sociais específicos, a exemplo de capacitação profissional e tratamento para dependência química. Na perspectiva da vítima o resultado restaurativo também demanda iniciativa de suporte e reparação, a exemplo de ajuda financeira e acompanhamento psicológico.

Nesse sentido, não se pode por na conta da Justiça Restaurativa a persecução de objetivos dos quais ela não é responsável, mas que influenciam diretamente no êxito das práticas restaurativas.

A partir de agora adentraremos na análise da mediação enquanto prática restaurativa.

3A MEDIAÇÃO COMO PRÁTICA RESTAURATIVA

Ao tratarmos da relação existente entre a mediação e a Justiça Restaurativa é importante destacar que desde o princípio muitos dos primeiros programas de Justiça Restaurativa a que se tem notícia¹⁴³ fizeram uso da mediação como instrumento de prática restaurativa.

Nesse sentido, percebe-se contemporaneamente uma relação umbilical, e muitas vezes confusa, entre aquilo que seria a Justiça Restaurativa e sua interface com a mediação de conflitos.

Assim, faz-se necessário também esclarecer o que a mediação de conflitos e como se realiza sua prática no âmbito penal.

3.1 O que entendemos por mediação

Partindo da consideração que a mediação de uma maneira geral guarda diversas características comuns, apresentaremos o conceito de mediação e seus principais desdobramentos teóricos no Brasil para em seguida adentrarmos nas especificidades da mediação no campo penal.

O termo mediação se origina do latim *mediare* tendo por significação repartir em duas partes iguais ou dividir ao meio (VELOSO, 2009, p. 67). No entanto, a análise etimológica da palavra está longe de ser suficiente para definir o que por ela se entende. Conseqüentemente, ao adentrar no debate mais específico sobre a mediação, compete fazer rápida menção sobre os principais modelos teóricos existentes.

A mediação, em seu modelo tradicional, se caracteriza pela intervenção de um terceiro no conflito que funciona como facilitador do diálogo entre as partes, não podendo o mediador propor nenhum acordo, haja vista que este – quando obtido – deve ser fruto do mútuo entendimento entre os participantes. Nas palavras de Lilia Maia de Moraes Sales:

A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução dos conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa

¹⁴³ Segundo FROESTAD e SHEARING (2005, p. 81) o primeiro programa de reconciliação vítima-infrator foi estabelecido em Kitchener, Ontario, pela comunidade Mennonite.

ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção do diálogo (2010, p. 1).

É importante ressaltar, apenas a título de demonstrar sua experiência, que a mediação tem uma longa e variada história que perpassa as culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e diversas culturas indígenas. Desde os tempos bíblicos, comunidades judaicas utilizavam da mediação, que era praticada tanto por lideranças religiosas quanto políticas, para dirimir conflitos de idêntico teor. Posteriormente, tais práticas foram incorporadas pelas comunidades cristãs emergentes que perceberam Jesus Cristo como mediador entre Deus e os homens, papel este assumido em sequência pelo clero, o que tornou a Igreja Católica na Europa Ocidental e a Igreja Ortodoxa no leste Mediterrâneo as principais organizações de mediação e administração de conflitos no mundo ocidental, apenas para citarmos exemplos da comunidade judaico-cristã (MOORE, 1998, p. 32).

Deve-se recordar que o monismo jurídico estatal é bastante recente no mundo ocidental e que a resolução privada dos conflitos sempre se constituiu a regra ao longo da história.

Nesse sentido, não se deve conceber a ideia de alternatividade dos métodos alternativos como expressão latente de um método subalterno (SANTOS, 2006, p.107) àquele que poderíamos designar como supostamente normal, a jurisdição estatal.

Apesar do conceito mais tradicional de mediação acima referido, podemos ser encontrados na literatura especializada os mais diversos modelos teóricos. Por sua vez, seguindo classificação mencionada por Braga Neto e Sampaio(2007, p. 25) – e mais largamente aceita –, podemos afirmar que existem três principais propostas: o modelo tradicional – da Escola de Havard – centrada na satisfação das partes para obtenção do acordo; o modelo transformativo – desenvolvido por Bush e Folger– que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a que possa constituir como possibilidade de crescimento; e o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Marinés Suares – que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, também focado no acordo, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes.

No Brasil, tais modelos teóricos, que se revestem de um conjunto de técnicas próprias, foram importados sem muito rigor. Por sua vez, consistindo a mediação em um saber prático, a utilização de tais métodos, especialmente em comunidades de elevado grau

de precarização, fez surgir aquilo que poderia se chamar de uma mediação à brasileira (BEZERRA, 2014, p. 53).

Nesse sentido, a mediação em terra brasilis pode ser agrupada em duas grandes abordagens, que muitas vezes, na prática, são empregadas ora conjunta ora separadamente. A primeira delas é a mediação em seu modelo tradicional, também chamado acordista, estruturada segundo o modelo americano, focado na questão comunicacional com vista a obtenção de um acordo; o segundo modelo, bastante usado em práticas comunitárias, é a mediação transformadora que tem por fim não a busca de um acordo, mas o restabelecimento de laços e afetos desfeitos e a ressignificação do conflito, enquanto oportunidade de transformação (BEZERRA, 2014, p. 53/54).

Importa destacar que a mediação acordista tem como norte um processo de resolução, enquanto que a mediação transformadora tem como proposta um processo de transformação (BEZERRA, 2014, p. 54).

O processo de resolução é focado na discussão do conteúdo do conflito, buscando encerrá-lo, tendo como propósito encontrar um acordo para um problema atual, a partir do conflito imediato, num horizonte de curto prazo. Por sua vez, o processo de transformação avalia como pôr fim a algo destrutivo e construir algo desejável, tendo como propósito promover processos de mudança construtivos e inclusivos voltado para as relações, não se limitando a soluções imediatas, pautado num horizonte de mudanças de médio e longo prazo, enxergando o conflito como uma dinâmica necessária para uma mudança construtiva (SALES, 2010, p. 1).

Importa destacar, como afirma Azevedo (2005, 143), que existem diferentes potenciais restaurativas entre as diferentes práticas de mediação. Nesse sentido, apontamos para a mediação transformadora como o modelo teórico que no Brasil apresenta maior possibilidade de restauração das relações entre as partes em conflito, inclusive no campo penal.

Feitas as devidas considerações, compete afirmar que é do modelo de mediação transformadora que passamos a discorrer e que será tomado como referência para o presente trabalho. Desse modo, é do bom alvitre iniciar a discussão a partir da conceituação, mesmo que provisória, do tipo de mediação de que estamos a falar, que segundo as palavras de Luis Alberto Warat (1998, p. 5) é:

[...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o

outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Nesse sentido, a melhor forma de compreender a proposta waratiana de uma mediação transformadora é a partir da percepção da centralidade da teoria do conflito em sua elaboração.

3.2 A distinção entre conflito e violência

Inicialmente, faz-se imperioso realizar a distinção entre os conceitos de conflito e violência e desmistificar a conotação essencialmente negativa atribuída ao primeiro. Assim, partindo de uma análise etimológica, conforme nos afirma Cappi (2009, p. 28), a palavra conflito deriva do latim *conflictus*, participio passado do verbo *confligere*, por sua vez composto do prefixo “*con*” – que significa junto – e “*fligere*” que quer dizer conludir, chocar-se, trombar.

Os conflitos são manifestações inerentes ao ser humano. A mudança constante é única certeza a que podemos ter. Assim, os conflitos decorrem tanto de nossas incongruências internas, quanto de nossas relações com os outros (BEZERRA, 2014, p. 55).

Em verdade, falta ao direito uma teoria do conflito que o apresente como uma oportunidade de produzir com outro a diferença e que possibilite, conseqüentemente, realizar com o outro o novo (WARAT, 2004, p. 61). Esta mudança de abordagem faz com que possamos perceber as nossas naturais divergências como oportunidades para o amadurecimento de nossas relações (WARAT, 2004, p. 55).

A mudança da maneira como se encara o conflito faz com que este deixe de ser percebido como algo negativo ou prejudicial e possa ser reconhecido em seu potencial construtivo “a vida como um dever conflitivo tem que ser vitalmente gerenciado (sic)” (WARAT, 2004, p. 62).

Por sua vez, violência e conflito não são sinônimos. A violência é uma forma de resolução de conflitos que implica na negação do outro. Mais uma vez usando as palavras de Cappi (2009, p. 29):

Uma maneira onde “outro”, considerado negativamente e de maneira hostil, precisa ser anulado, excluído e, se for o caso, eliminado. Daí decorre a diferença crucial entre a noção de conflito e a noção de violência. Enquanto o conflito representa um elemento insuperável da condição humana, a violência constitui uma opção singular de gestão do conflito.

Assim, afastado o caráter estritamente negativo do conflito – a partir da distinção com sua resolução violenta – verifica-se como o conflito pode ser percebido enquanto potencial construtivo nas relações sociais.

Assim, a abordagem da mediação transformadora aqui apresentada, procura dar um novo sentido ao conflito, a partir do reencontro construtivo com o lugar do outro, graças à possibilidade assistida de poder olhar a partir do olhar do outro, de modo a que possamos tanto transformar o conflito como nos transformarmos no conflito (WARAT, 2004, p. 69).

O distanciamento a que as partes em desavença, em geral mutuamente, se submetem se converte em elemento desumanizador do conflito, o que muitas vezes culmina com sua escalada, haja vista a ausência de reconhecimento do outro. Nesse sentido, são sintomáticas as palavras de Hicks(2007, p. 152) ao discorrer sobre utilização do método RIP – Resolução Interativa de Conflitos , quando analisa a interação de pessoas em contextos de relações de conflito desumanizadores: “Uma consequência destrutiva do conflito é o processo de alienação e o isolamento entre as partes, criando a distância e a falta de comunicação que resultam no processo de desumanização”.

Nessa perspectiva, a mediação é um procedimento que trabalha o conflito na dimensão do passado, do presente, buscando sua ressignificação para o restabelecimento das relações futuras. Desse modo, é bastante indicado para conflito que se instalam em situações de convivência continuada e prolongada – uma separação de casal que teve um relacionamento de longos anos com a presença de filhos, desentendimento entre vizinhos, conflitos no ambiente escolar.

Consequentemente, pode-se inferir que um dos grandes diferenciais da mediação waratiana dos métodos tradicionais (sentenças judiciais) e alternativos de resolução de conflitos (negociação direta, conciliação, arbitragem e mediação acordista) está no fato de que naquela modalidade de mediação há uma reconstrução simbólica do conflito a partir do discurso e uma busca da satisfação da real necessidade dos indivíduos com base no sentido que dão à desavença. Analisa ainda a dimensão afetivo-conflituosa, buscando as origens, as causas e consequências do conflito.

Feito um rápido panorama da mediação da discussão teórica dos modelos de mediação no Brasil, adentraremos ao campo da mediação no âmbito penal.

3.3 A mediação no âmbito penal no Brasil

Ao se discutir sobre a mediação na seara penal no Brasil se impõe responder uma pergunta inicial: É juridicamente possível a mediação penal no Brasil? De plano, podemos responder afirmativamente à questão apresentando seus fundamentos jurídicos, bem como retratando o projeto de mediação penal do Núcleo Bandeirante no Distrito Federal.

Importa ressaltar, conforme já afirmamos anteriormente, que há grande diversidade de modelos de mediação e que, conforme hipótese aventada por BONAFE-SCHIMITT (2012, p. 184) “[...] as formas e o desenvolvimento da mediação nos diversos países estão diretamente influenciados pelos sistemas de regulação social”.

Nesse sentido, apesar de cientes das diferenciações existentes entre o modelo de mediação penal, de origem francesa e de elevada institucionalização, e do modelo de mediação vítima-ofensor, de matriz americana e com elevada autonomia dos sujeitos (BONAFE-SCHIMITT, 2012, p. 199), não faremos a diferenciação entre as citadas abordagens neste trabalho, dado seu caráter exploratório sobre o tema. Assim, as expressões mediação penal e mediação vítima-ofensor serão empregadas indistintamente.

Feitas as devidas considerações, compete afirmar que apesar de ainda vigorar no Brasil o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, houve significativa flexibilização com o advento da Lei 9.099/95 e a possibilidade de suspensão condicional do processo e da transação penal, além da considerável margem de discricionariedade da atuação do *Parquet* nas infrações cometidas por adolescentes (GOMES PINTO, 2005, p. 29).

Ainda antes, com a Constituição de 1998, já havia a previsão de conciliação, em procedimento oral, nas infrações de menor potencial ofensivo, conforme segue:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Por sua vez, as disposições constantes nos artigos 70, 72, 73 e 74 da Lei 9.099/95, apontam para a possibilidade de realização da fase preliminar do procedimento, sob a forma restaurativa (GOMES PINTO, 2005, p. 30), como é possível observar:

Da Fase Preliminar

Art. 70. **Comparecendo o autor do fato e a vítima**, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

[...]

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, **o autor do fato e a vítima** e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a **possibilidade da composição dos danos** e da **aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade**.

Art. 73. **A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador** sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. **A composição dos danos civis** será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante **sentença irrecorrível**, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, **o acordo homologado** acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (destaques nossos).

Ainda nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069/90, prevê em seus artigos 112 e 116 a aplicação de disposições de práticas restaurativas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

[...]

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

[...]

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Por fim, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, não deixa margem para dúvidas quando por meio da Emenda nº 1 de 2013 alterou a redação de seu art. 7º para o seguinte sentido:

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

[...]

§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

Nesse sentido, podemos confirmar que não restam mais dúvidas sobre a juridicidade da realização de práticas de Justiça Restaurativa no Brasil, bem como sobre a inexistência de qualquer óbice à mediação penal, mais ainda quando já vem sendo

realizadas práticas de mediação vítima-ofensor dentro do próprio Poder Judiciário, a exemplo da atuação pioneira em solo nacional do Projeto Justiça Restaurativa realizado no Juizado Especial Cível e Criminal do Núcleo Bandeirante/DF.

3.4 Algumas considerações sobre as especificidades da mediação vítima-ofensor

A mediação vítima-ofensor (MVO) se singulariza dos demais tipos de mediação pela existência dos papéis diferenciados da vítima e do ofensor, além de possuir um objeto próprio: o evento danoso em matéria penal. Nesses termos, na MVO o fato de uma pessoa ter cometido a infração e a outra ter sido vítima deve restar como incontroverso, pois no procedimento a culpa não será mediada (AZEVEDO, 2005, p. 142).

No entanto, a MVO não deixa de ser uma espécie do gênero mediação e, conseqüentemente, se submete aos seus princípios de um modo geral, ressalvadas algumas particularidades.

Assim, o procedimento de mediação vítima-ofensor (MVO) é voluntário, não podendo haver qualquer imposição na participação, bem como no resultado a ser alcançado. Nesse sentido, o mediador deve ser imparcial, de modo a garantir a credibilidade do procedimento, porém atuando para manter o equilíbrio de poder entre as partes. Merece aqui o registro da diferença entre imparcialidade e neutralidade. O mediador deve ser imparcial, mas não neutro, pois intervém no conflito, especialmente na tentativa de restabelecimento da comunicação com foco no resultado restaurativo.

A MVO é confidencial, inclusive, possível confissão realizada durante o procedimento não pode gerar qualquer efeito na órbita penal. Assim, para a realização do procedimento de MVO é essencial que as partes tenham um entendimento comum sobre a ocorrência do fato delitivo, pois a mediação não visa a perquirir a culpa, mas o reconhecimento dos danos causados, a responsabilização e a reparação dos resultados causados.

Outro elemento distintivo da MVO é o cuidado necessário para o contato com a vítima, a fim de se evitar uma dupla vitimização. Nesse sentido, deve-se ter o cuidado de realizar inicialmente o contato com o infrator de modo a verificar sua disposição inicial em participar do procedimento de mediação, para, só após sua anuência, ser realizado o contato a vítima.

No tocante à seleção de casos, Azevedo (2005, p. 145) apontada que a resolutividade da MVO geralmente está ligada a crimes de menor potencial ofensivo, assunção da responsabilidade pelo infrator e primariedade do ofensor.

Uma especificidade da MVO frente aos demais tipos de mediação é a necessidade de após um contato telefônico inicial com as partes, seja realizada uma sessão individual, chamada de entrevista pré-mediação Azevedo (2005, p. 145), momento no qual o mediador deverá aferir a perspectiva de cada um dos envolvidos sobre o ato delituoso em questão.

Ultrapassado o contato individual, tiradas as dúvidas e verificado o ânimo cooperativo, é possível realizar a sessão conjunta e dar prosseguimento ao procedimento de mediação de modo bastante próximo do procedimento ordinariamente realizado: seção de abertura, fala das partes, resumo, definição de questões, elaboração de propostas e, se possível, celebração de acordo.

3.5 A relação existente entre a Justiça Restaurativa e a mediação

Realizado um rápido sobrevoo panorâmico sobre a Justiça Restaurativa e a mediação penal, compete fazer algumas considerações sobre ambas e sua relação.

Inicialmente, a discussão toma lugar dado um suposto embate entre os teóricos da mediação e da Justiça Restaurativa sobre a suposta precedência de uma prática sobre a outra, na qual a discussão aparentemente acadêmica escamoteia relação de poder.

Do quanto até aqui abordado, pode-se perceber que a Justiça Restaurativa e a mediação são institutos com origens e trajetórias distintas que em alguns momentos tem destinos comuns.

A mediação tem registros históricos na antiguidade, tanto em povos primitivos como em sociedades complexas, constituindo-se em um conjunto de técnicas empregadas para a resolução dos mais variados conflitos, estando aí incluídos aqueles na órbita penal.

Por sua vez a Justiça Restaurativa se apresenta como um conjunto de valores e princípios que tem como foco a restauração das relações rompidas entre infrator e ofensor, portanto adstrito ao campo penal, fazendo uso de variadas técnicas, dentre elas a mediação.

Assim percebe-se a existência de uma relação de interseção entre a Justiça Restaurativa e a mediação, pois a Justiça Restaurativa faz uso da mediação penal como um de seus instrumentos restaurativos, enquanto que a mediação, quando tem por objeto o conflito penal, se reveste de valores restaurativos.

Nessa senda, não consigo vislumbrar uma relação de subordinação hierárquica ou primazia entre os dois institutos, mas no máximo uma interseção contingente de suas práticas e princípios, pois se ambos se tocam, também tem dimensões mutuamente mais amplas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno contemporâneo da explosão da criminalidade e do sentimento de insegurança social apontam de forma crítica para a falência do sistema penal retributivo e abrem as portas para possibilidades de reforma.

Nessa perspectiva que se apresenta a Justiça Restaurativa como um novo paradigma para o sistema penal, na medida em que busca a restauração das relações entre o infrator e a vítima, promovendo a responsabilização do primeiro e o resgate e reparação da última, com finalidade de construir soluções mais justas e adequadas aos anseios de pacificação social.

Para tanto, a Justiça Restaurativa faz uso de diversas práticas, dentre elas a mediação, dada a existência prévia e estruturação autônoma dessa última.

Nesse sentido, se a Justiça Restaurativa se utiliza da mediação como uma de suas práticas, a mediação em muito extrapola a órbita penal, pois sua prática tem como foco conflitos de natureza das mais variadas, se constituindo o conflito penal apenas um de seus objetos, no que se verifica uma interseção entre ambas as práticas ou, melhor dizendo, paradigmas de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Goma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 135-162. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

BEZERRA, Tássio Túlio Braz. **A mediação transformadora como instrumento de promoção da autonomia dos sujeitos**: um diálogo com a experiência do Juspopuli no município de Feira de Santana-BA. 2014. 131f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2014.

BONAFE-SCHIMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. V. 7. n. 2. p.229-247, jul/dez. 2012.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. **Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ**, de 29 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 29 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 nov. 2014.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: Acesso em 29 nov. 2014.

BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de dezembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 29 nov. 2014.

CAPPI, Riccardo. Mediação e Prevenção da Violência. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: [s.n.], 2009.p. 59-106.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 79-123. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 19-39. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

HICKS, Donna. Resolução de Conflitos e Educação em Direitos Humanos: Ampliação da Agenda. In: ANDREOPOULOS, Geroge, J; CLAUDE, Ruchard Pierre (Org.). **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007. p. 141-164.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos – Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 439-472. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., atual. eampl. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 225-244. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

VELOSO, Marília Lomanto. Mediação Popular: um universo singular e plural de possibilidade dialógicas. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: [s.n.], 2009.p. 59-106.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.

_____. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Vol III. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

**A REMIÇÃO PENAL COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO E DE
EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

Sheyla Cristina F. Santos Queiroz¹⁴⁴

¹⁴⁴ Advogada. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Mestranda pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professora de Direito Penal e Processual Penal do UNIPÊ – Centro Universitário de João Pessoa.

1. Introdução

A temática sobre a ressocialização do apenado sempre foi objeto de preocupação no âmbito penal, e uma das formas de alcance da reinserção social se dá através da remição, sendo esse um instituto que permite desconto na pena privativa de liberdade aplicada ao condenado que praticou um delito previsto em lei, em observância aos princípios da legalidade e da anterioridade penal, bem como ao princípio da retroatividade da lei penal benéfica.

A origem da palavra “remir” provém do latim *redimere*, que significa “adquirir de novo”. Assim, parte da liberdade do preso é readquirida pelo trabalho ou pelo estudo nos termos da Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/84).

A remição deve ser aplicada ao preso que estiver cumprindo pena em regime fechado e semi-aberto, através do trabalho desenvolvido dentro do estabelecimento penal ou fora dele, bem como através do estudo, em que o condenado, ao frequentar cursos de nível fundamental, médio, superior ou profissionalizante, estará, concomitantemente, adquirindo conhecimento, diminuindo o tempo de pena a cumprir e se profissionalizando, além de estar exercendo a cidadania e buscando a sua plenitude, proporcionando, assim, tal instituto ao condenado dignidade e desenvolvimento social.

A cidadania moderna pressupõe a existência três elementos: o cívico, o político e o social, e não pode ser confundida com a nacionalidade. Classicamente, a cidadania é compreendida como um conjunto de direitos e deveres os quais estão diretamente ligados à condição de nacional do Estado, isto é, é cidadão aquele que é considerado nacional, fato diretamente ligado aos direitos políticos, assim, a nacionalidade seria pressuposto da cidadania. Todavia, atualmente é insuficiente caracterizar a cidadania dessa forma, tendo em vista os múltiplos papéis sociais exercido pelo cidadão.

Podemos entender que o condenado a uma pena privativa de liberdade continua sendo cidadão, exercendo a cidadania, no entanto, de forma limitada, uma vez que, ao praticar um delito previsto legalmente, infringiu a norma penal, surgindo o dever estatal de exercer o *ius puniendi*, o direito de punir, sendo a limitação à cidadania, então, lícita. Durante a execução da pena privativa de liberdade, a remição penal poderia, através da execução do trabalho e do desenvolvimento do estudo, proporcionar ao apenado a busca

pela cidadania plena com a sua reinserção social, compreendendo esse um processo ressocializador.

Desse modo, para se proceder a uma investigação sobre a remição penal, propõe-se uma análise doutrinária e legal, inicialmente, observando a Constituição Federal/88, bem como a Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/84), destacando a importância do trabalho e do estudo como direitos sociais, fazendo esses parte do processo de desenvolvimento econômico, social e cultural e da reinserção do indivíduo na sociedade, relacionando essas atividades exercidas pelo condenado ao exercício da cidadania e a busca pela sua plenitude.

2. Trabalho e Estudo na Constituição Federal/88 como Direitos Sociais

A Constituição Federal/88 estabelece os fundamentos da Ordem Econômica, sendo tais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa na busca da existência digna, determinando que, para isso, alguns princípios devam ser observados, a exemplo da livre concorrência, da redução das desigualdades sociais, da busca do pleno emprego, e da defesa do meio ambiente, entre outros.

“Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (Constituição Federal/88) (grifo nosso)

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo (2010, p.59), “por Ordem Econômica entende-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação, podendo a interferência ocorrer de forma direta ou indireta.”

Assim, com a Ordem Econômica, busca-se organizar a realização da atividade econômica em determinada sociedade, e, para atingir os objetivos, observam-se os fundamentos, que são a base de sustentação do sistema econômico, e os princípios dispostos na Carta Magna.

Afirma Fabiano Del Masso (2012, p.58) que “a existência digna é a principal finalidade da ordem econômica e existe, de acordo com o regulado pela Constituição, quando o objetivo da justiça social é alcançado.”

A valorização do trabalho humano, portanto, representa o direito que todos têm ao trabalho, na perseguição à dignidade proposta constitucionalmente. O Estado valoriza o trabalho, no momento em que cria possibilidades para a atividade laboral, abrindo portas para a profissionalização, capacitando pessoas para produzir, qualificando a mão de obra. Deve-se ressaltar, ainda, que não há desenvolvimento econômico se não houver a valorização da atividade laboral.

Estabelece, ainda, a Carta Magna que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamentos da República Federativa do Brasil e que o exercício do trabalho é um direito social.

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (grifo nosso)

E ainda,

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso)

A educação também é objeto de preocupação do legislador constitucional, quando a determina como um direito social, sendo um direito de todos e dever do Estado, bem como da família.

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (Constituição Federal/88)

Toda a sociedade deve estar envolvida no processo educacional, visando ao desenvolvimento da pessoa humana e, conseqüentemente, desenvolvimento social porque a educação faz parte do processo de preparação para o exercício da cidadania de forma adequada, bem como da qualificação para o exercício da atividade laboral.

A partir do século XX, os direitos sociais se fortaleceram nos textos constitucionais, sendo considerado, na Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais, que se originaram com o fim da 1ª Guerra Mundial e com a superação do Estado Liberal, que se mostrava incapaz de satisfazer as necessidades da sociedade, surgindo, assim, os chamados “direitos sociais” no contexto do Estado Social, que tinha, por luta, reduzir as desigualdades existentes.

Tais direitos sociais passaram a exigir que o Estado atuasse positivamente, através da implementação de políticas públicas que possibilitassem alcançar o objetivo da diminuição das desigualdades sociais. Nesse contexto, ocorreu a intervenção do Estado no domínio econômico, surgindo as grandes empresas estatais, e a Ordem Econômica observada nas “Constituições Sociais” objetivavam, agora, a geração de riquezas que deveriam ser compartilhadas.

Com o neoliberalismo e com a globalização econômica, o Estado assume um novo papel; dá-se uma concepção moderna do desenvolvimento e se inicia o processo de desestatização e privatização, aumentando a oferta em nome da eficiência econômica, assim, o novo papel do Estado é regular a economia, surgindo o “Direito Regulatório” na busca do desenvolvimento.

O desenvolvimento não retrata apenas o crescimento econômico, mas também aspectos de natureza social, cultural e ambiental. De forma específica, no campo econômico, reclama a observância do trabalho humano e da educação como parte do crescimento quantitativo e qualitativo de uma sociedade, promovendo a sobrevivência do cidadão, a concretização da sua dignidade e, ao mesmo tempo, aquecendo a economia, gerando ascendência na atividade econômica e o fenômeno da globalização, característica do sistema capitalista.

A execução do trabalho e do estudo, então, foram inseridos na Constituição Federal de 1988, sendo considerados direitos fundamentais e sociais devido à sua importância na busca pelo desenvolvimento de uma sociedade.

3. A Remição Penal

Visando à harmonia social, são criadas regras básicas de convivência que disciplinam o comportamento dos seres humanos. Tais regras, uma vez instituídas, devem ser respeitadas por todos que fazem parte da sociedade.

No que diz respeito às regras de caráter penal, observa-se a existência de normas incriminadoras, sendo aquelas que estabelecem crimes e penas. A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº3.914/41) dita: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

A pena, sendo uma resposta à prática de crimes, é aplicada quando o bem jurídico protegido legalmente é atingido, seja a vida, o patrimônio, a integridade física, a honra, ou ainda, a dignidade sexual, entre outros, protegidos pela norma penal.

A pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos. (SOLER, 1970, p. 342)

A aplicação da sanção penal deve observância aos princípios da legalidade e da anterioridade, assim, a Constituição Federal/88, no art. 5º, XXXIX, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Por sua vez, o Código Penal, ao tratar da aplicação da lei, em seu art.1º, também determina a observância dos princípios já citados, trazendo, em seu corpo legal, a mesma redação constitucional.

O Estado estabelece, portanto, normas penais que definem crimes (fato típico, antijurídico e culpável) e sanções que devem ser impostas àqueles que infringem as normas praticando delitos, exercendo o Estado-juiz o *ius puniendi*, isto é, o direito de punir, pertencente exclusivamente ao Estado.

O Estado, nas sociedades pós-modernas, passou a exercer, com exclusividade, o direito de punir, o que não impede que o particular articule, em juízo, o seu *ius accusationis*, nas ações penais em que a iniciativa é de natureza privada. (GRECO, 2011, p. 20)

As penas serão privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa. As penas privativas da liberdade são aquelas que limitam o direito de locomoção através da reclusão ou da detenção, bem como da prisão simples, sendo que a execução dessas penas ocorrerá através da progressão de regimes, em que o apenado, diante da comprovação do bom comportamento pelo diretor do estabelecimento penal e do cumprimento de parte da pena, poderá passar de um regime mais rigoroso para um mais brando, isto é, do regime fechado ao semi-aberto, chegando, finalmente, ao regime aberto, pressupondo a ressocialização.

O Direito Penal brasileiro normatiza detalhadamente a “espinha dorsal” do seu sistema de penas, isto é, a pena privativa de liberdade, no entanto essa normatização não passa de uma carta de intenções, uma vez que o próprio Estado descumpre a lei, produzindo um verdadeiro abismo entre o que está na norma e o que é aplicado no caso concreto, gerando incongruências jurídicas. (BRANDÃO, 2010, p.323).

Diante da falência das penas privativas de liberdade, pela frustração da sua finalidade, surgem as penas restritivas de direitos, sendo consideradas penas alternativas. Assim, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando suficientes para retribuição e prevenção do crime, sendo elas, segundo o art.43 do Código Penal, as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade e interdição de direitos.

A finalidade da aplicação das penas alternativas, portanto, é punir ao agente que praticou a infração penal, evitando a sua desnecessária segregação, permitindo, enfim, que ele permaneça extramuros, convivendo em sociedade. (GRECO, 2011, p.410)

A pena de multa, também prevista no Código Penal, consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, atendendo, nos dias de hoje, à necessidade de descarcerização, punindo o autor da infração penal com o pagamento de importância em dinheiro fixada pelo juiz, em observância aos limites legais. (GRECO, 2011, p.431).

As funções das penas no Estado Democrático de Direito são: a retribuição do mal praticado pelo infrator, fundamento da teoria chamada de “absoluta” ou “retributiva”, bem como a prevenção da criminalidade, fundamento da teoria “relativa” ou “preventiva”, observando, assim, um aspecto geral, em que a ameaça da pena produz, na sociedade, uma

espécie de motivação para não cometer delitos, e em um aspecto especial, dirigindo-se, exclusivamente, ao delinquente de forma particular, objetivando que ele não volte a delinquir. Visa-se, portanto, através do aspecto especial da prevenção, à reeducação daquele que cometeu delitos e, através do aspecto geral, a retribuição do mal pelo mal.

Tais funções estão presentes no art.59, caput, do Código Penal, ao tratar da aplicação da pena, em que, de forma explícita, o legislador estabelece que: “O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como, ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Adotou, assim, o Código Penal a teoria unificadora da pena, em que o juiz, buscando a justa aplicação da lei, terá, por finalidade, concomitantemente, punir o infrator e alcançar a sua recuperação.

O trabalho e a educação, diante da sua função social, também são objetos da legislação penal, sendo meios de ressocialização e de inserção na sociedade, voltando-se para aqueles que são condenados a uma pena privativa de liberdade diante da transgressão da norma penal, percebendo-se, ainda, a importância do trabalho e da educação na busca pela satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, na seara penal, tal princípio serve como reitor de muitos outros. (GRECO, 2011, p.101).

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) estabelece de que forma a pena deve ser executada, tendo, por objeto, a efetivação das disposições constantes na sentença, bem como na decisão criminal, isto é, traz todos os mecanismos para o alcance da reintegração ou da reinserção social daqueles que praticaram crimes e receberam penas ou medidas de segurança, os condenados ou internados. Portanto, visa-se, com a referida lei, à efetivação das penas e das medidas de segurança, bem como à concessão de benefícios e à solução de incidentes que possam decorrer da execução.

“Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (Lei nº7210/84)

E ainda,

“Art.4º. O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.” (Lei nº7210/84)

A remição penal foi consagrada pelo Código Penal Espanhol, mais precisamente, através do Direito Penal Militar da guerra civil espanhola, sendo estabelecido por decreto, a princípio, para os prisioneiros de guerra e os por crimes especiais. Em 1938, foi criado um patronato central para tratar da redenção das penas pelo trabalho e, no ano seguinte, o benefício foi estendido aos presos que cometiam crimes comuns, sendo incorporado à lei penal. Todavia, a Espanha, berço da remição penal, ao endurecer as penas, extinguiu o benefício da remição, sendo seguida por outros países modernos onde havia também a aplicação da redenção pelo trabalho do apenado.

Como incidente na execução penal, a remição é o resgate da pena pelo trabalho e pelo estudo, fazendo com que haja o desconto na pena privativa de liberdade aplicada ao condenado através da sentença, de forma periódica, desde que o preso comprove a execução do trabalho e o desenvolvimento do estudo.

Segundo a Lei de Execução Penal, uma das formas de alcance da ressocialização do condenado ocorre através da execução da atividade laboral, isto é, o trabalho executado pelo apenado poderá ser decisivo para sua reinserção no corpo social, porque, ao executar uma atividade laborativa, o apenado estará ocupando a mente, a princípio, ociosa e, ao mesmo tempo, aprendendo e desenvolvendo uma atividade, profissionalizando-se, além de obter o desconto da pena privativa de liberdade recebida à medida que o trabalho seja executado. O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e de diminuir os efeitos criminógenos da prisão, sendo um direito-dever do apenado. (BITENCOURT, 2010, p.539).

Sendo um meio que permite devolver à sociedade uma pessoa em condições de produzir, o trabalho dignifica o homem. Determina, assim, a Lei de Execução Penal, quanto ao trabalho do apenado, que:

“Art.28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Enuncia, ainda, a Lei nº7210/84, que devem ser observadas todas as precauções relativas à segurança e à higiene no trabalho desenvolvido pelo apenado, devendo inclusive ser remunerado, não podendo a remuneração ser inferior a três quartos do salário mínimo. Todavia, não está o trabalho executado pelo apenado sujeito às regras relativas à CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Prevê também a Lei de Execução Penal que o trabalho desenvolvido pelo apenado ocorrerá de acordo com suas aptidões e capacidade dentro do estabelecimento penal, como regra, mas também externamente, desde que observados os limites impostos legalmente. Assim, o trabalho é obrigatório, mas não forçado, devendo ser levadas em conta o tipo de trabalho que deve ser oferecido a cada apenado e as oportunidades de emprego e de mercado.

“Art.32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado.”

E ainda,

“Art.34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.”

No que diz respeito ao trabalho externo, esse será admissível aos presos em regime fechado com algumas limitações, tais como somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta ou entidades privadas, desde que tomadas as providências para evitar a fuga e em favor da disciplina. Já os presos em regime semiaberto ou aberto poderão executar o trabalho externamente, a depender da sua aptidão, pressupondo-se o senso de disciplina e de responsabilidade do apenado.

Quanto à jornada de trabalho, seja interno ou externo, não será inferior a 6(seis) nem superior a 8(oito) horas, com descanso aos domingos e feriados, podendo haver a execução de horário especial para os presos que trabalham na manutenção e na conservação do estabelecimento penal.

Com a execução do trabalho, o apenado poderá obter o benefício da remição, prevista no art.126 e seguintes da Lei de Execução Penal, em que a cada três dias

trabalhados, o preso em regime fechado e semi-aberto terá descontado um dia na sua pena, sendo computado o tempo remido para todos os efeitos penais, devendo o condenado tomar conhecimento dos dias remidos pela atividade laborativa, como forma de incentivo a que o trabalho seja realizado, visando à ressocialização.

O Estado tem a obrigação de prover o estabelecimento penal de meios para realização do trabalho do apenado. A não efetivação do direito à atribuição de um trabalho, por exclusiva responsabilidade do Estado, que viola flagrantemente a Lei de Execução Penal, não pode acarretar um prejuízo ao apenado. (BRANDÃO, 2010, p. 336)

Como diretriz básica da política penitenciária nacional, foi proposta a viabilização, perante o Congresso Nacional, da inserção, no direito penal brasileiro, da remição da pena pelo processo educacional, em virtude da frequência e de aproveitamento em curso de qualquer grau, nível ou modalidade de ensino, assim, a Lei nº12.433/11 inseriu o estudo como forma de abreviar parte do tempo da condenação (MIRABETTE, 2012, p.251). A remição, portanto, também poderá ocorrer através do estudo, visando a proporcionar educação ao preso e recuperar sua dignidade outrora perdida, viabilizando a profissionalização e a qualificação para o mercado de trabalho.

Sendo assim, nos termos da Lei de Execução Penal, a cada doze horas de frequência escolar, sendo essa atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante ou superior, ou ainda a requalificação profissional, divididas, no mínimo, em três dias, será descontado um dia de pena.

Estabelece, ainda, a Lei de Execução Penal, que as atividades que visam a proporcionar o estudo poderão ocorrer presencialmente ou a distância, e, como estímulo à conclusão dos estudos, seja ele fundamental, médio ou superior, haverá um desconto de mais um terço no tempo de pena a remir, havendo, assim, uma premiação àquele que se dedica aos estudos.

A princípio, aplicável apenas aos presos definitivos, com pena a cumprir, hoje a remição penal aplica-se também, aos presos provisórios, só manifestando efeito, se houver condenação.

Diante de falta grave cometida por aquele que esteja sendo beneficiado com a remição penal, prevê a Lei de Execução, no art.127, que o magistrado poderá revogar parte do tempo remido, realizando uma análise do caso concreto, sendo essa uma faculdade, e não um efeito automático, devendo ser observada a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências da falta, bem como a pessoa do faltante e o tempo de prisão.

A remição será fiscalizada pelo juiz da Execução e pelo Ministério Público, sendo o tempo remido computado como pena cumprida, para todos os efeitos penais, sendo atestado pelo diretor do estabelecimento penal e declarado pelo magistrado.

Como cautela para evitar distorções comprometedoras à eficiência e ao critério do instituto, determina-se que a remição depende de declaração do juiz da execução, ouvidos previamente o Ministério Público e a defesa. Deverão ser comprovados os dias de trabalho e estudo efetivos do sentenciado e o número de horas das atividades desenvolvidas. Para esse fim, incumbe à autoridade administrativa o encaminhamento mensal ao juiz dos registros relativos a todos os condenados que trabalhem e estudem. (MIRABETTE, 2012, P. 252).

Desse modo, a remição penal proporciona ao apenado o exercício da cidadania, na medida em que o trabalho é executado, e o estudo, desenvolvido, sendo esses direitos fundamentais e sociais. Ainda, propõe a lei que haja um desconto na pena privativa de liberdade como incentivo ao bom comportamento carcerário pela atividade laboral e pelo estudo desenvolvidos, diminuindo, assim, o tempo de cumprimento de pena nos estabelecimentos penais e acelerando o processo de reinserção social que visa a atingir a cidadania plena, inclusive com a inclusão dos direitos políticos suspensos durante o cumprimento da pena.

A remição penal objetiva, então, através do trabalho e do estudo, ressocializar e promover o exercício da cidadania plena. A ressocialização consiste na humanização do apenado, permitindo que ele refaça o caminho da pena à sociedade. Aquele condenado que nunca aprendeu um ofício externamente, enquanto gozava da sua liberdade, talvez desperte interesse em aprendê-lo no sistema penitenciário. Se não tinha instrução básica, não sabia ler ou escrever, ou mesmo se, tendo algum conhecimento, isso era insuficiente para colocá-lo no mercado de trabalho, talvez o sistema possa ajudá-lo de alguma forma. (GRECO, 2011, p. 447).

4 A cidadania moderna

A Constituição Federal/1988, no art.1º, ao estabelecer os princípios fundamentais, retrata a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na constituição do Estado Democrático de Direito, estabelecendo, como competência exclusiva da União, legislar sobre cidadania.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. (grifo nosso)

A cidadania moderna é concebida como um conjunto ideal de três características, sendo elas: a condição jurídica, em que se conferem direitos e obrigações a uma coletividade política; as funções sociais específicas, que se diferenciam das funções privadas, profissionais e econômicas; finalmente, tem, por característica, um conjunto de qualidades morais que se consideram necessárias para o personagem do “bom cidadão”. Ao tratar da condição jurídica, reconhecem-se três elementos: o cívico, que diz respeito aos direitos que devem ser observados em termos de liberdade individual, como a liberdade de expressão e de pensamento; o elemento político, caracterizado pelo direito a participar do exercício do governo; o elemento social, que seria a participação mínima na riqueza econômica e na distribuição dos bens valorados pela sociedade. (LECA, 2012, p. 31-33).

O conceito moderno de cidadania advém do Estado Moderno, assim, a cidadania retrata um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, bem como compreende direitos e obrigações, com caráter individual e coletivo.

O conceito de cidadania não deve ser confundido com a nacionalidade. Na verdade, o que se entende por cidadania está em processo de desenvolvimento. Toda pessoa humana tem direito, ao menos, a uma nacionalidade, decorrendo, da nacionalidade, outros direitos, entre eles, os direitos de cidadania. Assim, a cidadania, diferentemente da nacionalidade, existe dentro e fora do espaço estatal e se refere ao exercício de determinados direitos e deveres, entre eles, os políticos, isto é, a participação na vida pública. A nacionalidade refere-se ao vínculo que a pessoa tem com determinada comunidade política organizada soberana e estatalmente num dado território, isto é, através da nacionalidade, há um vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado. (SORTO, 2009, p.41 e 42).

O problema da cidadania atualmente advém da “porta de entrada”, isto é, a nacionalidade, sendo que a “porta de entrada” não deve ser a nacionalidade, mas sim o fato de alguém ser considerado “pessoa”, com um fim em si mesmo, não devendo haver distinções, mas observância à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, daí a importância de se destacar que a nacionalidade e a cidadania não devem ser confundidas.

A nacionalidade, como ato soberano do Estado, que impõe suas regras e limites na manutenção do vínculo jurídico com o nacional, pode ser originária ou derivada. A nacionalidade originária ocorre com o nascimento, seja através do *jus soli*, onde o lugar do nascimento do ser humano dita a sua nacionalidade, ou *jus sanguinis*, onde a nacionalidade da pessoa é definida pela nacionalidade dos seus genitores, independentemente do lugar onde nasceram, ou ainda através do sistema misto, que adota o *jus soli* e o *jus sanguinis* como sistemas de aquisição da nacionalidade originária, sendo o caso do Brasil. A nacionalidade derivada é aquela que se adquire, assim, ocorre após o nascimento, no caso do Brasil, reconhecida como naturalização, impondo o Estado soberano as condições necessárias para naturalizar-se.

São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço do seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. II – naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral ; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação pessoal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (art.12, Constituição Federal/88)

A cidadania se torna meio de inclusão social através da execução do trabalho e do estímulo ao estudo, permitindo a ressocialização do apenado. Segundo T.H.Marshall, a educação é pré-requisito à liberdade civil, devendo ser observada desde a infância, bem como durante a fase adulta, garantindo-se a formação de cidadãos.

La educacion de los ninos tiene consecuencias directamente relacionadas con La cidadania, y cuando el Estado garantiza su educacion piensa em los requisitos y la naturaleza de la cidadania. Em realidade, trata de fomentar el crecimiento de ciudadanos em potencia. El derecho a la educacion es un genuino derecho social de cidadania, porque el objetivo de aquélla es formar en la infancia a los adultos Del futuro; por tanto, debe considerarse no como el derecho del nino a frecuentar la escuela, sino como el derecho Del ciudadano adulto a recibir educacion. (MARSHALL, 2007, p.34)

A cidadania não deve ser excludente, mas inclusiva, pressupondo a liberdade, a igualdade e o acesso à justiça. O apenado não possui cidadania plena, pois deixou de cumprir suas obrigações, praticando crimes que o levaram à situação de condenado, cumprindo pena privativa de liberdade, sendo, ainda assim, considerado cidadão, no entanto, exercendo a cidadania de forma limitada.

La ciudadanía plena, al discurrir por la vivencia, tiene en cuenta la diferencia y la alteridad; no impone la universalidad, no inhibe la diferencia. El modelo de ciudadanía que elaboro da por sentado que la existencia es política en el sentido de que el compromiso con uno mismo, con los otros y con el mundo hace que la existencia sea una existencia compartida. De ahí la estrecha relación entre la Idea de ciudadanía plena, el proyecto de democracia radical y la recuperación de lo político. (CLARKE, 1996, p.29)

Maurizio Passerin d'Entreves (2012, p.186) sugere que a ideia de cidadania de Arendt pode ser relevante nos dias atuais, afirmando que sua concepção de política se baseia na ideia de cidadania ativa, isto é, no valor e na importância do compromisso cívico e da deliberação coletiva acerca de todos os assuntos que afetam a comunidade política, sendo valorizada a prática da cidadania, porque permite a cada cidadão exercer seus poderes de agir, de desenvolver as capacidades de juízo e de alcançar, através de ação coordenada, alguma medida de eficácia política.

Assim, a cidadania deve ser concebida como uma atividade contínua e um bem em si mesmo, não como um compromisso momentâneo com a finalidade de um acordo social. (DIETZ, 2012, p.107).

5. Conclusão

Etimologicamente, remir significa reparar, compensar, ressarcir, de modo que a remição é um instituto penal que serve de estímulo à gradativa reintegração do condenado à vida em liberdade.

Através da remição penal, é proporcionado ao apenado obter desconto na pena privativa de liberdade pelo desenvolvimento do trabalho ou pela prática do estudo, fazendo esse instituto parte da busca pela ressocialização e influenciando no processo de desenvolvimento econômico, social e cultural, sendo algo que se busca permanentemente, sob um aspecto social e individual.

O trabalho e o estudo, como direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, são instrumentos utilizados pela lei penal para a reinserção social do condenado em todos os seus aspectos, assim, a cada três dias trabalhados, será descontado um dia na pena privativa de liberdade, e, a cada doze horas de estudo, através de frequência escolar, divididas em, no mínimo, três dias, também será descontado um dia na condenação, portanto, o condenado é estimulado a trabalhar e a estudar durante a execução da pena, como forma de diminuir o tempo da condenação.

A cidadania retrata um conjunto de direitos civis, políticos e sociais, bem como compreende direitos e obrigações, com caráter individual e coletivo, devendo ser atribuído a alguém a condição de cidadão pelo simples fato de ser pessoa, diferindo o conceito de cidadania e de nacionalidade.

A remição penal é, então, um instituto ressocializador que permite o exercício da cidadania e a busca pela sua plenitude, uma vez que o apenado possui uma cidadania limitada e, com a execução do trabalho e com a educação, através do desenvolvimento do estudo, e da frequência em cursos de qualquer nível de conhecimento, poderá buscar a ressocialização, bem como o exercício da cidadania plena.

6. Referências

ALMEIDA, Natália Droichi de. **Remição de pena para condenados que estudam**. In: EGov. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/remicao> de pena. Acesso em: 28 de agosto de 2011.

BARROS, Carmem Silva de Araújo. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. (Decreto- Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

CLARKE, Paul Barry. The death of a universal; Of myths, mirrors and origins; The looking-glass culture. In: Deep citizenship. Chicago: Pluto Press, 1996

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LECA, Jean. Preguntas sobre ciudadanía; TURNER, Bryan. Esbozo de una teoría de la ciudadanía; DIETZ, Mary. El contexto ES todo: feminismo y teorías de la ciudadanía; D'ENTREVES, Maurizio Passerin. Hannah Arendt y la Idea de ciudadanía); MOUFFE, Chantal. Ciudadanía democrática y comunidad política. In: MOUFFE, Chantal (ED). **Dimensiones de la democracia radical: pluralismo, ciudadanía, comunidad**. Trad. Gabriel Merlino. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012.

MARSHALL, T.H.;BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y clase social**. 1. Reimpr. Trad. Pepa Linares. Madrid: Alianza, 2007.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Direito Penal**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. São Paulo: Atlas, 2007.

PADUANI, Célio César. **Da Remição na Lei de Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Modificações implementadas à Lei de Execução Penal ao Instituto da Remição pela Lei 12.433/11**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Vol. 2. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1970.

SORTO, Fredys Orlando. **Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de Direito interno e de Direito internacional**. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, ano 8, n.8, p.41-64, jan./dez.2009.

ATOS INFRACIONAIS, SOCIOEDUCAÇÃO E CULTURA DE PAZ:

Perspectiva restaurativa como instrumento de retratação e de direitos humanos

Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima¹⁴⁵

¹⁴⁵Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Mestra em Desenvolvimento Humano pela UFPB. Graduada em Psicologia (UFPB) e Direito (Instituto de Educação Superior - IESP).

1 INTRODUÇÃO

O problema da conduta infracional de adolescentes não é novo, alastra-se e toma proporções cada vez maiores no cenário mundial, tornando-se uma preocupação que permeia os direitos humanos. Não se negam os avanços que existiram na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes no âmbito da legislação nacional, em especial no tratamento diferenciado dos adultos, reconhecendo-os como sujeitos em desenvolvimento e considerando as necessidades peculiares de cada fase de vida. Mas, questiona-se que o produto da delinquência juvenil confere significados e efeitos negativos que se reproduzem socialmente, na perspectiva de futuro, tanto no contexto individual como no da convivência coletiva, por isso a intenção de se estabelecer critérios diferenciados para a atuação estatal voltado para uma cultura de paz nas condutas transgressoras de crianças e adolescentes, entendendo que o destino das gerações depende da eficiência das medidas tomadas.

Os mecanismos do direito penal são evocados pelo Estado para as resoluções de conflitos. Parte-se aqui do olhar de que ele agrega uma função social distinta de ser um instrumento punitivo a de ser um instrumento de pacificação, de busca harmoniosa do convívio social, mas precisamente o direito penal juvenil, modernamente o sistema de justiça da infância e juventude, como recurso de transformação, de promoção de valores sociais, de responsabilização dos autores e de possibilidade de ser um agente na construção da cidadania. Portanto, o alicerce se concentra nas premissas de Tutela Estatal fundamentada no respeito à dignidade humana, que só se concretiza com um Estado voltado para a defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos.

Deste modo, propõe-se a refletir sobre a Justiça Restaurativa como um novo paradigma doutrinário de atuação do Sistema de Justiça da Criança e do Adolescente, levantando as bases psicossociais e jurídicas para a sua implantação na execução dos modelos socioeducativos. A pretensão é discorrer sobre os elementos constitutivos para a construção de projetos alternativos restaurativos que substituam o modelo punitivo e de retribuição aplicados a adolescentes infratores.

De forma ampliada e modificada, a Justiça Restaurativa (JR) é um movimento com um enfoque transdisciplinar de um modelo moderno e alternativo de execução penal, que

vem ganhando espaço nos últimos anos, e que tem forte atenção do Poder Judiciário no país.

O nosso sistema jurídico estabelece que o menor de 18 anos é inimputável e está sujeito a legislação especial, precisamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Dessa forma, todo ato delituoso praticado, por ação ou omissão, por inimputáveis menores é denominado ato infracional. A sanção do Estado atribuída aos imputáveis por práticas de crime e contravenções penais é chamada de pena. Nos parâmetros do direito infracional, ficam os adolescentes sujeitos à aplicação de medidas socioeducativas ou protetivas; as crianças, apenas à medida protetiva.

Diante do contexto aqui levantado, objetiva-se discutir o papel da Justiça Restaurativa (JR) frente à prática de atos infracionais, focalizando as medidas socioeducativas como ponto relevante para compreensão do tema.

2. FRAGMENTOS LEGAIS PARA INCORPORAÇÃO DA CULTURA DE PAZ E CRIAÇÃO DE MODELOS RESTAURATIVOS

Não se nega que a questão da violência tem demandado inúmeros desafios para a sociedade, mas em especial as demandas vindas da juventude requer uma preocupação maior de tentativa de quebra do ciclo de violência que se alastra nas fases posteriores da vida do infrator.

Pensar em propostas diferenciadas implica tratar o conflito social por meio de uma abordagem que incentive a participação e compreensão dos sujeitos ao conflito, abrindo espaço para questionamentos à criação de alternativas na forma de conhecer e agir sobre o problema.

Para compreender os fundamentos da Justiça Restaurativa, inicia-se com a discussão sobre a implantação de uma cultura de paz no mundo moderno. Um dos principais desafios neste sentido refere-se à gestão de conflitos sociais, no esforço para modificar o pensamento e a ação das pessoas no sentido de promover a paz. O discurso ideológico que alimenta o termo, impregna a construção de valores humanos que enaltecem a paz e vem sendo construído de forma histórica nos tratados internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, serviu de base para a elaboração de inúmeros tratados internacionais voltados para busca pela paz mundial e

para a formulação da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância, que trataremos posteriormente.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas considera que a promoção dos direitos humanos seria a condição necessária para a paz duradoura. Os princípios apresentados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais como a dignidade, igualdade, fraternidade, solidariedade, liberdade e não discriminação, servem de base para a construção de práticas alternativas penais, fortalecendo uma conexão entre Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. Silva (2009) afirma que a nova maneira de pensar a justiça penal implica mudanças de concepções do próprio papel do Estado diante do fenômeno criminal, com cuidado especial ao sistema de proteção aos direitos humanos construídos historicamente.

As Nações Unidas influenciaram novas ideias para a construção de uma cultura de paz entre os Estados. O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas - (ONU), requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, por meio da Resolução 1.999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da Justiça Restaurativa. (ORSINI e LARA, 2013).

Os esforços da ONU e da União Europeia são concentrados, cada vez mais, na recomendação da implantação da Justiça Restaurativa para todos os países. A Resolução nº 2002/2012, de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, definiu os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, servindo de base para implantação de projetos no mundo inteiro. Tal resolução foi um marco importante na definição de conceitos relevantes para incorporação do paradigma de justiça que se firmava na proposta de modelos restaurativos.

Ressalta-se, que a resolução da ONU foi fruto do modelo de justiça que ora se apresentava e que colocava as necessidades da vítima no ponto de partida do processo, que já estava sendo incorporado em alguns países. Portanto, segundo ORSINI e LARA, (2013, p.306) “o movimento internacional de reconhecimento e desenvolvimento de práticas restaurativas iniciou-se no final da década de 70 e início da década de 80, no Canadá e na Nova Zelândia”. A Justiça Restaurativa foi positivada no ordenamento jurídico da Nova Zelândia em 1989. A partir dos anos 90, os programas de Justiça Restaurativa rapidamente

se disseminaram mundo afora (Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Argentina, Colômbia, dentre outros).

Para Azevedo (2005, p. 140), os modelos restaurativos “promove a solidariedade, o respeito mútuo entre vítima e ofensor, a humanização das relações processuais em lides penais, e a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito”.

A cultura de medo e de guerra, tende-se a conceber a violência como natural na sociedade, como algo inevitável. Assim, torna-se fácil assimilar a coerção como única forma de lidar com a violência, absorvido na crença de que sem castigo ou punição não há respeito à ordem. Em contraposição, a Justiça Restaurativa vem em busca de promover a mudança da cultura de medo e de guerra vivenciada por uma cultura da paz, propiciando um novo pensar sobre o crime e uma justiça redimensionado, em condições de enfrentar o convencional sistema penal. (VASCONCELOS, 2008)

Como a Justiça Restaurativa é a aplicação de um modelo integrador que tem fundamentos e proposições com o sistema de afirmação e proteção dos direitos humanos, identificam-se pela mesma essência, a tutela do mesmo bem - a dignidade da pessoa humana -, incorporada ao princípio da Proteção Integral das Nações Unidas, fonte atual de proteção à criança e do adolescente.

2.1 BASE JURÍDICA PARA CRIAÇÃO DOS MODELOS RESTAURATIVOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL

Caminhando pela trajetória que percorreu o direito da criança e do adolescente, nos faz compreender as diretrizes do direito moderno, no tocante à defesa dos direitos humanos e na necessidade de criação de modelos restaurativos, solidificando as bases de entendimento e interpretação da lei vigente, que abrange um conjunto de mecanismos jurídicos voltados à tutela infanto-juvenil, de caráter principiológico e inspirada na doutrina da proteção integral. Sendo assim, o desenvolvimento sócio-histórico dos direitos da criança e do adolescente está inevitavelmente conectado com a representação de tal direito na contemporaneidade.

A formulação da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância foi uma construção filosófica que teve sua semente na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1959. (DOLINGER, 2003),

Posteriormente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1889, ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990 (DOLINGER, 2003), foi um marco de proteção e reconhecimento dos direitos inerentes à condição peculiar das crianças. Foi considerado o tratado sobre Direitos Humanos mais ratificado na história (BRASIL, DECRETO LEI Nº 99.710, 1990).

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing, de 29 de novembro de 1985 - foram à semente para a instalação do sistema diferenciado de Justiça da Infância e Juventude. Buscava uma proteção aos jovens que se encontravam sob a Tutela do Estado.

Em 1990, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), reconheceram que a prevenção é parte essencial da precaução contra o delito na sociedade e requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância.

As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, de 1990 (Regras de Tóquio), preconizam que a prisão de jovens deve constituir uma medida de último recurso decretada pelo período mínimo necessário e deve ser limitada a casos excepcionais. Estas regras têm nomeadamente por objetivo combater os efeitos nocivos de qualquer tipo de detenção e promover a integração dos jovens na sociedade. Aqui o foco dos fundamentos axiológicos de um modelo restaurativo para prática delituosa de adolescentes começa a ser valorado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, mais especificamente em seus artigos 227 e 228, trata da proteção especial das crianças e dos adolescentes, assegurando os direitos fundamentais e reconhecendo-os, em sua dignidade, como pessoas em desenvolvimento.

A Proteção Integral compreende todas as iniciativas — por parte da família, da sociedade e do próprio Estado — de assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. A proteção integral abrange colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Incorpora-se ao princípio da Proteção Integral o princípio da Prioridade Absoluta, que significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera

judicial, extrajudicial e administrativa (ISHIDA, 2014). Ainda o referido artigo trata do princípio peculiar da pessoa em desenvolvimento. Sobre ele, Lamenza (2011, p. 22) afirma que o desenvolvimento humano se desenvolve com celeridade. Na fase infanto-juvenil da vida humana, há a “estruturação da personalidade, com reflexos diretos na psique do ser que irão durar por toda a existência da pessoa”, e o bem-estar da sociedade depende das estruturas que estão sendo construídas durante o hiato que se estende da infância à juventude.

Sobre os marcos constitucionais do direito à juventude, ressalta-se também o artigo 228 da Constituição Federal, que delimita a idade penal, considerando inimputáveis os menores de 18 anos. O legislador manteve-se fiel ao princípio de que a pessoa menor de 18 anos não possui desenvolvimento mental completo, para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou para determinar-se de acordo com esse entendimento, erigindo, inclusive, o dogma constitucional. Especificamente esse artigo representa a linha divisória do olhar penal do direito à juventude, que abriga os maiores de 12 anos e menores de 18 anos com paradigma diferente de tratamento jurídico, definidos como adolescentes no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Brasileira vigente resguarda em seu corpo normativo, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Tal princípio representa a base do Estado Democrático de Direito (PIOVESAN, 2003) e é o núcleo do constitucionalismo contemporâneo, servindo de fundamento para todos os demais direitos. Tal princípio estabelece o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa brasileira, sobretudo o sistema de direitos fundamentais.

Particularmente no contexto da criminalidade juvenil, é importante evocar que, entre os objetivos da República, constam a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º, I, III e IV).

O Estatuto da Criança e do Adolescente enseja e recomenda implicitamente o uso do modelo restaurativo em vários dispositivos, particularmente quando dispõe sobre a remissão (art. 126) e diante do amplo elastério das medidas socioeducativas previstas no art. 112 e seguintes do diploma legal.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE, Lei nº 12.594/2012), reforça a inclinação do ângulo jurídico restaurativo para adolescentes em

conflito, regulamentando procedimentos destinados ao cumprimento de medidas protetivas e socioeducativas que se destinam à responsabilização diferenciada do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional. (RAMIDOFF, 2012)

Para o SINASE, a prática de atos infracionais por adolescentes pode levar a medidas socioeducativas, objetivando a sua responsabilização, a integração social e a desaprovação da conduta. A indicação da medida a ser seguida dependerá da capacidade do adolescente em cumpri-la, das circunstâncias e da gravidade da infração. Segundo o artigo 35 da referida Lei, a execução das medidas socioeducativas rege-se pelos princípios da legalidade, excepcionalidade, prioridade a medidas restaurativas, proporcionalidade, brevidade, individualização, mínima intervenção, não discriminação e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Do exposto, verifica-se que à aplicação e execução da medida socioeducativa deve apresentar-se de maneira complexa e sua análise requer estudo detalhado de seus institutos para que o objetivo da medida seja alcançado. A maior inovação do artigo 35 foi à incorporação do inciso III, que coloca a *“prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”*.

Reforça-se então, a necessidade da participação da vítima no modelo de construção pedagógica adotada pelo Estado para adolescentes em conflito com Lei. A medida socioeducativa é vista para alguns autores como eminentemente de caráter pedagógico, não se constituindo em sanção, mas limitada em uma intervenção estatal diferenciada (RAMIDOFF, 2006). Mais uma vez, se comprova que os modelos restaurativos são os mais indicados para alcançar o dogma atual da proteção integral, nele intrinsecamente constituído com os preceitos da cultura de paz.

Não se pode esquecer do percurso histórico e fracassado da doutrina da situação irregular adotada em legislação anterior, pelo antigos códigos de menores. Costa (2012) afirma que o modelo educativo estabelecido na doutrina da proteção integral foi um avanço nas garantias de direitos fundamentais aos adolescentes, tendo em vista a histórica orientação punitiva mal sucedida nas respostas aos atos infracionais.

Todavia, não se tem a ilusão de que será possível estabelecer modelos restaurativos em todas as situações delituosas de adolescentes, muito menos de que tal prática resolverá o problema da delinquência juvenil. Lamentavelmente tal projeto tem suas limitações; as práticas restaurativas são especialmente úteis no trato de infrações de

baixo ou médio potencial ofensivo, sujeitas analogicamente às medidas ou penas alternativas, consoantes previstas nas Leis nº 9.099/1995 e 10.259/2001.

3. BREVE ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS CONSTITUTIVAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O modelo restaurativo é um sistema de justiça participativa que prima pela inclusão da vítima e da comunidade na pacificação dos conflitos sociais. Portanto, quatro elementos essenciais compõem o modelo juvenil: a vítima, o agressor, a família (correlata aos responsáveis) e a comunidade. Tal modelo ultrapassa o caráter meramente de culpabilização, retribuição, punição e retaliação, focos dos modelos tradicionais (DEBONI e OLIVEIRA, 2012). Portanto, se propõe alcançar o reconhecimento e a responsabilização pela conduta, bem como, a reparação do dano causado pelo infrator.

Nesse contexto, trata-se de uma justiça participativa, que se opera em torno do consenso, bem como utiliza o diálogo como instrumento norteador do processo. Também caracteriza-se pela aproximação dos envolvidos e o compartilhamento das soluções, recontextualizando o conflito.

Azevedo (2005, p. 140), coloca que a Justiça Restaurativa “promove a solidariedade, o respeito mútuo entre vítima e ofensor, a humanização das relações processuais em lides penais, e a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito”.

O conceito de Justiça Restaurativa parte de três ideias básicas: 1) que o delito é um conflito entre indivíduos que produzem um dano à vítima, à comunidade e aos próprios infratores, sendo missão do processo judicial reparar todos esses danos. 2) Tem como objetivo trazer a paz a comunidade, reconciliando as partes e reparando os danos ocasionados. 3) Deve facilitar a participação ativa das vítimas, infratores e comunidade. (VASCONCELOS, 2008)

Pinto (2005, p. 22) ao explicar a teoria conceitualista coloca que “a simples punição não considera os fatores emocionais e sociais, e que é fundamental para as pessoas afetadas pelo crime, restaurar o trauma emocional - os sentimentos e relacionamentos positivos”. Para o autor, a ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa.

Para Achutti (2009, p. 72), a Justiça Restaurativa “apoia-se no princípio de uma redefinição do crime. O crime não é mais concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências”.

Na justiça tradicional, a vítima quase sempre ocupa um lugar periférico no processo. Aginsky et al. (2008, p. 60 e 61) coloca que o lugar da vítima, nos processos do ato infracional, “cinge-se em apresentar a queixa e contribuir para formação do processo”... “um lugar utilitário e fonte de revitimização”..., “um lugar estreito de ser peça chave de um processo penal”. Diferentemente, Pinto (2005, p. 26) argumenta que na Justiça Restaurativa “a vítima ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa, participa e tem controle sobre o que se passa”. Portanto, um dos seus fins consiste na reparação do dano causado, direta ou indiretamente, à vítima. Essa reparação pode ser material ou simbólica.

Trindade (2011), afirma que a Justiça Restaurativa pressupõe “uma variável que é a de proximidade, tanto em sentido geográfico distância da origem do conflito, quando dos sujeitos envolvidos”. Isto quer dizer que envolve não apenas o agressor e a vítima, mas todos aqueles que compõem o círculo espaço-relacional, envolvendo outros personagens sociais.

Os princípios que regem a Justiça Restaurativa são o da: oralidade; informalidade; descriminalização; voluntariedade, consenso por parte da vítima e do ofensor quanto aos fatos essenciais relativos à infração; assunção da responsabilidade por parte do infrator; redefinição do crime; sigilo e confidencialidade; imparcialidade; flexibilidade; igualdade entre as partes, e diversidade (culturas, ideias, de valores e de referências). Trindade (2011) acrescenta ainda o da celeridade, mediação e disciplina, além de levantar principiologia da bioética para as práticas restaurativas, tais como: beneficência, autonomia e justiça.

Como se observa, a Justiça Restaurativa alicerça na esperança de pacificação e solidariedade, todavia deve ser cuidadosamente executada. A sua efetivação ocorre por meio de círculo restaurativo, baseada na prática de mediação. A finalidade é que a Justiça Restaurativa possa construir entre crianças e adolescentes a cultura de paz, por isso a importância de estimular, nesta fase de vida própria, o livre desenvolvimento dos valores por ela semeados.

4. FATORES DESENCADEANTES DA CONDUTA TRANSGRESSORA JUVENIL: BASES PSICOSSOCIAIS PARA A IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Os estudiosos do desenvolvimento, acreditam que a adolescência é uma fase de transição de uma identidade adulta, para alguns se constitui como uma etapa de tensões, particularmente conflitiva. Coll, Palacios e Machini (2004) colocam que o adolescente aparece como um ser suscetível e vulnerável dominado por sentimentos muito intensos. É uma etapa psicossocial, seu sucesso evolutivo, individual depende de circunstâncias sociais e históricas.

Para Fiorelli e Mangini (2012), alguns fatores contribuem para tornar o adolescente mais vulnerável à prática de condutas transgressoras, entre eles destacam-se três: a vulnerabilidade do adolescente às mensagens que induzem à violência e à transgressão; a falta de espaço no mundo adulto, pois facilmente avaliam suas chances de sucesso em relação aos desafios, tendo as ansiedades e as revoltas, motivos frágeis para buscar satisfazer as suas limitações; por fim, o poder do grupo, pois os componentes afetivos compartilhados e de segurança emocional fortalecem a coesão em torno das escolhas de comportamentos antissociais.

Os motivos e causas que concorrem para que o jovem faça a opção para a transgressão, estão presentes em diversas esferas de suas vidas e das estruturas sociais, inclusive no tipo de relações estabelecidas nas famílias. Não se deseja esboçar detalhadamente os motivos desencadeantes da conduta transgressora juvenil, por entender que poderia desfocar o objetivo central da discussão, a saber, a interconexão da justiça restaurativa nos modelos de sistema de justiça juvenil.

Todavia, por considerá-la de extrema relevância para compreensão de que os atos transgressores de adolescentes devem ser tratados no olhar de conscientização, responsabilidade e transformação, justifica-se a importância de se trabalhar as transgressões de adolescentes no modelo restaurativo, visto que tal proposta vai além do conflito jurídico, para, numa atuação transdisciplinar dos mecanismos psicossociais envolvidos na conduta transgressora.

Não se quer dizer que não se admita as intervenções Estatais tradicionais frente à criminalidade juvenil, pelo contrário, reconhece-se o problema, com ênfase na violência muitas vezes severamente manifestada no paradoxo dos rostos juvenis, condutas cruéis e

com conotações de barbarie, que provocam indagações sociais sobre como evitar o agravamento da questão. O que se argumenta é que, particularmente aos adolescentes, deve ter um o investimento maior do Estado em práticas restaurativas, que cultivem a paz, que possa minimizar o agravamento da conduta transgressora, a fim de evitar uma possível carreira criminal.

Papalia e Feldman (2013, p. 444-445), identificam dois tipos de comportamentos antissociais na adolescência:

Um de início precoce, começando aos 11 anos de idade, que tende a levar à delinquência juvenil crônica na adolescência; e um tipo leve, de início tardio, começando após a puberdade, que tende a aparecer temporariamente em respostas às mudanças da adolescência.

Para os autores acima citados, o comportamento antissocial precoce é influenciado pela interação de fatores que variam no microssistema, tais como hospitalidade entre pai e filho, práticas de criação dos filhos e desvio comportamental dos pares, e do macrossistema como estrutura da comunidade e apoio social dos vizinhos.

As questões socioeconômicas também aparecem como fator que desperta condutas transgressoras. Não se aborda aqui a pobreza em uma relação causal com a criminalidade na juventude, mas de entender os efeitos da pobreza no diagnóstico de exclusão social, influenciando diretamente na expectativa de vida dos jovens, em consequência, nas escolhas de comportamentos antissociais. Não se pode negar a ilusão de que algumas práticas delituosas produzem ganhos financeiros mais rápidos.

A pressão do mundo capitalista, com a globalização e o progresso tecnológico simbolicamente construído no conceito de evolução; as exigências consumistas, frente às condições pessoais e possibilidade de satisfazê-las; a busca por padrões de beleza, com forte representação de felicidade; favorecem a procura incessante por conquistas materiais, inclinando muitos jovens para a prática delituosa a fim de alcançar os desejos materiais facilmente.

Muitos adolescentes não aguentam a pressão nas estruturas internas psíquicas; acredita-se ser a adolescência uma fase de construção de identidade que possibilita a representação de alguns adolescentes como rebeldes, em constante oposição aos valores da sociedade e às tradições. Deste modo, podem exteriorizar os seus sentimentos com pequenos comportamentos transgressores, que de início tem baixo potencial ofensivo, mas que se não tiver uma intervenção mais profunda na sua essência motivacional, pode

desencadear uma série de condutas delinquentes, podendo constituir-se como o primeiro passo da carreira criminal.

Segundo Zehr (2008), os esforços da Justiça Restaurativa se dão no sentido de se ter um conceito amplo de crime, podendo-se entendê-lo como um ato que afeta não só a vítima, mas também o próprio autor do crime e a comunidade, através de uma variedade de danos. No caso dos autores adolescentes, a consequência se estende para todas as etapas de sua vida, por isso devem ser tratados também como vítimas de sua própria conduta.

As dificuldades de muitos jovens em manter uma comunicação sadia com a família, ou com as próprias demandas da sociedade, podem ser também as razões intrínsecas das condutas transgressoras juvenis. Geralmente ocorrem por um rompimento do diálogo, pela dificuldade de comunicação, em consequência de expressão dos seus sentimentos. A prática restaurativa promove a abertura do diálogo, com novas possibilidades de comunicação entre os envolvidos do conflito. Para Aginsky e Capitão (2008, p.262), a Justiça Restaurativa “valoriza a autonomia dos sujeitos e do diálogo entre eles. Cria espaços protegidos para a auto-expressão e o protagonismo de cada um dos envolvidos e interessados – transgressor, vítima, familiares, comunidades – na busca de alternativas de responsabilização”.

Reforça-se a possibilidade que o adolescente transgressor consiga integrar suas carências e dirigir seus anseios para outros tipos de práticas, mas para isso precisa de um ambiente facilitador, de um modelo de promoção e descoberta dos seus potenciais. A Justiça Restaurativa tem também o objetivo de potencializar as capacidades - formativas, laborais, sociais, afetivas e axiológicas – do infrator para que não reincida. Konzen (2007) ressalta no proceder restaurativo, a justificativa ético-filosófica da pedagogia, que se expressa na busca por mudanças, nasce da vontade transformadora da realidade e de positividade da diferença.

Já tivemos à implantação da Justiça Restaurativa nas Varas da Infância e Juventude de diversos Estados no Brasil. O avanço dessa prática tem demandado parcerias para atuação conjunta de diversas instituições e da comunidade em geral, colocando uma força tarefa para a implantação de redes de proteção para adolescentes em conflito com a lei. Não se pode deixar de mencionar os pioneiros nesse assunto no Brasil: Porto Alegre- RS, com o projeto denominado Justiça do Século 21 (CURTINAZ e SILVA, 2008), e: São Caetano do Sul-SP, com o Projeto Justiça, educação, comunidade: parcerias para a

cidadania (MELO, EDNIR e YAZBEK, 2008); ambos com recursos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, financiado pelo Ministério da Justiça.

A perspectiva restaurativa vem se expandindo, alguns dentro da aplicabilidade das medidas socioeducativas em meio aberto, outras em substituição a remissão, ainda novos projetos vem se firmando no âmbito comunitário. O Projeto Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade, implantado em 2010 em Porto Alegre, ampliou a oportunidade para a prevenção de violência e conflitos da comunidade, tendo em vista a aprimorar o atendimento, destinado a adolescentes autores de atos infracionais de menor potencial ofensivo. (DEBONI e OLIVEIRA, 2012)

Como se observa, o movimento de uma justiça restaurativa coaduna com os sistemas normativos nacional e internacional de proteção à criança, ao adolescente e aos jovens, que partem do reconhecimento da formação humana como um processo contínuo de etapas de vida, essenciais para a estrutura vital do homem. O conjunto de normas privilegia o desenvolvimento integral, referenda a importância de se construir um espaço de humanização e socialização, projeta o direito como um produto das demandas concretas sociais, além de proclamar novos valores de paz para os jovens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos adolescentes atravessam a etapa vital de forma positiva, com internalizações benignas, desenvolvendo habilidades e se relacionando sadicamente à família e à rede social, construindo valores essenciais a vida adulta. Todavia, por diversos fatores, alguns não seguem esse mesmo trajeto, produzindo condutas agressivas, com conotações transgressivas ao convívio social, manifestando na violência às dificuldades de adaptação ao mundo moderno.

O envolvimento de jovens com práticas infracionais é um fenômeno de cunho social, político e familiar, sendo a transgressão juvenil um problema social multifatorial, de origem evolutiva, que merece a atenção especial de todos os segmentos sociais.

O maior problema é quando o adolescente passa a ser transgressor não só da lei, mas do seu próprio destino, se tornando uma vítima estrutural da sua própria violência, por falhas graves nas intervenções por parte da família, da sociedade e do Estado frente à questão. Sendo assim, buscou-se demonstrar que a perspectiva de mudança e a promoção

do desenvolvimento em jovens infratores, entrelaçam aos princípios e objetivos que regem a Justiça Restaurativa.

O maior desafio das Práticas Restaurativas Juvenis está no desenvolvimento de uma nova cultura, reconstruindo valores, redefinindo papéis na promoção do desenvolvimento de adolescentes infratores. A luta é para desconstituir a cultura punitiva, estigmatizada e negativa firmada durante anos na garantia de direitos aos jovens infratores. A proposta fomenta a cultura de paz, de responsabilização e progresso já firmado nos últimos dispositivos legais de proteção à criança e ao adolescente.

Por fim, o texto não tem uma visão utópica de acreditar que o problema da criminalidade juvenil será resolvida com a implantação de Justiça Restaurativa, mas traz informações sobre a necessidade de tratar o conflito com ênfase preventiva, a fim de intervir em práticas restaurativas contundentes com os tratados de direitos humanos. Assim, acredita-se que a proposta possa evitar o agravamento da conduta antissocial, e em consequência, quebra a possibilidade de se estabelecer uma carreira criminal para o jovem infrator de menor potencial.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson, et al. **A invisibilidade das necessidades das vítimas no Sistema de Justiça da Infância e Juventude**: achados preliminares do Observatório de Vitimização e Direitos Humanos. *In*: BANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni. Justiça para o século 21: instruindo práticas restaurativas – semeando justiça e pacificando violência. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; CAPITÃO, Lúcia Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir das contribuições da justiça restaurativa. **Revista Katalysis**, v. 11, 2008, p. 257-264.

AZEVEDO, André Gomma de. **O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa**: breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei Federal nº 8.069. Brasília, DF. Senado, 1990.

_____. **Decreto Lei nº 99.710.** De 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 30 de novembro de 2014.

_____. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).** Lei Federal nº 12.594/2012. Brasília, DF. Senado 2012.

COLL, César; PÁLACIOS, Jesús; MARCHESI, Alvaro. **Desenvolvimento psicológico e educação: psicologia evolutiva.** Porto Alegre: Artmed, vol. 1, 2004.

COSTA, Ana Paula Motta Costa. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CURTINAZ, Shirlei de Hann; SILVA, Susiâni. **Justiça para o Século 21: semeando Justiça Restaurativa na Capital Gaucha.** In: *Justiça para o Século 21: semeando Justiça e pacificando violências.* Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

DEBONI, Vera Lúcia; OLIVEIRA, Fabiana Nascimento. **Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade e a Articulação do Estado na Ampliação de Oportunidades para a Prevenção de Violência e Conflitos.** In: PETRUCCI, Ana Cristina (et. al.). **Justiça Juvenil Restaurativa na comunidade: uma experiência possível.** Porto Alegre: Procuradoria-geral de Justiça - Assessoria Imagem Institucional, 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: criança no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIORELLI, José Osmir. MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2014.

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

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado.** Barueri, SP: Minha editora, 2011.

MELO, Eduardo Rezende, EDNIR, MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** São Paulo: CECIP – Centro de Criação de Imagem Popular, 2008.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. Belo Horizonte: **Revista Responsabilidade**, v. 2, n. 2, Set. 2012/fev. 2013, p. 305-324

PAPALIA, Diane; FELDMAN, Ruth Duskein. **Desenvolvimento Humano**. 12ª edição. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. *In*: SLAKMON, Catherine.; DE VITTO, Renato.; PINTO, Renato Gomes. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMIDOFF, Mario Luís. **Lições de direito da Criança e do adolescente**. Curitiba: Juruá 2006.

RAMIDOFF, Mário Luís. **SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de proximidade (restorative justice):** instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

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

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: uma relação com os crimes contra ordem tributária

Francisco Petrônio de Oliveira Rolim¹⁴⁶

Romulo Rhemo Palitot Braga¹⁴⁷

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem acerca dos crimes contra a ordem tributária, no qual o modelo restaurativo encontra-se em total sintonia com a determinação da extinção de punibilidade pelo pagamento do débito juntamente com as multas administrativas, o qual permite reparar a lesão ao erário. Discorreu-se acerca: da diferença entre Direito Penal Tributário e o Direito Tributário Penal; da evolução legislativa no que concerne aos crimes tributários previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Em seguida, adentra-se no conceito de Justiça Restaurativa, que se apresenta e faz emergir uma outra configuração de intervenção mínima penal, com o escopo de promover a retratação e a recomposição das relações que envolvem o contribuinte e o Estado, em particular o Fisco, vislumbrando sempre uma forma de contribuir no âmbito do Estado Democrático de Direito para a construção do desenvolvimento sustentável.

Palavras chave: Crime tributário. Ordem tributária. Justiça Restaurativa.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Distinção entre o Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal. 2. Crimes Tributários. 2.1. Dos Crimes de Sonegação Fiscal (Lei nº 4.729/65) aos crimes contra ordem tributária (Lei nº 8.137/90): evolução legislativa. 2.2. A Extinção de Punibilidade Frente aos Crimes Tributários. 3. A Justiça Restaurativa: uma abordagem voltada para os crimes tributários. Notas Conclusivas. Referências.

ABSTRACT

This paper presents an approach about the crimes against the tax system, in which the restorative model is fully in line with the determination of the extinction of criminal punishment by the payment of debt together with administrative fines, which allows you repair the damage to the State Treasury. It talked - about: the difference between Tributary Penal Right and Penal Tributary Right; from the legislative evolution with respect to tributary crimes; foreseen in Articles 1 and 2 of Law No. 8,137 / 90. Then it enters the concept of restorative justice, which appears and brings out another criminal minimal

¹⁴⁶ Engenheiro Agrônomo, Bacharel em Direito, Auditor Fiscal Tributário Estadual / Estado da Paraíba, Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável, do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. E-mail: petrrolim@yahoo.com.br

¹⁴⁷ Doutor em Direito Penal pela *Universitat de València*, Espanha. Professor de Direito Penal do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB e do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Auditor do Superior Tribunal de Justiça Desportiva da Confederação Brasileira de Automobilismo – STJD; Advogado. E-mail: romulo.palitot@uv.es

intervention configuration, with the aim of promoting the retraction and the recomposition of relations involving the taxpayer and the State, in particular the tax authorities, always envisioning a way to contribute in the extent of the Democratic State of Law for the construction of sustainable development.

Keywords: Tributary Crime. Tributary Order. Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

As práticas relacionadas com a justiça restaurativa no âmbito das questões tributárias, dentro de um viés que passa pela busca na resolução dos conflitos enfatizados pelo Direito Tributário Penal e o Direito Penal Tributário materializado pela Lei nº 8.137/1990, diploma que define os crimes contra ordem tributária e econômica, provocam a reflexão sobre o fato de que possivelmente – na atualidade e dentro da realidade brasileira - já se trabalha na efetivação da reparação dos danos desenvolvidos pela conduta do agente, através de institutos jurídicos previstos em nosso ordenamento jurídico. Neste cenário o presente trabalho se desenvolve, inclusive buscando ratificar o delineamento da justiça restaurativa no lastro dos conflitos essencialmente tributários.

A importância maior desta pesquisa se faz no sentido de perquirir o ponto de convergência das ocorrências que infringem as leis tributárias, em determinados estágios dos processos – ainda no perímetro administrativo – que documentam a subsunção dos fatos a norma, para a resolutividade que se ampara pelas alternativas oferecidas de forma legal e que configuram a performance da justiça restaurativa, denotada de fatores que podem ser assimilados dentro de uma óptica que permeia num espectro marcado pela: a) oportunidade de regularidade fiscal por parte do agente que infringiu a lei; b) viabilidade de fomento a economia traduzido pela ampliação de pessoas físicas e jurídicas com capacidade para operarem no mercado, inclusive dentro de caráter ressocializador; c) recuperação do crédito tributário pela fazenda pública; d) desenvolvimento da consciência ética do cidadão e da gestão empresarial, quanto ao cumprimento da legislação mediante o princípio da igualdade que se faz firme, *in casu*, pelo princípio da capacidade contributiva.

Diante destes elementos citados de maneira pontual, que ao serem observados de forma macro tendo como foco se estabelecer no campo da prevenção e da reparação, é possível perceber que práticas restaurativas quando ofertadas pelo Estado correspondem a um meio indutor do desenvolvimento sustentável de qualquer país, e também faz abrir uma discussão sobre a finalidade da pena, especificamente quanto as sanções criminais nos ilícitos tributários, que no contexto deste estudo converge o raciocínio para a ideia de que estas devem ser acolhidos com cautela, nos casos revestidos de excepcionalidade.

Se faz mister, levar em consideração a Constituição da República Federativa do Brasil, em face do princípio da dignidade humana quando balizado pela análise das condutas em relação a repulsa social. O grau de reprovabilidade, ora ressaltado, motiva uma indagação a

respeito do bem jurídico protegido, frente a qualquer espécie tributária, que primariamente permite entender o sistema arrecadatório fazendário, no entanto não se pode deixar de compreender e de ser sensível quanto à importância matriz de respeitar a Ordem Jurídica Nacional, estabelecida em um Estado Democrático de Direito.

Necessário se fez produzir uma diferenciação entre o Direito Penal Tributário e o Direito Tributário Penal, fazendo com que a discussão fosse conduzida na linha de que este permeia na esfera administrativa, enquanto aquele se desenvolve na seara criminal, sem apenas distingui-los e qualificá-los, mas de certa forma procurando mostrar, enfatizar, que a Administração Fazendária potencializa e se faz firme no sentido de tornar segura a exigibilidade do que reza a legislação pertinente, evitando a busca única do Direito Penal, que se apresenta como não principal e sim coadjuvante, na condição de a “última ração”. Interessante salientar que os procedimentos da Administração Tributária devem se encontrar em plena conformidade com os preceitos legais, que são prestigiados pelos princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e da eficiência.

Conjugando os pontos elucidados de modo introdutório, procura-se também firmar a posição de não ser contra a atuação penal, bem como de não colaborar com quaisquer teses que convirjam para impunidade, mas apenas evoluir no sentido de que outras formas sejam patenteadas no campo das diversas áreas do conhecimento jurídico, com vistas ao desenvolvimento sustentável. Esse é inerente a concepção da sociedade contemporânea, e nesta sintonia adianta-se este trabalho que tem por objetivo mostrar que existem e que se operam – na atualidade - formas de recomposição da interação jurídico tributária, e que estas se amoldam ao modelo de justiça restaurativa anunciado – até certo ponto - pelos doutrinadores.

1. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO E O DIREITO TRIBUTÁRIO PENAL

Por questões didáticas é que se admite a divisão de uma ciência em diversos ramos. Com o Direito não é diferente. Na seara de nossa pesquisa, tem-se a divisão em Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal. Acerca dessa repartição didática da ciência jurídica, Andrade Filho (2009, p. 21) esclarece que:

Embora necessária para melhor compreensão da matéria, tal sistematização é aceitável unicamente como um recurso didático, pois de outra forma se poderia perpetrar um verdadeiro atentado contra a natureza do Direito, que, embora polifacético constitui um todo indivisível.

Para evitar uma futura cobrança de tributo, o particular pode se abster da prática do fato imponible. No entanto, praticado o fato gerador, surge para o sujeito ativo da obrigação tributária o poder/dever de constituir contra o sujeito passivo um crédito.

Nesse passo, efetuado o procedimento que materializa a obrigação tributária, o contribuinte ou responsável pode adotar as seguintes condutas: ou paga de imediato o crédito, evitando

a cobrança de juros moratórios e outros encargos, ou discute administrativamente a exigibilidade do tributo ou o seu *quantum debeatur* (ANDRADE FILHO, 2009).

Esses seriam os caminhos legítimos a serem adotados pelo sujeito passivo. Entretanto, por diversos motivos – seja devido à elevada carga tributária ou à sede em auferir mais e mais recursos, etc – muitos preferem a margem da lei, ou seja, partem para o não cumprimento da norma.

O Direito Penal Tributário cuida, justamente, dessa parcela que adota a sonegação como meio de evasão fiscal. Assim, ele se preocupa com a repressão de infrações tributárias que, devido à sua gravidade, receberam por parte do legislador pátrio um juízo de valoração negativo. Isto é, o Poder Legislativo entendeu por bem reprimir, não apenas administrativamente como também penalmente, a prática de condutas lesivas ou tendentes a causar dano ao Fisco ou a burlar a fiscalização por parte deste. No que tange ao grau de reprovabilidade da infração tributária, Harada (2005, p. 211), explica:

Devido à gravidade de uma determinada conduta praticada pelo agente, essa conduta, além de configurar uma infração tributária, sancionada pelo Direito Tributário, passa a ser reprimida, também, pelo Direito Penal, provocando, ao mesmo tempo, a atuação do órgão administrativo tributário e do órgão judiciário.

A infração penal tributária não diz respeito a um mero descumprimento de uma obrigação principal ou acessória, mas sim de um inadimplemento doloso praticado mediante condutas fraudulentas reprováveis pelo ordenamento jurídico e punido com pena privativa de liberdade e multa.

Enquanto isso, o Direito Tributário Penal trata das sanções tributárias, ou seja, das sanções administrativas previstas na legislação tributária decorrentes do descumprimento de uma obrigação tributária principal ou acessória, independentemente da intenção (*animus*) do contribuinte e/ou responsável tributário e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

A distinção entre o Direito Penal Tributário e o Direito Tributário Penal reside em diversos pontos: no caso daquele, as sanções serão aplicadas pelo Poder Judiciário, ao passo que neste, a aplicação da sanção incumbirá à própria administração fazendária; a infração penal tributária – além de constituir uma infração administrativa – é crime, enquanto que a infração tributária meramente administrativa não o é; Outra diferenciação importante é que as sanções do Direito Penal Tributário consistem em pena privativa de liberdade e multa impostas ao agente do delito. Já as sanções aplicadas pelo Direito Tributário Penal podem ser as mais diversas: desde a aplicação de uma multa administrativa, até a apreensão de mercadorias, interdição, proibição de contratar com o Poder Público e até mesmo a execução fiscal, etc (ANDRADE FILHO, 2009).

Ademais, para a aplicação da sanção tributária não se faz necessário que esteja comprovada ou que haja a culpabilidade do sujeito passivo da obrigação. Sua responsabilidade independe da comprovação de dolo ou culpa.

Assim, praticada infração tributária, submete-se o autor objetivamente à imposição da sanção, com fulcro no artigo 136, do CTN.

Para aplicação da sanção penal tributária é cogente, de acordo com o artigo 29, *caput*, do Código Penal (CP), perquirir acerca da culpabilidade do infrator. Nesse passo, haverá a instauração de uma ação penal para a averiguação da prática e autoria do crime, sendo garantido ao sujeito ativo do delito o contraditório e a ampla defesa. O agente não responderá objetivamente pela supressão ou redução de tributo, mas sim na medida de sua culpabilidade. Dessa forma, Andrade Filho (2009, p. 23) esclarece que:

Havendo crime, incidiriam as normas do Direito Penal Tributário, que dizem respeito ao conjunto de normas jurídicas que tutelam o patrimônio do sujeito ativo da obrigação tributária e que prescrevem penas privativas de liberdade e multa, sempre que o descumprimento de tais obrigações se der por meio de artifícios fraudulentos, segundo a descrição contida na lei, e que estejam presentes os elementos que informam a culpabilidade.

No âmbito de nossa pesquisa, interessa-nos o Direito Penal Tributário, uma vez que temos como temática os crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/90, e como delimitação a Justiça Restaurativa no tocante aos delitos fiscais materiais.

Dessa forma, abordaremos a seguir a evolução legislativa dos delitos de natureza tributária desde a Lei nº 4.729/65, que tipificou o crime de sonegação fiscal, até a atual lei de crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) que prevê o crime de supressão ou redução de tributo (artigo 1º) e o delito disposto no artigo 2º.

2. CRIMES TRIBUTÁRIOS

2.1 Dos Crimes de Sonegação Fiscal (Lei n.º 4.729/65) aos Crimes Contra Ordem Tributária (Lei n.º 8.137/90): evolução legislativa

O primeiro diploma legal a tratar especificamente dos delitos de natureza tributária foi a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, a qual tipificou os crimes de sonegação fiscal, “representando a etapa mais importante da evolução legislativa sobre crimes relacionados com o descumprimento da obrigação tributária” (MACHADO, 2008, p. 40).

Antes do advento da referida lei, os crimes de natureza tributária eram apenas aqueles previstos no Código Penal, tais como, o crime de contrabando ou descaminho (artigo 334, do CP) e o excesso de exação (artigo 316, parágrafo 1º, do CP), e em outras leis, como os crimes de apropriação indébita de imposto de renda retido na fonte, previsto no artigo 11, da Lei nº 4.357/64.

Inicialmente, o artigo 1º da Lei nº 4.729/65 definiu quatro condutas que configurariam o crime de sonegação fiscal. Posteriormente, a Lei nº 5.569, de 25 de novembro de 1969, acrescentou uma quinta conduta.

O crime de sonegação fiscal era um delito formal. Segundo a doutrina do saudoso Magalhães Noronha, crimes formais são aqueles que “não exigem a produção de um resultado estranho ou externo à própria ação do delinqüente”. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 214), ensina:

O crime formal também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal). Afirma-se que no crime formal, o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente.

Assim, por ser formal, o crime de sonegação fiscal se consumava com a prática de alguma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 1º da Lei nº 4.729/65, independentemente da supressão/sonegação do tributo. Portanto, a sua consumação independia da produção do resultado. A sonegação era apenada com detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa de 02 (duas) a 05 (cinco) vezes o valor do tributo. Havendo a possibilidade de a pena ser reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo caso o agente fosse réu primário, com arrimo no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 4.729/65.

Havendo a prática de um crime, surge para o Estado o direito/dever de punir o infrator (*jus puniendi*), com vistas a prevenir a ocorrência do ilícito penal (prevenção especial e geral), assim como retribuir ao autor do delito o dano causado. No entanto, no caso dos crimes de sonegação fiscal, a própria norma acabava estimulando a prática do delito, visto que a sanção imposta ao infrator era por demais branda e havia a possibilidade de conversão da pena de detenção em multa, caso o réu fosse primário. Nesse sentido, Kiyoshi Harada (2005, p. 214) conclui:

O princípio da especialidade aliado à imperatividade de conversão em pena pecuniária do infrator primário, beneficiado com a prescrição retroativa da ação penal, praticamente criou uma situação de impunidade ao longo de sua vigência.

Diante desse quadro, o legislador percebeu que a norma não atingiu o seu desiderato – repelir a prática da sonegação – e por isso editou uma nova lei mais severa que a anterior, “trazendo penas mais rigorosas, tanto no aspecto temporal, quanto no que se refere ao regime de cumprimento” (COSTA, 2006, p. 48).

A Lei nº 8.137/90 proporcionou significativas mudanças ao criar a figura dos crimes contra a ordem tributária, revogando o artigo 1º, da Lei nº 4.729/65. Com o advento da Lei nº 8.137/90, o crime de sonegação fiscal passou a ser o crime de supressão ou redução de tributo (artigo 1º, da Lei nº 8.137/90), crime material, cuja pena é de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, e multa.

Essa alteração tem grande importância para o nosso estudo, pois, há época da Lei nº 4.729/65, entendia-se que o Ministério Público poderia propor ação penal antes de concluído o Processo Administrativo Tributário - PAT, caracterizando o lançamento em definitivo, uma vez que o crime de sonegação fiscal – por ser formal – consumir-se-ia tão

somente com a prática de alguma das condutas previstas nos incisos do artigo 1º da citada lei. Assim, não era necessário lançamento definitivo para propositura da ação penal.

Neste sentido, em dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal - STF aprovou a Súmula Vinculante nº 24, com seguinte redação: *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”*.

No entanto, como vimos, o tipo descrito no artigo 1º, da Lei nº 8.137/90 é material. De acordo com Júlio Mirabete (2009, p. 120), crime material é aquele em que “há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta”. No caso do crime de supressão ou redução de tributo esse resultado, como o próprio nome sugere, é a supressão ou redução de tributo devido.

Com as alterações proporcionadas pela Lei nº 8.137/90, deve o Ministério Público aguardar o exaurimento da via administrativa para propor ação penal em face de crime tributário de dano. Esse óbice, não constitui uma barreira à livre atuação do órgão ministerial, tampouco uma condição de procedibilidade da ação penal, mas sim verdadeira condição objetiva de punibilidade.

2.2 Crimes Tributários frente à Extinção de Punibilidade

Os crimes tributários no Brasil, a luz dos preceitos constitucionais, quando vistos pela notoriedade dos seus bens jurídicos protegidos, frente a consciência da necessidade de intervenção mínima do Direito Penal, representam algo de considerável importância pela influência sobre o desenvolvimento nacional.

No princípio, importante saber que o crime de sonegação fiscal foi tratado pela Lei n.º 4.729, de 1965. Com a edição da Lei n.º 8.137 de 1990 as condutas anteriormente enfatizadas no citado diploma legal passaram a ser denominadas crimes contra a ordem tributária, como tipificados hoje. Da mesma maneira, o crime de apropriação indébita previdenciária se fez presente no sistema jurídico brasileiro através da Lei n.º 4.357, de 1964. Mais adiante pela Lei n.º 8.212, de 1991, que dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social, define o crime de apropriação indébita previdenciária. Nos dias atuais, com a promulgação da Lei n.º 9.983, de 2000, o referido crime foi tipificado no artigo 168-A do Código Penal, continuando com a mesma titulação.

No contexto delineado, quanto ao comportamento da legislação que dispõe sobre os delitos tributários até a condição atual, importante dar relevo a particularidade de que, diante da responsabilidade penal do réu pelo crime cometido, surge o direito do Estado exigir o cumprimento da respectiva penalidade, específico para cada caso. Dentre o estudo que ora se faz, torna-se importante entender as palavras trazidas pelo Professor Rogério Greco (2008, p.709), ao afirmar:

O Código Penal, em seu art. 107, trouxe o rol das chamadas causas extintivas da punibilidade. Embora o art. 107 do Código Penal faça o elenco das causas de extinção da punibilidade, este não é taxativo, pois que em outras de suas passagens, também prevê fatos que possuem a mesma natureza jurídica, [...].

Nesse sentido, por se tratar de um rol meramente exemplificativo, também podem ser encontradas outras formas de extinção da punibilidade. Destaca-se a afirmação encontrada na doutrina (MASSON, 2011, p. 854) que ao referenciar o art. 107 do Código Penal, diz: “[...]. *Em verdade, diversas outras causas extintivas podem ser encontradas no código e na legislação especial, destacando-se: a) [...]; d) o pagamento do tributo ou contribuição social nos crimes contra ordem tributária (Lei 10.684/2003, art. 9º); e) [...].*”

Não obstante, a extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária apesar de bastante discutida, e estar prevista no Código Penal e Leis Ordinárias, deve-se levar em consideração - também - o art. 138 do Código Tributário Nacional, o qual prevê que a responsabilidade por infrações é excluída pela denúncia espontânea.

Na mesma linha Sabbag (2012, p.761) assegura que:

[...], a doutrina tem entendido que, sendo o art. 138 do CTN incompatível com qualquer punição, a autodenúncia seria igualmente hábil a extinguir a punibilidade das infrações na seara criminal. *A contrario sensu*, em linguagem figurada, dar o “perdão” administrativo com uma mão e efetuar a “prisão” do infrator com a outra seria, no mínimo, desleal, para não falar incompatível com a ideia de Estado de Direito.

A condução lógica dos pontos destacados pela doutrina, pela legislação penal e tributária formam uma linha de entendimento que suprime obscuridades e incertezas em relação à possibilidade de extinção de punibilidade, em especial, os crimes contra a ordem econômica e tributária, quando da manifestação do contribuinte materializada pelo pagamento do tributo devido, objeto da demanda fiscal.

Em determinado momento tal particularidade se tornou precária pela revogação do art. 14 da Lei nº8.137/1990, movimentação da legislação promovida pela Lei nº8.383/1991 através do seu art.98, que em seguida foi reestabelecida (possibilidade de extinção da punibilidade) pela promulgação da Lei nº9.249/1995 que mediante o art. 34: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na [Lei nº 8.137/90](#), e na [Lei nº 4.729/65](#) (trata da contribuição social e acessórios), quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

A edição da Lei nº9.249 em dezembro de1995 fez emergir novamente o motivo que conduz a supressão da punibilidade, antes do recebimento da denúncia, com o destaque para o fato de que se tornou possível à restauração da pena para as demandas já transitadas em julgado durante a vigência da Lei nº8.383/1991, em face do art. 5º, XL da CF de 1988, o qual que potencializa a dinâmica do princípio da irretroatividade, a ponto de fazer valer a lei mais benéfica ao réu.

Levando-se em consideração as limitações do poder de produzir determinados conteúdos normativos, o princípio da estrita proteção dos bens jurídicos se faz imprescindível em contraponto à força do próprio Estado. Como observa Marques e Braga (2011, p. 179) ao assegurar que:

Em verdade, a evolução da legislação penal tributária revela que os crimes tributários foram instituídos com o único objetivo de compelir os cidadãos a cumprirem as suas obrigações perante o Fisco. Contudo, é importante mencionar, que nesse caso específico, não tem sido respeitado o princípio da intervenção mínima. É que, o Estado brasileiro, possui mecanismos capazes de fazer com que haja o cumprimento das exações fiscais. Pode-se citar: a inscrição dos débitos tributários em dívida ativa, a fim de subsidiar as execuções fiscais; a inscrição do nome dos que devem ao Fisco em cadastros como o CADIN, fazendo com que o mesmo não possa realizar uma série de operações, tais como emissões de cheques, abertura de contas em Bancos, enfim, uma variedade de medidas, não penais, capazes de compelir os cidadãos e as empresas ao pagamento dos tributos.

Na sequência das discussões já afluídas neste estudo, apresenta-se como relevante a análise dos regimes de parcelamentos de débitos tributários oferecidos - nos ditames da lei - pela Administração Tributária, que de maneira fundamental revelam sinais marcantes de quais práticas restaurativas, no âmbito do ordenamento jurídico estão – literalmente – sendo utilizadas de modo complementar e alternativo ao protótipo penal estabelecido.

A implementação e a aplicação de procedimentos relacionados com o caráter restaurativo, em sede das questões tributárias, já se fez patente – como visto antes nos dispositivos da norma concernente – porém este é sempre ratificado nos textos legais que tratam de Recuperação Fiscal, a exemplo da Lei n.º9.964 de 2000 que institui o primeiro Programa de Recuperação Fiscal, REFIS I, e em seu art. 15, § 3º dispõe que:

Art.15: [...]

§ 3º: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Mais adiante, e dentro da mesma sintonia, inseriu-se ao sistema jurídico a Lei n.º10.684 de 2003, que alterou a legislação relativa aos parcelamentos de débitos fiscais e inovou ao permitir ser motivo de extinção de punibilidade o pagamento em qualquer fase processual, neste caso, até já tendo ocorrido o recebimento da denúncia, conforme se apresenta em seu art. 9º, §2º, a seguinte redação:

Art.9º: [...]

§ 2º: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

O posicionamento do STF confere a extinção da punibilidade pelo atendimento à exigibilidade do quantum correspondente a dívida tributária realizada a qualquer tempo, conforme se observa:

Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.

STF, HC nº. 81.929/RJ – Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 27/02/2004.

Com o dinamismo que é inerente aos negócios jurídicos a legislação é sempre alterada, e assim atualiza o cenário normativo. A Lei nº 11.941 de 2009, que dispõe sobre a operacionalidade dos parcelamentos ordinários dos débitos tributários, trouxe para o seio das discussões a tônica da extinção da punibilidade, e mais uma vez se dirige as percepções doutrinárias para um mesmo norte, no qual se fincam as raízes das práticas restaurativas, *in casu*, quando é possível se referir aos dispositivos do texto legal, por último exaltado, em referência aos seus artigos 67 a 69, que traduzem o entendimento até então abordado:

Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos [arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos [arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

No mesmo diapasão, outros diplomas legais que revigoram o fluxo dos atos jurídicos voltados à recuperação do crédito tributário, por parte da fazenda pública, e na extinção da punibilidade dos crimes delineados na mesma área, como consequência, são apresentados ao Sistema Jurídico Nacional e se coadunam formando um novo conceito que passa pela modernização do modus de intervenção penal. Esta compreensão pode ser assimilada como a operacionalização da própria justiça restaurativa.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: uma abordagem voltada para os crimes tributários

Mediante as discussões relativas ao bem jurídico protegido pelos crimes contra ordem tributária, bem como o revelo doutrinário lastreado na tese de que a intervenção penal deve ser a menor possível, pelo seu caráter subsidiário e fragmentário, a justiça restaurativa surge trazendo uma nova abordagem. Como observa o doutrinador Howard Zeehr, em sua obra *Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça* (2008 *apud* PRUDENTE, 2014, p. 4), ao enfatizar que:

O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovem a reparação, reconciliação e segurança.

Em especial, a justiça restaurativa quando discutida no campo que envolve a interação do Direito Penal com o Tributário, como forma otimizada de resolver conflitos, sofre algumas restrições por se tratar de reparações vinculadas ao patrimônio público, de forma que as regras que delineiam qualquer processo resolutivo, apesar de simplificadas, o que caracteriza a extinção da punibilidade com o pagamento devem estar plenamente previstas na norma autorizativa em respeito aos princípios constitucionais. Nesta linha de raciocínio, Silva (2007, p. 36) destaca que:

[...], a Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Econômico e Social, editou a Resolução n. 12/2002, que trata sobre os princípios básicos dos programas de Justiça Restaurativa e, dentre outros, estipula uma série de preceitos que os Estados devem observar quando da implantação de projetos restaurativos, a fim de que se evitem violações a direitos e garantias individuais.

Com a mitigação de algumas das premissas vinculadas a justiça restaurativa planejada para a resolutividade de problemas, voltados para a reparação de danos e à reordenação das relações sociais, em um cenário que aponta situações e condições genéricas, emerge a real possibilidade factível de se operacionalizar as práticas restaurativas no ambiente penal tributário, com vistas a recuperação do crédito pela fazenda e a conseqüente extinção da punibilidade, o que a própria legislação na atualidade já permite. Neste contexto, interessante observar as palavras do Professor Antonio Henrique Graciano Suxberger (2005, p.11-12):

O modo pelo qual a intervenção penal se legitima é informado por valores extraídos de um programa de política criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal. As finalidades da intervenção penal refletem justamente a opção estatal pela realização da formalização dessa instância de controle social. A materialização do controle social jurídico-penal reproduz – ou deve reproduzir – exatamente o modelo de Estado a que se aspira.

Ao se fazer olhar de maneira mais otimista, pode-se dizer que a justiça restaurativa no perímetro penal tributário já se efetiva, pelo fato da administração tributária executar o disposto na legislação, com base na ética e no respeito ao contribuinte. Os dispositivos que conferem tal afirmação foram amplamente discutidos neste estudo. Nesta harmonia de percepção, o doutrinador Cleber Masson (2010, p. 535) ressalta que “surge a possibilidade

de conciliação entre os envolvidos mitigando-se a persecução penal, uma vez que não é mais obrigatório o exercício da ação penal”.

NOTAS CONCLUSIVAS

Na extensão deste estudo, que buscou fazer uma análise da correlação entre os crimes tributários e as práticas que perfazem a justiça restaurativa, tornou-se possível obter algumas conclusões, observando sempre as questões que envolvem o direito penal tributário e o direito tributário penal, bem como os preceitos constitucionais vinculados a intervenção mínima penal, aliado aos mecanismos que levam a extinção da punibilidade pelo Estado.

Com a ideia da justiça restaurativa trazida à discussão, não se prima pelo abolicionismo penal, resguardado as devidas proporções – considerando o princípio da razoabilidade, considera-se que o Direito Penal Tributário, é também imprescindível para a manutenção da ordem e da harmonia nas relações econômico-sociais. No entanto o controle preventivo como consequência de políticas públicas inteligentes, com vistas a evitar a evasão fiscal, é algo que fortalece o Estado democrático de direito e contribui para a promoção do desenvolvimento sustentável que tanto se almeja.

A perspectiva trazida pela justiça restaurativa contribui para o surgimento de um sistema criminal que traga uma nova forma de intervenção penal, e que tenha como foco a composição dos danos e o equilíbrio das relações socioambientais e econômicas conflituosas.

O Direito Penal apresenta como função viabilizar a convivência social, garantir o mínimo de ímpeto ofensivo, reestabelecer a harmonia em todos os níveis, frente aos atos e negócios, cumprindo regras e processos previamente publicitados e democraticamente instituídos. Na condição de última instância, efetivando o compromisso do Estado.

As práticas já desenvolvidas no âmbito das questões relacionadas com o Direito Penal Tributário, o qual se contempla a extinção da punibilidade mediante o pagamento do tributo exigido, objeto do Processo Administrativo Tributário – PAT, já são operacionalizadas naturalmente e permitem, de maneira mitigada, um ensaio da justiça restaurativa no Brasil.

Os procedimentos desenvolvidos pela Administração Fazendária com o escopo de recuperar o crédito tributário, extinguir a obrigação tributária e promover a extinção da punibilidade frente aos crimes praticados por particulares contra a ordem tributária são plenamente normatizados, tendo em vista que os institutos que tratam da matéria são todos harmônicos com a ordem jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, E. O. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Código Tributário Nacional** (1966). Vade Mecum. 14ª ed. São Paulo, Rideel, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214, v. 1.

COSTA, E. M. **O processo administrativo fiscal e a ação penal nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90**. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2006

COSTA, E. M. **O processo administrativo fiscal e a ação penal nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90**. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2006,. (Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HARADA, K.. **Evolução legislativa da sanção penal em matéria tributária**. *In*: PEIXOTO, M. M.; ELALI, A.; SANT'ANNA, C. S. **Direito penal tributário**. São Paulo: MP, 2005.

JANCZESKI, C. A.. Crimes fiscais: tipos elementos. *In*: PEIXOTO, M. M.; ELALI, A.; SANT'ANNA, C. S. **Direito penal tributário**. São Paulo: MP, 2005.

MARQUES, Renan do Vale Melo. **Crimes tributários à luz do conceito de bem jurídico penal e do princípio da intervenção mínima: criminalização ou descriminalização**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2011.

MARQUES, Renan do Vale Melo; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Crimes tributários no Brasil: uma análise à luz do conceito de desenvolvimento e dos princípios constitucionais penais**. João Pessoa: Prima Facie. v.10,19. 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009,

NORONHA, E. M. **Direito penal: introdução e parte geral**, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999,

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: a construção de um outro paradigma**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Santa Catarina. Vol. 4, n.8, 2014, p 101.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito**. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

VARGAS, J. C. **Instituições de direito penal: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, tomo I.

_____. República Federativa do Brasil. **Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964**. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do impôsto sôbre a renda, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4357.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm >. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 9.249 de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Alterada pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Alterada pela Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Alterada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Alterada pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008. Alterada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Alterada pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. (Vide art. 119 da Lei nº 12.973/2014). <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei924995.htm> >. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 9.964 de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis n.ºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Alterada pela Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001. Alterada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei996400.htm> >. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 10.684 de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm >. Acesso em: 15 dez. 2014.
_____. República Federativa do Brasil. Lei n.º 11.941 de 28 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando vários institutos da legislação tributária federal.

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2009/lei11941.htm> >. Acesso em: 15 dez. 2014.

A JUSTIÇA DE PROXIMIDADE COMO INSTRUMENTO DE EDUCAÇÃO EM/PARA DIREITOS HUMANOS: POR UMA (DES) CONSTRUÇÃO DE DOGMAS A PARTIR DA VÍTIMA

David de Oliveira Monteiro¹⁴⁸

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se discutir se o deslocamento operado no contexto da justiça de proximidade - com o protagonismo da vítima no âmbito criminal – pode, de algum modo, relacionar-se à (des) construção de determinados dogmas assentados no *senso comum* da sociedade brasileira.

Fundada, basicamente, em preceitos que anunciam a falência do modelo tradicional de justicamento penal, a proximidade surge vocacionada como condição *sine qua non* à paz social (se é que se pode afirmar atingível tal fim), a partir da facilitação de um ambiente propício à coexistência dos sujeitos envolvidos no conflito e mediante o emprego de técnicas específicas de *entrosamento*, tendo por fim não mais a solução trivial e apartada do litígio, mas a busca incessante pela resolução do conflito.

Nesse contexto, propõe-se uma reflexão sobre o que se supõe um caractere funcional da proximidade, qual seja: se por um lado tem-se a falseada noção de que a expressão *direitos humanos* só é empregada quando para a “proteção” de sujeitos ativos de algum ilícito penal, sensação esta sedimentada no imaginário popular, indaga-se se aquele deslocamento (vítima como núcleo do conflito) pode servir à ruptura desse dogma arraigado no *senso comum*.

Vale dizer, a sensação de que com a justiça de proximidade ficaria o Estado em todas as fases da *persecutio criminis* mais próximo da vítima do que propriamente do autor do ilícito, pode impactar positivamente no sentido de se (re) construir um conceito social

¹⁴⁸ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba; ex-bolsista do Projeto CNJ/Acadêmico/ Capes Alternativas Penais na Perspectiva da Vítima: Justiça Restaurativa como um Novo Paradigma da Justiça Criminal para a Eficácia das Políticas Públicas de Reinserção Social; professor universitário (graduação e pós-graduação); coordenador de pós-graduação em Direito Constitucional Contemporâneo; especialista em Direito Público; advogado.

acerca da expressão direitos humanos, afastando-se assim, a falsa concepção de que direitos humanos são “direitos de bandido”.

Estruturar-se-á o artigo em 3 capítulos: no primeiro tem-se o estabelecimento das bases teóricas da justiça de proximidade e a sua possível relação com os direitos humanos a partir do protagonismo da vítima; no segundo procura-se assentar a discussão dos direitos humanos enquanto paradigma a ser ressignificado diante do senso comum; no terceiro, expõem-se algumas linhas fundamentais da educação em/para direitos humanos, com o objetivo de fechar a comunicação relacionando-se os capítulos 1, 2 e 3 em síntese às considerações finais.

1. JUSTIÇA DE PROXIMIDADE E DIREITOS HUMANOS: POR UM CAMINHO TEÓRICO

Quando discursos e práticas são afinados no sentido de trazer novas respostas para problemas antigos, um primeiro dado pode ser sinalizado: por alguma razão percebeu-se a necessidade de mudança.

Nesse sentido, o modelo de justiça penal brasileira vem sendo objeto de críticas há algum tempo. Ocorre que o Estado não conseguiu, pelos mecanismos ordinários de que dispõe (processo – execução) responder satisfatoriamente ao aumento da criminalidade¹⁴⁹ - e mais, corroboram-se as teses de falência do Sistema Penitenciário e de seu fim “ressocializador” (DOTTI, 1998, p. 188).

Superpopulação carcerária, alto índice de reincidência, proliferação de doenças nas unidades prisionais, falta de condições mínimas de higiene e, portanto, de respeito aos mais diversos instrumentos internacionais de proteção e defesa dos reclusos¹⁵⁰ são apenas a ponta do *iceberg* de problemas a permear o cenário da justiça penal brasileira.

O autor do clássico *Dos Delitos e das Penas*, escrito em 1764, tendo sido objeto de prisão no oitocentismo europeu, desde então sinalizara para aquilo que compreendia como o fim racional da pena “o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo” (BECCARIA, 1997, p.52).

¹⁴⁹ De acordo com a 7ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2013).

¹⁵⁰ Conforme Relatórios Estatísticos elaborados pelo Ministério da Justiça (Departamento Penitenciário Nacional) – Dados 2013 – disponíveis na página eletrônica no Ministério.

Contudo, desde as mais remotas formas de punição até os modelos contemporâneos de contenção penal, tem-se que a transferência operada com o deslocamento da auto para a heterocomposição não surtiu – ao menos em regra – o efeito último esperado pela aplicação da sanção penal (GROS, 2001, p. 126), qual seja: a pacificação do conflito.

Obviamente, não se deve olvidar das críticas formuladas por autores como *Wacquant, Goffman e Foucault* quando afirmaram a fragilidade da relação entre pena e pacificação do conflito, contudo, não se tem no presente trabalho a preocupação de dialogar com tais concepções, não porque delas se distancia a análise pragmática do modelo de justiça retributiva brasileira, mas pelo fato de aqui se buscar apenas e tão somente uma possível vertente teórica sobre a interação entre a vítima e a desconstrução do discurso dos direitos humanos assentado no senso comum.

Nem sempre a posição da vítima foi a de coadjuvante (SHECAIRA, 2013, p. 49), contudo, seu o protagonismo de então estava vinculado direta ou indiretamente com o caráter punitivo-retributivo da vingança privada:

Com o início da Baixa Idade Média (Século XII), período marcado pela crise do feudalismo, pelas Cruzadas e surgimento do processo inquisitivo, a vítima inicia seu caminho rumo ao ostracismo, sendo substituída, no conflito de natureza criminal, pelo soberano. É de fato, um período histórico extremamente largo, o que, por si só, faz temerária qualquer classificação e dificulta a exata compreensão da evolução (OLIVEIRA, 1999, p.19).

Tal dissociação parece ter operado nas sociedades ocidentais uma distorção ainda maior, qual seja: a de que a finalidade última do direito penal reserva-se tão só a retribuir ao agente agressor o injusto cometido com sua conduta.

Esta afirmação, tomando-se por objeto o modelo brasileiro de justiça penal, encontra sustento, exemplificativamente, na medida em que se destaca a sanha legislativa do Congresso Nacional – muitas vezes – aquecida pela desinformação socialmente difusa, patrocinada por grupos midiáticos mais compromissados com as receitas que derivam das campanhas para o endurecimento das penas e aumento das figuras típicas, do que propriamente por uma pauta razoável de discussão sobre as causas da criminalidade.

É de fato a preocupação nuclear deste primeiro capítulo definir – para o que se propõe – em que medida é possível relacionar a função social do sistema penal com

alguma matriz teórica da justiça restaurativa, especialmente, no que toca ao protagonismo da vítima como um viés de rompimento com o dogma arraigado no senso comum acerca dos direitos humanos.

Antes, porém, registre-se uma primeira dificuldade:

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A criminologia e a sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro. (ZAFFARONI, 2006, p. 70).

Dois requisitos servirão ao propósito aqui almejado: o primeiro, partindo da concepção de que o sistema penal deve servir a um fim razoável e equilibrado no contexto do controle estatal da violação aos bens jurídicos de maior relevo.

Saliente-se, entretanto, que assim concluindo, uma análise mais crítica poderia sugerir uma contradição irresolúvel, qual seja, como admitir que o sistema penal há de atuar razoável e equilibradamente quando em verdade o seu fim – numa sociedade marcada por uma gama de injustiças sociais – é exatamente o de manter o ciclo da criminalidade em evidência, como afirmara *Waqcuant*?

Por essa razão, e mais a título simbólico, parte-se do conceito de utopia mannheimiana afirmar-se a possibilidade de o sistema penal – notadamente pelo emprego do princípio da intervenção mínima vir a ocupar um lugar de resguardo e restauração dos direitos e garantias seja do agente violador, seja da vítima – enquanto sujeito violado.

A irrealização que dá sentido ao termo utopia no senso comum, adquire em Mannheim a potencialidade ou superveniência de acontecer. É um utopos, lugar nenhum, enquanto condição primeira para a sua transformação. A insatisfação e o desejo de mudança, imprimem à utopia mannheimiana a perspectiva transformadora. “Por isso que ela transcende a realidade, rompe as amarras da ordem existente”. (FREITAS, 2009, p. 66).

O segundo requisito passa pela análise do conteúdo da justiça restaurativa a partir do necessário protagonismo da vítima como instrumento de quebra do dogma “direitos humanos, direito de bandido”, tarefa própria da educação em/para Direitos Humanos.

Fixadas estas premissas, passa-se a delimitação da categoria “justiça de proximidade”, desde logo, adiantando que não se presta o presente escrito à análise das variadas formas/procedimentos/técnicas restaurativas, o objetivo é meramente teórico e se coloca no plano da avaliação de um sentido comum a sobre à justiça de proximidade,

Reitere-se, portanto, o que surge aparentemente como problema a ser investigado a partir do presente texto¹⁵¹: a colocação da vítima como protagonista do sistema penal – numa perspectiva da justiça de proximidade – pode contribuir para a quebra do dogma “direitos humanos, direito de bandido”?

A justiça de proximidade¹⁵² é mais uma tendência de enfrentamento ao caos instalado no campo política criminal, notadamente, pelo fato de o direito penal não servir à solução do problema “crime”.

Noutras palavras, a aplicação do preceito secundário da norma incriminadora para aquele (a) que infringiu seu preceito primário não cumpre (como nunca cumpriu, é verdade) qualquer de suas funções, não previne, não retribui adequadamente, não ressocializa, não pacifica.

Na lição da professora da Universidade Federal da Paraíba e juíza aposentada, Maria Coeli Nobre da Silva:

A justiça restaurativa brota, assim, com seus vieses de humanização, no intuito de reconstituir a situação de paz anterior, de restaurá-la, por conseguinte, sendo recepcionada pelos direitos humanos em seu empenho só de promover a inclusão social como elemento indissociável de democracia, mas também de realçar o “valor da responsabilidade como padrão ético individual e coletivo insubstituível”. (SILVA, 2009, p. 165).

Percebe-se do excerto a nítida feição propositiva da justiça de proximidade, o que num primeiro momento encontra o seu caráter utópico (na concepção de *Mannheim*), na medida em que deposita nessa resposta ao modelo retributivo a esperança da resolução do próprio conflito – que em tudo se distancia do abstracionismo legal, preocupado tão

¹⁵¹ Decerto o problema lançado demandaria um projeto mais denso e elástico temporalmente. Lança-se aqui uma visão acerca do potencial de discussão sobre a justiça de proximidade.

¹⁵² Aqui tomada em idêntico sentido da expressão Justiça Restaurativa. Para um maior aprofundamento sugere-se a leitura dos capítulos II e IV da obra *Justiça de Proximidade (restorative justice)* – Instrumento e proteção de defesa dos direitos humanos para a vítima, de autoria de Maria Coeli Nobre da Silva.

somente com a subsunção do fato à norma e a consequente aplicação da sanção prevista (resolução do litígio).

A restauratividade ou proximidade é de fato uma concepção baseada numa ética historicamente dissociada do caráter exclusivamente punitivo do sistema penal moderno. Assim:

Induvidosamente, como justiça de valores, o modelo restaurativo se constitui em uma modalidade inclusiva de justiça penal, a atender um ideal democrático como um valor inerente a que se alcance o bem estar e a harmonia social. A ampliação dos espaços e a expansão das oportunidades concedidas aos cidadãos comuns (vítima, ofensor, comunidade) no procedimento restaurativo, exercitando uma parcela de poder, são caminhos para a consolidação da democracia. (SILVA, 2009, p. 131).

Tomar a justiça de proximidade sob o enfoque do protagonismo da vítima no cenário criminal é extrair apenas um dos mais amplos e possíveis sentidos desse novo modelo que se busca construir.

Assim, importa ressaltar – a despeito de toda uma historiografia sobre a condição da vítima desde a fase da vingança privada, que se de um lado a resolução do conflito mediante técnicas específicas de compreensão/pacificação entre infrator, vítima e comunidade soa ainda como algo intangível no âmbito da justiça penal brasileira¹⁵³, por outro lado nada há a impedir que se (re) construa a imagem da vítima enquanto protagonista do injusto penal, ainda mais se essa (re) construção se der no sentido contrário daquilo que jaz no imaginário popular (senso comum) acerca do que vêm a ser os direitos humanos.

Encerra-se o primeiro capítulo assentando uma definição que se pode tomar como comum às variadas formas e modelos de justiça restaurativa no campo penal. Ei-la: cuida-se a justiça de proximidade de um movimento teórico e prático, contra-hegemônico, inserido no âmbito da tensão entre a retribuição penal e a necessidade de humanização do sistema punitivo em vigor, tendo como finalidade precípua a resolução do conflito nas fases pré e pós-aplicação da lei penal. Sua base filosófica aponta para a noção de uma nova

¹⁵³ Ainda que iniciativas de sucesso já sejam uma realidade em alguns estados (SP; RS) e no DF.

ética a ser trabalhada pelos envolvidos (infrator, vítima e comunidade), mirando primordialmente, o resguardo dos direitos da vítima.

2. OS DIREITOS HUMANOS ENQUANTO PARADIGMA A SER RESSIGNIFICADO PELO SENSO COMUM: A VÍTIMA NO CENTRO DAS PREOCUPAÇÕES

A polissemia do termo *Direito* induz à de uma sua espécie: direitos humanos. Não é de hoje a discussão sobre os sentidos e os fins disso a que se convencionou tratar por direitos humanos, bastando para essa constatação um breve aceno à temática de sua fundamentação jusfilosófica no curso do desenvolvimento humano.¹⁵⁴

A depender da matriz ideológica de que se serve, as definições serão as mais diversas. Atente-se, então, para uma concepção eminentemente dogmática, utilizada por parte da doutrina nacional para divisar os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais.

Aqueles são direitos (bens jurídicos) expressos no plano do sistema internacional de proteção e defesa, vale dizer, estão catalogados nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Assim, os bens jurídicos expressos na Convenção de Belém do Pará (Sistema Interamericano) são direitos humanos alinhados à luta histórica das mulheres pelo reconhecimento de sua dignidade.

Se, por outro lado, aqueles mesmos bens jurídicos forem catalogados numa Carta Constitucional (internalizados) tomam o sentido de direitos fundamentais. Vê-se que no plano dogmático a definição parte de um elemento formal, exterior, ou seja, a depender da forma pela qual são apresentados os bens jurídicos – constitucional ou convencionalmente, estar-se-ia diante de um direito fundamental ou humano, respectivamente.

Não tão simples é a busca por uma definição teórica, aliás, há nesse contexto uma dificuldade aparentemente insolúvel: a depender das condições históricas, a depender das ideologias e dos matizes políticos de que são partidários os teóricos, as definições sobre os direitos humanos vão desde uma acepção absolutamente acrítica, como a defesa do modelo

¹⁵⁴ Desde a Antiguidade Clássica, passando pelo medievo, modernidade e chegando à contemporaneidade, ao menos quatro foram os fundamentos filosóficos principais a indicar a fonte legitimadora do direito aplicável em cada uma dessas quadras históricas. Registre-se a contribuição fundamental da Escola de Frankfurt nesse sentido.

contratualista pós-Revolução Francesa oitocentista até as que afirmam o seu caráter estratégico, ideológico (aqui na concepção marxiana).

Costas Douzinas, no prefácio à tradução brasileira de seu *O fim dos direitos humanos* afirmara o paradoxo desses direitos:

Os apologistas esperam dos direitos humanos muito mais que do que é plausível e negligenciam seus efeitos colaterais. Porém, não é possível livrar-se dos direitos como críticos generosos têm insistido (...) os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer (...) o paradoxo é o princípio organizador dos direitos humanos. (DOUZINAS, 2009).

O professor grego, continuando em passagem avançada de seu livro, cede ao presente trabalho não só a definição de direitos humanos com a qual será relacionada a justiça de proximidade, mas o sentido de que se pode dispor para um início de conclusões preliminares:

Os direitos humanos tornaram-se o grito do oprimido, do explorado, do despossuído, um tipo de direito imaginário ou excepcional para aqueles que não têm nada mais em que se apoiar. Nesse sentido, os direitos humanos não são o produto da legislação, mas precisamente o seu oposto (...) os direitos humanos, assim como o princípio esperança, funcionam no abismo entre a natureza ideal e a lei, ou entre as pessoas reais e as abstrações universais. A energia necessária para a proteção, a proliferação horizontal e a expansão vertical dos direitos humanos vem de baixo, vem daqueles cujas vidas foram arruinadas pela opressão ou pela exploração (...) (DOUZINAS, 2009, p. 157).

Com isso, nem a construção dogmática e menos ainda a de índole mais teórico-reflexiva identificam-se com o que se instalou no inconsciente coletivo (senso comum) acerca do conteúdo dos direitos humanos, notadamente nos chamados países periféricos, e aqui especialmente no caso brasileiro.

A *doxa* dos direitos humanos quando os discursos são analisados diante de um caso de comoção pública, indicam não só a carência de informações básicas por parte do sociedade, mas algo ainda pior: a construção daqueles direitos como se reconhecidos apenas para a defesa dos infratores da lei penal¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Razão pela qual há estudos sérios sobre a situação dos defensores dos direitos humanos no Brasil.

O *sensu comum* é identificado há muito, inclusive a partir das reflexões platônicas sobre o Mito da Caverna, dando conta de que o mundo ingênuo e das ideias não se sustenta diante da ação libertadora, crítica, reflexiva, epistêmica.

Os veículos de comunicação, notadamente os telejornais, forjam no inconsciente coletivo a imagem de distanciamento do Estado diante da situação da vítima, hipótese que se traduz nas narrativas que vinculam a defesa dos direitos humanos do infrator com a falsa percepção de que esses direitos restringem-se à tutela daqueles que violam a ordem.

Obviamente, não é de se esperar que numa sociedade ainda marcada pela desigualdade social e econômica os signos que comunicam comuniquem a meia verdade dos oprimidos. Ao contrário, as verdades veiculadas no espetáculo midiático são as meias verdades dos grupos que podem veiculá-las, carregadas de seus interesses, blindadas pelo aparato do Direito¹⁵⁶ e voltadas – no campo penal, a um fim exclusivo: dividir a sociedade entre vítimas e criminosos¹⁵⁷.

Fosse apenas pela passividade da opinião pública, talvez não se estivesse aqui disso tratando, porém, o fato é que esta passividade implica diretamente na *práxis* social, na não formulação de políticas públicas, e na dificuldade no manejo dos instrumentos jurídicos de proteção e defesa dos direitos humanos.

Quando se imagina que a preocupação do sistema de justiça penal não está centrada na vítima, mas, ao contrário, dela se distancia ao fazer a relação entre o infrator (bandido) e os direitos humanos, um óbice se levanta à dirimição desta aparente contradição. O sistema não pode comportar duas respostas diametralmente opostas para o problema de se saber qual o significado dos direitos humanos – de acordo com a concepção aqui adotada.

Ora, com todas as reservas que podem ser ventiladas sob o prisma das teorias críticas do direito, uma tendência se revela mais razoável, qual seja: violador e vítima são titulares de direitos e garantias humanos e fundamentais.

¹⁵⁶ Vale aqui uma breve análise sobre a liberdade de imprensa na jurisprudência do STF.

¹⁵⁷ Certamente não se cuida dos criminosos de colarinho branco.

Do ponto de vista dos direitos humanos – na perspectiva dos de baixo – em nada alteraria a situação de perene violação (da vítima e do ofensor, muitas vezes vítima das suas próprias condições) por que passa a sociedade brasileira.

Entretanto, levando-se em consideração os aspectos da justiça de proximidade, especialmente, no que concerne ao deslocamento possível da vítima para o protagonismo da relação jurídico-penal, acredita-se na eventual, lenta e gradual quebra do dogma *direitos humanos, direito de bandido*.

Não se está a discutir – nem seria esta a proposta num breve artigo¹⁵⁸ – as causas que estão por trás da manutenção ideológica do discurso de ódio aos direitos humanos aviado pelas forças hegemônicas, mas, apenas na teorização acerca de uma possível saída para este quadro que é apresentado diariamente pelos veículos de comunicação de massa.

Avaliando-se o exposto, entende-se que a vítima – reflexo que é da sociedade que clama por “justiça” (ainda que para tanto permita a violação aos direitos e garantias dos envolvidos), alcançando a posição de maior projeção naquela relação objeto da criminologia atual (crime, criminoso, vítima e controle social) pode assumir num movimento contra-hegemônico a importância que dela se espera neste escrito: a de atuar como instrumento de educação em/para direitos humanos a partir da desconstrução do senso comum a respeito desses bens jurídicos.

3. A EDUCAÇÃO EM/PARA DIREITOS HUMANOS: UM FLERTE COM A JUSTIÇA DE PROXIMIDADE

O estudo da educação em direitos humanos no Brasil pode partir – como sinalizara Dallari, de dois momentos importantes de nossa história: o período de exceção e a adoção da Carta Fundamental em 1988. Frise-se que a escolha de algum marco histórico é meramente didática, até porque se se fosse reconstruir uma historiografia mais densa a esse respeito no Brasil, dever-se-ia reportar desde a chegada do europeu no seiscentismo.

A opção pelos períodos indicados pelo mestre das Arcadas é a que melhor se adequa aos propósitos do texto. É que tanto o *senso comum* quanto o resgate do protagonismo da vítima podem ser relacionadas, respectivamente, com os eventos

¹⁵⁸ Para esta discussão, indica-se o artigo **Por que, no Brasil, a defesa dos Direitos Humanos é rejeitada, por muitos, como “defesa de bandidos”?** de Ricardo Balestreri, disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/cartilha_balestreri/porque_brasil.htm

sinalizados. De um lado ainda os resquícios de um passado recente onde a luta pela liberdade foi criminalizada pelos que governavam. Aliás, a criminalização dos movimentos sociais deita as suas raízes no mesmo passado. De outra banda, o advento da Constituição de 1988 oxigenou (não só pela nova ordem jurídica surgida) o cenário das lutas por espaços sempre mais democráticos sob a bandeira do fundamento maior: a dignidade humana.

Educar em/para Direitos Humanos é proporcionar as condições necessárias para que todos os seres humanos – compartilhando de modo equilibrado e razoável o meio ambiente, sejam livres de toda e qualquer exploração baseada nas condições históricas de nascimento, sociais de construção e econômicas de sobrevivência.

Tomando as diretrizes do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), tem-se:

A educação e a cultura em Direitos Humanos visam à formação de nova mentalidade coletiva para o exercício da solidariedade, do respeito às diversidades e da tolerância. Como processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, seu objetivo é combater o preconceito, a discriminação e a violência, promovendo a adoção de novos valores de liberdade, justiça e igualdade (PNDH 3).

Um dos eixos do PNDH 3 insere-se exatamente no sentido aqui proposto:

aborda-se o papel estratégico dos meios de comunicação de massa, no sentido de construir ou desconstruir ambiente nacional e cultura social de respeito e proteção aos Direitos Humanos. Daí a importância primordial de introduzir mudanças que assegurem ampla democratização desses meios, bem como de atuar permanentemente junto a todos os profissionais e empresas do setor (seminários, debates, reportagens, pesquisas e conferências), buscando sensibilizar e conquistar seu compromisso ético com a afirmação histórica dos Direitos Humanos (PNDH 3)

A sensibilização proposta nas diretrizes do PNDH 3 demanda de todos os envolvidos (sociedade civil organizada) o oferecimento de propostas que possam de algum modo interferir no processo de formação da opinião pública. Eis a missão da prática educativa em direitos humanos:

A educação em direitos humanos nasce herdando da educação popular uma vocação explícita para construir um projeto histórico, uma vontade

mobilizadora definida por uma opção orientada à mudança estrutural e ao compromisso com os setores populares. Isto marcará discrepâncias com visões educativas neutras e com outras que não compartilham as mesmas opções (Sime,1994, p. 88)

Decerto uma missão hercúlea a tentativa de inversão desses (des) valores já tão incutidos no senso comum, ainda mais quando sustentados pelo descompromisso com os direitos humanos com o qual atuam os veículos patrocinadores dessa realidade, contudo, importa saber que a construção de estratégias contra-hegemônicas (nos mais diversos setores da vida social) pode ser a única saída para esse enfrentamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas breves linhas aqui trazidas, buscou-se refletir acerca da problemática colocada no campo da justiça de proximidade e de sua possível relação com o resguardo dos direitos humanos da vítima.

Foram analisadas as definições sobre cada uma das vertentes, sem deixar de se indicar a pluralidade de sentidos empregados no campo teórico. Justificou-se a escolha a respeito de cada uma das eleitas. Justificou-se, igualmente, a delimitação do objeto, bem como de sua perspectiva teórica.

A preocupação central orbitou em se permitir ou não uma conclusão apta a responder o problema indicado no capítulo I. Contudo, diante da necessidade de outros aportes, pela complexidade inter e multidisciplinar necessária a um desenvolvimento mais denso, entende-se não por uma consideração final, mas por algo próximo de conclusões meramente parciais.

Assim, entende-se plausível a relação entre o protagonismo da vítima (justiça de proximidade) e a desconstrução da concepção equivocada do senso comum (direitos humanos, direito de bandido) a partir da compreensão de que os direitos humanos como conjunto de bens e garantias titularizados por toda a sociedade passariam a ser a pedra angular do sistema de justiça penal baseada na tutela do ofendido.

Nesse sentido, a educação em/para direitos humanos partiria de uma meia verdade (direito da vítima) para desconstruir outra meia verdade já estabelecida (direitos humanos, direito de bandido), hipótese que de modo lento e gradual, aparentemente, pode servir à

quebra deste dogma, produto de ideologia hegemônica, descompromissada com a efetiva emancipação/democratização dos direitos humanos, veiculada ampla e difusamente pelos meios de comunicação de massa.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FREITAS, Lorena de Melo. **Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009.

GROS, Frédéric; GARAPON, Antoine; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. **A vítima e o Direito Penal – uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

PLANO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.

SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. 5°. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de proximidade (restorative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima**. Curitiba: Juruá, 2009.

SIME, L. **Educacion, Persona y proyecto Histórico**. In: MAGENDZO, A. (Org.) **Educación en Derechos Humanos: apuntes para una nueva práctica**. Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación e PIIE, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2006.

Correio eletrônico para contato: d.o.m.adv@bol.com.br