

JUSTIÇA RESTAURATIVA: MUDANÇA DE LENTES PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RESTORATIVE JUSTICE: CHANGE OF LENSES TOWARDS SOLUTION OF CRIMINAL CONFLICTS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

André Araujo Barbosa¹
Nestor Eduardo Araruna Santiago²

RESUMO

As novas perspectivas de construção do Estado Democrático de Direito passam pela assunção das partes como atores principais da solução dos conflitos de ordem judicial. A evolução do Estado Democrático de Direito colocou como seu alicerce o exercício ativo da cidadania nas questões públicas. A mediação é um instrumento que permite que os conflitantes se comuniquem de forma ampla na tentativa de resolver adequadamente o conflito e não simplesmente de eleger o “vencedor” de uma demanda, sem que haja a imposição de uma decisão por terceira pessoa. O Direito Penal também sofre influência deste novo paradigma. A utilização da pena como cerne da política criminal engendra um sistema de criminalização que alimenta a violência e estigmatiza os segmentos sociais menos próximos aos círculos de poder. Desta forma, a Justiça Restaurativa surge como uma nova perspectiva de abordagem do conflito penal, centrando o foco da intervenção estatal na reparação de danos, superação de traumas, assunção de responsabilidades pelo infrator e ainda facilitando a reinserção social pela participação da própria comunidade na solução do conflito. Esse novo paradigma põe os atores do processo na condução da solução para o conflito e se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Justiça Restaurativa. Direito Penal. Democracia.

ABSTRACT

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Promotor de Justiça do Juizado Especial de Fortaleza. Pesquisador do Laboratório de Ciências Criminais da Universidade de Fortaleza. E-mail: *andrempe1@gmail.com*

² Advogado Criminalista. Doutor em Direito. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), Graduação em Direito e Especialização em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Líder do Grupo de Pesquisa “Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais” - Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da Unifor. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: *nestoreasantiago@gmail.com*

The new perspectives of construction of the democratic State of law pass through the assumption of the parties as main actors of the solution of conflicts of judicial order. The evolution of the democratic State of law has as its foundation the active exercise of citizenship in public issues. Mediation is an instrument that allows the conflict to communicate broadly in an attempt to resolve the conflict properly and not simply to elect the "winner" of a demand, without imposing a decision by third person. The criminal law also suffers influence of this new paradigm. The use of the penalty as core of criminal policy engenders a system of criminalization which feeds the violence and stigmatizes the social segments less next to the circles of power. In this way, the restorative justice emerges as a new perspective of criminal conflict approach, centering the focus of State intervention in the repair of damage, overcoming traumas, assumption of responsibilities by the offender and facilitating social reintegration through community participation in the solution of the conflict. This new paradigm puts the actors of the process in the conduct of the solution to the conflict and in consistent with the notion of a democratic State of law.

KEYWORDS: Democratic state of law. Restorative justice. Criminal law. Democracy.

INTRODUÇÃO

A busca de soluções para os conflitos penais está na ordem do dia no Brasil. A sensação de insegurança, a falência do sistema prisional e o engessamento da Justiça Penal indicam, entretanto, que o foco da política criminal atual tem que ser modificado. Embora envolva circunstâncias peculiares e que pela própria gravidade dos bens atingidos exige uma atuação mais efetiva do Estado, também o Direito Penal sofre influxos dessa realidade que se impõe, sendo uma exigência de um efetivo Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, que novas soluções sejam implementadas aos conflitos, soluções estas que passam pela participação ativa do autor do delito e da vítima e, quando possível, da própria comunidade envolvida.

A lógica do sistema penal baseado primordialmente na pena privativa de liberdade é um rotundo fracasso. Descumpriu todas as expectativas postas (prevenção geral, ressocialização, proteção da sociedade). As penitenciárias estão abarrotadas, com pessoas vivendo em situação degradante, desrespeitando-se os princípios mais mezinhos exigidos pela condição de ser humano. O ambiente da prisão cria círculos viciosos de violência, evapora com os princípios morais que o preso ainda possa possuir, retroalimentando o sistema com mais violência e acarretando a total insegurança na sociedade.

Toda essa realidade culmina com a conflagração de inúmeros conflitos, de toda a natureza. O Estado, que por um lado atua gerando a violência estrutural, por outro assume o caráter de terceiro imparcial que vai resolver os embates. A lógica não funciona. O Estado não

consegue dar respostas aos conflitos. Assoberbam-se ações judiciais que ficam sem respostas ou quando respondem dão soluções ao litígio imediato, deixando o conflito aberto.

Diante disso, valendo-se de pesquisa bibliográfica, de cunho quantitativo, indutiva e pura, este artigo busca apontar a construção de soluções para os conflitos penais a partir da participação ativa das próprias partes envolvidas, por intermédio da Justiça Restaurativa, relacionando estas soluções à consecução de um efetivo Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo aborda as novas teorias que buscam revelar a legitimidade do direito apontando para a participação das partes e da própria comunidade na criação das normas e na solução dos conflitos como uma exigência do Estado Democrático de Direito. A mediação/restauração surge como um mecanismo capaz de solucionar os conflitos, de gerar a paz social, fazendo com que as partes assumam seus deveres e responsabilidades, sentindo-se incluídas no sistema.

No segundo capítulo aborda-se a Justiça restaurativa penal como um caminho para o Estado Democrático de Direito, exigindo-se uma cidadania ativa, que não se limita ao voto, mas a participação dos atores envolvidos na solução dos conflitos. No sistema penal, a perspectiva de adoção de um modelo de Justiça Restaurativa, com o desenho possível a realidade de cada país, parece ser o único caminho possível a trilhar na perspectiva da pacificação social, de quebrar o círculo vicioso da violência e os códigos criminosos gerados nos ambientes penitenciários.

Conclui-se que a priorização de mecanismos de soluções alternativas de conflitos penais, com as partes envolvidas passando a ocupar o papel de protagonistas nesta nova abordagem, é um caminho do qual não se pode prescindir dentro do Estado Democrático de Direito e diante da falência do sistema prisional. É preciso construir um modelo de justiça restaurativa que se adeque à realidade brasileira.

1 O CIDADÃO COMO CONSTRUTOR DE SOLUÇÕES PARA OS SEUS PRÓPRIOS CONFLITOS

O fenômeno da constitucionalização do direito influenciou o ordenamento jurídico como um todo. Se antes as normas constitucionais eram vistas como diretrizes políticas, valores a serem perseguidos, sem caráter cogente, hoje a força normativa da Constituição é uma realidade que se impôs.

A constitucionalização do Direito provocou, por conseguinte, a irradiação dos princípios constitucionais para todos os ramos jurídicos, quebrando paradigmas hermenêuticos arraigados na primazia do texto infraconstitucional, trazendo novos conceitos e provocando a releitura de institutos antigos. No Direito Administrativo, por exemplo, há um

movimento de mitigação da legitimidade da discricionariedade administrativa, como um juízo de valor do administrador dentro do seu critério de oportunidade e conveniência, para exigir a participação popular como elemento formativo da vontade administrativa, sendo que no direito administrativo de países, como Portugal e Espanha, a ausência dessa participação pode justificar inclusive a declaração da inconstitucionalidade do ato. (BINENBOJM, 2006, p.78)

Essa exemplificação da incidência constitucional, modificando institutos e paradigmas, ocorreu também em outros ramos do direito e em instituições da própria sociedade. No processo cível, a busca de uma solução conciliada já faz parte do procedimento. Entretanto, diante da carga de processos, de pessoal qualificado, ainda se busca apenas um acordo, muitas vezes “imposto”, e não a tentativa de restauração das relações rompidas com o conflito e da própria conscientização das partes, evitando desavenças futuras.

As novas perspectivas de construção do Estado Democrático de Direito passam pela assunção das partes a atores principais da solução de suas divergências, através de um processo de mediação, a nível estatal ou até mesmo extrajudicial, através da atuação comunitária. Como enuncia Touraine (1996, p.34), a democracia é o reconhecimento de que os indivíduos e coletividades têm o direito de serem os atores de sua história e não somente de serem libertados de suas cadeias.

1.1 A mediação e outras formas de solução dos conflitos

Spengler e Ghisleni (2013, p. 49) abordam a relação da mediação com a teoria do agir comunicacional de Habermas e concluem que se necessita de outro modelo de solução de conflitos que não seja centrado fundamentalmente no Estado, mas capaz de revisar seus paradigmas filosóficos e epistemológicos. O Estado deve se envolver com o cidadão na busca de um entendimento por meio de uma racionalidade comunicativa, o que levaria a legitimar o próprio direito por meio do Estado Democrático de Direito, de forma que o cidadão participe da elaboração da norma que ele mesmo vai cumprir. Desta forma, ressaltam o papel da mediação como prática democrática de caráter deliberativo e uma maneira diferente de lidar com os conflitos no âmbito da jurisdição, “permitindo que os conflitantes se comuniquem de forma ampla na tentativa de resolver adequadamente o litígio existente, sem a imposição de uma decisão por terceira pessoa.

A negociação e o compromisso obtidos devem decorrer de procedimentos que garantam a todos os participantes iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos. (HABERMAS, 1997, p.208)

Warat (2001, p.75-76) aponta que a mediação pode atuar sobre todo tipo de conflito, introduzindo na solução um viés mais psicológico do que jurídico:

Quando os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro.

A conciliação, a mediação, a ação restaurativa, são formas que podem ser utilizadas de acordo com a realidade jurídica e material de cada país. Nem mesmo há um consenso sobre a definição e a abrangência destes institutos.

Luiz Flávio Gomes (2009, *online*) refere-se à justiça consensuada como um gênero que comporta quatro espécies: (a) justiça reparatória (que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos); (b) justiça restaurativa (que exige um mediador, distinto do juiz; visa a solução do conflito, que é distinta de uma mera decisão); (c) justiça negociada (que se faz pelo *plea bargaining*, tal como nos EUA); (d) justiça colaborativa (que premia o criminoso quando colabora consensualmente com a Justiça criminal) .

Pablos de Molina e Gomes (2012, p.438) propõem um modelo integrador, sem fazer uma diferenciação dos institutos, colocando a mediação, conciliação e reparação, como parte de um sistema que visa o resgate da dimensão interpessoal do crime, propondo uma gestão participativa desse conflito, ampliando o círculo de pessoas legitimadas para intervir nela.

Segundo Sales (2003, p. 38), existe uma diferença fundamental no conteúdo dos institutos da mediação e da conciliação, sendo que nesta o objetivo seria o acordo do litígio para evitar o processo, mesmo que as partes mantenham a posição de adversárias. Já na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo seria consequência da real comunicação entre as partes.

Para Warat (2001, p.80), a conciliação oferece soluções apenas parciais, onde a relação conflituosa é reduzida a uma mercadoria. “O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado.”

Para Paul McCold (2003, *online*), quando as práticas da Justiça Penal envolvem apenas uma das partes interessadas o processo só pode ser chamado “parcialmente restaurativo”. Quando a vítima e o ofensor participam de um processo de mediação, o processo será “na maior parte restaurativo”. Quando o processo de solução de conflitos

envolver também a comunidade, em um sistema de conferências ou círculos, pode ser dito que o processo é “totalmente restaurativo”.

Reduzir simplesmente o papel de um instituto enaltecendo o potencial de outro não contribui para proporcionar um leque maior de novas possibilidades de resoluções para as divergências. A mediação ou a justiça restaurativa pode ser um processo mais profundo, mas a realidade de uma comunidade pode indicar a inviabilidade de um salto qualitativo tão grande.

O alcance da conciliação reside na estruturação das condições para que esta possa ocorrer, na preparação de profissionais competentes para manejar o instituto e na perspectiva em que é operacionalizada. Assim como na mediação, uma conciliação pode durar poucos minutos ou pode exigir um esforço maior, um tempo maior para maturar uma solução que traga um nível de satisfação real às partes. O próprio sucesso ou insucesso da mediação reside, primordialmente, nas condições humanas e materiais envolvidas.

A implantação de novas soluções para os conflitos deve ser gradativa para que possa encontrar respaldo na realidade econômica e sociocultural de uma sociedade, sob pena de fracassar nos seus objetivos, sair desacreditada, e conduzir a um retrocesso na abordagem dos conflitos. Serve o alerta de Pablos de Molina e Gomes (2012, p. 454) de que se deve agir com todo cuidado para não se frustrarem as expectativas, devendo-se para isto “generalizar este sistema de solução de conflitos com prudência, de forma progressiva, uma vez que se comprove sua eficácia e se conte com os meios necessários para ampliar seu âmbito de ação”.

1.2 A comunidade intervindo na solução de conflitos

A perspectiva de uma nova mentalidade na solução de conflitos prevê inclusive a abrangência maior do instituto da mediação, superando os limites do Poder Judiciário e alcançando o envolvimento da comunidade onde o conflito vai ter reflexo. Muitas vezes, a divergência supera os interesses das partes diretamente envolvidas, seja por prejuízos indiretos, seja porque a semente do conflito pode germinar e gerar outros conflitos no interior daquela comunidade.

Para esclarecer melhor, um exemplo de situação cotidiana cuja solução interessa diretamente à comunidade pode ajudar. Suponha-se que um grupo de jovens de um determinado bairro tenha o costume de colocar um paredão de som na esquina de uma rua. O volume de som traz transtornos para duas ou três casas. A princípio, essas pessoas prejudicadas são as únicas com interesse em resolver o problema. Os demais moradores podem pensar que o problema não é com eles, que não têm porque se envolver. Ocorre que pode ser que os mesmos jovens resolvam levar o paredão de som para outra esquina, ou ainda que outros jovens resolvam utilizar para o seu lazer um paredão de som em outro local do

bairro. O problema original não resolvido ou que não tenha tido a participação da comunidade pode gerar inúmeros outros conflitos futuros, daí porque a participação de segmentos representativos da comunidade na solução judicial e mesmo a estruturação de mediação comunitária extrajudicial é uma exigência da nova perspectiva da solução de conflitos.

A gestão pública da criminalidade requer maior participação popular, ampliando-se as oportunidades de influir e discutir as decisões que habilitam o exercício do poder punitivo em cada caso. (SICA, 2007, p.440). Sales (2003, p. 153) defende, então, que a mediação comunitária “representa a coesão e a solidariedade social, desejando a efetividade da democracia. A mediação comunitária aglomera as comunidades periféricas em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, almejando a paz social”.

Esse influxo do Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, na participação efetiva dos cidadãos na resolução dos seus problemas, também não pode deixar de estar presente no Direito Penal. É certo que pela própria natureza dos bens a serem protegidos, exige-se uma atuação mais efetiva do Estado, sem prejuízo de que esta atuação, nos casos em que for cabível e possível, seja de supervisão e facilitação para que os envolvidos no conflito assumam postura ativa na restauração das relações rompidas com o delito. Obviamente, a seleção dos conflitos penais em que seja possível a intervenção da Justiça Restaurativa como participação democrática dos autores processuais merece atenção do legislador.

2 TROCANDO AS LENTES DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A dignidade da pessoa humana, tutelada pela Constituição Federal brasileira (CF) como fundamento de existir e de agir do Estado Democrático de Direito, institui-se como centro de todo ordenamento jurídico, tratando-se da norma de maior valor axiológico no constitucionalismo contemporâneo.

Entretanto, a realidade brasileira aponta para violações contumazes ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não são oferecidas condições de desenvolvimento da personalidade para o conjunto das pessoas, muitas vezes sequer o mínimo necessário à sobrevivência. As pessoas de baixo poder aquisitivo, alvo seletivo do processo de criminalização e que fazem parte do grosso da população brasileira, que cumprem pena privativa de liberdade, são tratadas e jogadas em presídios onde o ser humano reduz-se à condição animal, assumindo a pena um caráter de mera punição e de degradação de qualquer princípio moral.

Ao não responder aos anseios sociais e aos direitos individuais postos na Constituição, omitindo-se - quando não estimulando - as enormes desigualdades sociais, o

Estado responde à violência, por ele mesmo gerada, de forma antidemocrática, por intermédio do sistema penal, igualmente violento, buscando utilizar o Direito Penal como mecanismo de solução dos problemas gerados pela flagrante desigualdade social e pelo modelo econômico que incentiva o consumismo e o individualismo. Neste particular, adverte Wacquant (2001, p. 157) para o risco da transformação do Estado Social em Estado Penal.

Constata Melossi (1991, p.59) que o tratamento dos graves problemas contemporâneos se dá, invariável e majoritariamente, pela resposta das mudanças legislativas, como se os problemas sociais, políticos, econômicos e mesmo legais pudessem ser resolvidos exclusivamente por implementos ou mudanças na lei, preferencialmente, através do endurecimento da lei penal. Não há, assim, política criminal, mas mera política legislativa de caráter penal, que age de forma pontual onde e quando se veja necessário o endurecimento da lei penal, seja no aumento de penas, seja em novas incriminações, seja em restrições de direitos.

Guimarães e Rego (2008, p. 74) alertam para a urgência em se discutir os caminhos a serem percorridos pelo Direito Penal dentro do contexto socioeconômico delineado “para compatibilizá-lo com os ideais democráticos, em que o cidadão passe a ser visto pelas lentes da dignidade que lhe é imanente e por isso, enquanto ser humano, inviolável em sua liberdade e personalidade”.

Essa dignidade não é só do infrator, mas também da *vítima*, que ainda continua relegada a um segundo plano, tanto no aspecto do prejuízo material com os traumas advindos do fato delituoso, o que Pablos de Molina e Gomes (2012, p. 77) chamam de *vitimização primária* e também pela forma como é tratada desde o inquérito policial, culminando com o processo penal em que ela assume um papel secundário, como mero instrumento para a aplicação da lei penal, revivendo fatos e encontros sem qualquer preparação que acabam por reativar o drama vivido. Seria a *vitimização secundária*.

A violência e os conflitos vão sendo retroalimentados por um sistema que trabalha o litígio numa perspectiva mecanicista, com respostas prontas e padrões uniformes. No Direito Penal, a situação é ainda mais exasperante. Antes de tudo o crime é um drama que envolve o autor, a vítima, os parentes próximos e muitas vezes também a comunidade onde ele ocorre. É necessário envolver os atores do processo, mesmo que sob intervenção ou supervisão estatal, não apenas para dar respostas para fatos pretéritos, mas trabalhar as pessoas buscando a perspectiva futura, evitando novos conflitos.

2.1 A ineficácia do Direito Penal para solucionar questões sociais

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social (e Democrático de Direito) no Brasil, cristalizada na CF, trouxe uma série de prestações que o Estado e a própria sociedade deveriam viabilizar para a consecução do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, exigência do princípio central da dignidade da pessoa humana. Ocorre que nem os direitos essenciais básicos conseguem ser garantidos ao cidadão. Paralelo a isto, um profundo fosso de desigualdade econômica e cultural desencadeia conflitos sociais e são geradores estruturais da violência.

Eduardo Rabenhorst (2002, p. 49) aponta para a omissão da sociedade brasileira, apesar desta ter absoluta consciência sobre essa situação de injustiça.

Com efeito, mesmo tendo consciência de que vive em um dos países mais injustos do mundo, a sociedade brasileira não se sensibiliza com a profunda ilegitimidade de seu sistema penal nem com os mecanismos extralegais ou informais do controle social. Dominada por um processo de produção de opinião nitidamente ideológico, conduzido com virulência por programas diários de rádio e de tevê, ela é insensível às práticas usuais de linchamentos, tortura e eliminação de detentos. Sem perceber que sua justiça punitiva, legal e extralegal, é extremamente seletiva e estigmatizante, ela acusa os grupos de defesa dos direitos humanos de insensibilidade diante da criminalidade e reivindica a tomada de medidas fortes contra a escalada da violência.

Zaffaroni *et alii* (2011, p. 45-46) lembram que apenas uma pequena parte dos crimes chega ao conhecimento da autoridade policial, e uma parte menor ainda chega ao conhecimento do sistema judicial. Existe uma orientação seletiva no processo de criminalização, condicionada por outras instituições, sejam políticas ou de comunicação social, limitando-se aos fatos cuja detecção é fácil e os que envolvam pessoas que causem menos problemas, por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva.

Não é por outro motivo que as cadeias brasileiras estão superlotadas e ao se fazer uma análise do perfil dos presos, geralmente são pobres, moram em locais periféricos, esquecidos pelo Estado. São negros, pessoas de pouco acesso à educação, em suma, representam grupos com pouca ascendência social e mais vulneráveis à ação do sistema penal. São pessoas geralmente já estigmatizadas pela condição socioeconômica e que acabam tendo exacerbado o estigma com o encarceramento, inclusive dentro da própria comunidade em que vivem e que suporta em maior escala a criminalidade. Daí que inserir o Direito Penal brasileiro no conceito material de democracia exige a superação da seletividade em sua aplicação, os efeitos simbólicos que lhe permeiam e a deletéria estigmatização daqueles

que sofrem suas consequências, ou seja, quando não mais for utilizado como instrumento que assegure as desigualdades sociais. (GUIMARÃES, REGO, 2008, p.35)

A lógica invertida do modelo de resposta penal retributivo e dissuasório fracassou no mundo todo. Danilo Zolo (2002, p. 34) analisa a situação carcerária na Europa e nos Estados Unidos e conclui que a ideia de que o cárcere cumpriria papel reeducacional foi um rotundo engano, diante da constatação de um índice de reincidência na Itália de cerca de 50% e ainda dos resultados insignificantes relativos ao retorno ao ambiente social e do trabalho, observando-se ainda o aumento exponencial da população carcerária. Ele aponta a prisão como um local onde a violência é retroalimentada pelas consequências do encarceramento.

O cárcere é simplesmente um lugar de aflição – às vezes de verdadeira tortura física e psíquica – e de violação dos mais elementares direitos dos cidadãos. Ele funciona como lugar de autoidentificação do detento: alimenta subculturas da transgressão, determina e distribui identidades inapagáveis aos que entram nele, ainda que para períodos breves, atribui competências e inclinações psicológicas que, na maioria esmagadora dos casos, não ajudam na reintrodução do condenado na vida civil, mas pelo contrário, dela o excluem definitivamente. A isso temos de acrescentar os custos sociais do cárcere, devido à grande dispersão de energias de trabalho e intelectuais, e, não menos importante, o seu caráter injusto do ponto de vista da composição social, pois a prisão, ontem e hoje, ainda permanece um lugar reservado essencialmente às camadas mais pobres e enfraquecidas da sociedade. (ZOLO, 2002, p.34)

Pablos de Molina e Gomes (2012, p. 357) vão ao cerne da questão:

A prevenção primária é sem dúvida nenhuma a mais eficaz, a genuína prevenção, mas ela atua a médio e longo prazo e reclama prestações sociais, intervenção comunitária e não mera dissuasão. Disso advêm suas limitações práticas. Porque a sociedade sempre procura e reclama por soluções a curto prazo e costuma lamentavelmente identificá-las com fórmulas drásticas e repressivas. E os governantes tampouco demonstram paciência ou altruísmo, ainda mais quando oprimidos pela periódica demanda eleitoral e o interessado bombardeio propagandístico dos forjadores da opinião pública. Poucos estão dispostos a envidar esforços e solidariedade para que outros, no futuro, desfrutem de uma sociedade melhor ou usufruam daquelas iniciativas assistenciais.

A percepção social e governamental se liga apenas na violência criminal, sentida como uma ameaça, sendo que a violência estrutural, derivada dos conflitos sociais, não é enfrentada. Até seria possível entender, pois esse contexto social liga-se a questões relativas à dominação econômica e cultural, que uma parte da população tem interesse de manter. Ocorre que a ampliação dessa distorção provocou a saída da criminalidade dos bairros pobres e periféricos, atingindo todos os pontos da cidade. A questão da segurança é o ponto central das conversas de todas as esferas de convivência. Surpreende é que a sociedade continue a enxergar o problema da violência como uma questão meramente ligada ao Direito Penal e à

necessidade de penas cada vez maiores - muitos defendem a pena de morte - discussão esta já superada na perspectiva empírica e doutrinária como política criminal de solução de conflitos, permanecendo inerte quanto a exigir e a contribuir para resolver as mazelas sociais que desembocam na criminalidade.

2.2 A construção de um modelo de justiça criminal que coloque o cidadão como parte ativa na busca pela restauração das relações rompidas

É indubitável que os modelos de resolução de conflitos penais adotados no Brasil até hoje fracassaram. A percepção evidencia-se pelo próprio número de vagas no sistema penitenciário criadas e a superlotação mantida. A sensação de violência atinge a sociedade como um todo. Até mesmo nos bairros de classes mais favorecidas os crimes se multiplicam. O endurecimento das penas e a criação de novos tipos penais não têm servido como forma de prevenção do crime pela intimidação, nem a punição exemplar tem servido para modificar a conduta dos autores dos delitos.

A ideia de encarceramento voltado para a ressocialização fracassou pelos motivos já expostos e ainda porque a Lei de Execução Penal brasileira, que data de 1984, mas que sempre esteve à frente de seu tempo, jamais foi minimamente cumprida nos seus aspectos que poderiam gerar algum tipo de recuperação. É uma miragem como inúmeros outros diplomas legais não operacionalizados no país, ressaltando a dissonância entre a política criminal e a legislativa.

Um novo modelo de política criminal tem que ser pensado, planejado e executado gradativamente. A Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995) foi uma nesga de esperança de que uma nova mentalidade estivesse sendo posta em prática, ao prever institutos substitutos do processo penal tradicional e ainda por prever a possibilidade de composição de danos e do Ministério Público transacionar nos crimes considerados de menor potencial ofensivo.

Entretanto, não se prosseguiu na persecução desse modelo. A pressão midiática, a lógica eleitoral, exigiu o aumento das medidas repressivas para conter a violência. Assim, não houve um incremento do rol dos crimes afetos ao Juizado Especial, que se mantêm para aqueles com pena máxima de dois anos. Pelo contrário, alguns foram retirados da sua incidência, como os crimes ligados à violência doméstica. Também não se dotaram os Juizados com estrutura compatível para trabalhar com a mediação de conflitos nem na esfera cível nem na penal.

Quanto à necessidade de se trocar as lentes com que se enfoca o problema da criminalidade, parece ser um caminho inexorável. Falta uma resolutividade das instâncias de

poder para perseguir a construção de um novo modelo. Mesmo a maioria dos defensores de um modelo de Justiça Restaurativa renega a ideia de um abolicionismo total do cárcere, que seria uma medida utópica e não ajuda a construção de um novo modelo pelo radicalismo que se propõe. Entretanto, restringir o cárcere a situações de maior gravidade é um caminho que parece irreversível para a própria sobrevivência da sociedade, operacionalizando-se o princípio da oportunidade no âmbito do processo penal. Howard Zehr (1999, p. 2) racionaliza bem a questão ao dizer que “no debemos soñar con dismantelar el sistema retributivo sino desarrollar un sistema paralelo, con opciones que permitan escoger el más indicado según un contexto determinado”.

Pablos de Molina e Gomes (2012, p. 437), depois de discorrerem sobre o modelo dissuasório e ressocializador de solução de litígios, destacam o novo paradigma que denomina modelo integrador, “que procura inserir no sistema de resposta ao delito a satisfação de outras expectativas sociais: a solução conciliadora do conflito que o crime exterioriza, a reparação do dano causado à vítima e à comunidade por aquele e a própria pacificação das relações sociais.”

O sistema penal clássico impede que os envolvidos apoderem-se de seus próprios conflitos, transformam-nos em casos e os impede de participar diretamente da sua solução.

O conflito propriamente dito é que representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes da vida social. As vítimas de crimes, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Conflitos ferem as pessoas diretamente envolvidas, ferem o sistema social, mas podem ser bem usados, podemos aprender com eles. Desde que não sejam subtraídos pelo sistema legal, pelos advogados, podem constituir uma experiência importante. Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito”. (CHRISTIE, 1998, p.14)

A resposta ao delito não se pode esgotar na satisfação da pretensão punitiva do Estado. É necessário buscar soluções que, quando possível, evitem a marginalização e a exclusão do infrator e ainda que busquem reparar a vítima, trabalhando pela restauração das relações interpessoais feridas pelo conflito criminal e pacificando o clima social. (PABLOS DE MOLINA E GOMES, 2012, p.111)

O conflito criminal deixa marcas no infrator e na vítima, produz efeitos sobre as pessoas próximas e alcança repercussão no seio da comunidade. Quando se evita a pena privativa de liberdade não pela omissão estatal ou pela demora processual, mas por um

trabalho de reconstrução das relações rompidas, de posicionamento do infrator como sujeito de responsabilidades perante o fato não apenas em relação ao Estado, mas principalmente em relação à vítima e à comunidade, a possibilidade de que esse indivíduo adote uma nova conduta é sensivelmente mais provável do que o encarcerando, uma vez que como já exposto antes, além do estigma o sistema penitenciário potencializa o instinto criminoso e adota códigos próprios que não se coadunam a convivência social pacífica.

O modelo de solução de conflitos penais clássico trabalha com o conflito criminal fora do seu contexto, voltando-se assim para o tempo pretérito, sem perspectivas de trabalhar com o futuro. Algumas vezes ocorrem instruções processuais por crimes sem gravidade depois de dois, três anos do fato. Fora do seu contexto, o evento criminoso perde sua significação para autor e vítima. Não há espaço efetivo para que as partes possam expressar os seus sentimentos diante dos fatos.

Outras vezes o fato ganha uma dimensão absolutamente irrelevante para a vítima. São comuns audiências de furto, por exemplo, depois de vários meses do fato, quando a vítima é chamada para depor e se diz surpresa por achar que aquele fato estava superado. Ela demonstra que não tem o menor interesse naquele processo, muitas vezes ela até já recuperou o bem subtraído e o sistema de justiça penal não permite o encerramento daquele processo ou uma busca de uma conciliação entre as partes, conduzindo obrigatoriamente o caso para uma condenação.

Mesmo quando fato delituoso deixa marcas mais profundas na vítima, o sistema não atua no sentido de minimizar o drama. A vítima é colocada à margem do assunto, pois não tem nenhum domínio dos acontecimentos que vivenciou, nem lhe é dada oportunidade de assimilar ou compreender o que se passou, muito embora tenha sido o “seu” conflito que deu causa ao processo. Como enunciam Zaffaroni *et alii* (2003), sua participação é tão-somente como testemunha, que atua como uma ferramenta instrumental que ajuda o sistema a verificar, dentre as respostas pré-determinadas, qual delas se encaixa àquele conflito. Assim, nessa ótica, mais uma vez a pessoa deixa de ser parte para ser objeto do poder punitivo estatal.

Um exemplo dessas amarras ao sistema ocorre cotidianamente nas instâncias judiciais brasileiras. Suponha um casal de namorados que teve uma discussão e que o namorado tenha apertado com força o braço da namorada, deixando-o arroxeadado. Trata-se de uma lesão corporal leve. Suponha-se que o namoro se encerrou após aquele entreviro. Um ano depois, cada uma das partes leva uma vida própria, nem mantém mais qualquer contato ou ainda pode ser que mantenham alguma amizade. Vem a audiência de instrução. A vítima manifesta que não tem nenhum interesse no caso. Já mantém outra relação amorosa.

Considera o suposto agressor como amigo ou é indiferente a ele. Que resposta possibilita o sistema? Não interessa a vontade da vítima. Não interessa o contexto atual. Deve haver uma pena.

Parece irracional, mas circunstâncias como essa se repetem no dia a dia da Justiça Criminal. A abordagem da Justiça de forma mais imediata, buscando fazer com que o autor do fato reconheça e assumo o erro e a responsabilidade dele perante a vítima, certamente teria um cunho educativo e de pacificação social para o presente e para o futuro bem mais promissor. Mas essa não é a lógica do sistema brasileiro.

A vítima não pode mais fazer parar a ‘ação pública’, uma vez que esta ‘se pôs em movimento’; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do ‘autor’; ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo; ela não faz nenhuma ideia das consequências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão. (HULSMAN, 2004, p.82-83)

Sica (2007, p.191) propõe um modelo de Justiça Restaurativa que busque reconstruir o paradigma de justiça não com a imposição de uma pena irracional, mas através de um modelo que prima pelo reconhecimento de “responsabilidades recíprocas de cidadania, as quais precisam de um ambiente comunicativo livre e aberto à veiculação de emoções, para ser transmitido com alguma eficiência.”

Esse modelo restaurativo deve focar no futuro, buscando soluções e formas de se evitar o mesmo problema novamente. Para boa parte dos crimes, mais do que investigar como ocorreu para aplicar uma pena, devem-se perquirir as relações que foram desestabilizadas, os danos causados, e em que medida isto ocorreu, buscando uma solução dos conflitos a partir de reconstrução das relações.

Não há um consenso de definição de Justiça Restaurativa ou Justiça Consensuada, e este também não é o objetivo deste trabalho. Talvez os conceitos possam ser variados e os modelos de implantação divirjam de acordo com as condições históricas e culturais de cada local. Mas existem valores e alguns princípios que norteiam a ideia restaurativa. Atribuir a sanção penal, principalmente a privativa de liberdade, a casos de maior gravidade, buscar que as partes participem mais ativamente na busca de soluções alternativas para os conflitos criminais, a reparação do dano e ter como norte a restauração das relações rompidas a partir do conflito, parecem ser ideias comuns a partir de um enfoque de Justiça Restaurativa.

Para enfatizar essa visão, a definição de Justiça Restaurativa das Organizações das Nações Unidas merece ser transcrita.

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. (...) Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. (UNITED NATIONS, 2007, p. 6.)

A composição dos danos materiais é apenas uma faceta da Justiça Restaurativa. Mesmo quando o ofensor não possui condições financeiras de arcar com os prejuízos patrimoniais, é possível estabelecer acordos onde ele efetivamente adote uma postura restaurativa. Prestação de serviços em favor da vítima ou da comunidade, um pedido de desculpas e demonstração de arrependimento genuíno, podem cumprir importante função no sentido da solução de conflitos. O importante é que isto seja feito dentro de um processo restaurativo, onde o Estado atue numa mediação qualitativa e não com preocupações em estatísticas.

A participação da comunidade no processo, quando possível também é fundamental para uma restauração mais ampla. Ela acaba construindo estereótipos acerca do ofensor que o desumanizam e dificultam que ele seja enxergado como sujeito de direitos, além de reforçar desigualdades e preconceitos (SICA, 2007, p. 209)

McCold e Watchel (2004, p.156-157) explicam quem são as pessoas que compõem a comunidade afetada pelo crime. Ele fala da micro e da macro comunidade. Integram a micro comunidade aqueles que são afetados pelo crime por fazerem parte do círculo de convivência íntima da vítima e do ofensor. Essas pessoas tendem a compartilhar sua percepção de mundo e a se influenciar mutuamente, razão pela qual a prática do crime também as afeta. Já a macro comunidade é composta das pessoas que convivem com eles no mesmo espaço geográfico, como na vizinhança, cidade, igreja, trabalho, associação, etc. Para essas pessoas, o crime não será vivenciado sob uma perspectiva emocional, mas como um comportamento que pode acarretar na perda ou diminuição do sentimento de segurança coletivo. Assim, nesta dimensão, o crime pode diminuir a qualidade de vida da comunidade e afrouxar os vínculos sociais.

Tais considerações denotam o aspecto público do crime, que deve ser reconhecido pela Justiça Restaurativa, modelo em que se pretende não a privatização do conflito, mas a

democratização do processo, onde os personagens envolvidos no delito se conectem entre si e com a comunidade que os cerca, buscando respostas e soluções que reativem laços e promovam a pacificação das relações sociais, reafirmando o princípio da dignidade da pessoa humana, dando concretude assim ao Estado Democrático de Direito do Brasil.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da amplitude da noção de Estado Democrático de Direito e a crise da democracia representativa influenciam o Direito, em todas as suas ramificações. Um novo modelo, com novos institutos e princípios se impõe.

O Direito Penal não poderia passar incólume às novas exigências sociais, principalmente diante do fracasso das políticas criminais ao longo do tempo. O aumento na criminalização das condutas, o endurecimento das penas, a criação de mais e mais presídios, tornou a sociedade refém do próprio sistema, que retroalimenta a violência, expugna qualquer princípio moral e em nada contribui para pacificar as relações sociais.

O déficit social no Brasil, as profundas desigualdades, a ausência efetiva de políticas públicas de inclusão das pessoas, acarreta uma violência estrutural que culmina no individualismo, perda de elementos morais, e desemboca na criminalidade que assombra e que gera reações de defesa inflamadas de punições drásticas contra as pessoas que estão excluídas do sistema e que praticamente não têm como se proteger juridicamente falando.

Esse processo circular não traz solução alguma. Pelo contrário, a cada dia a sociedade fica mais refém da criminalidade, cada dia mais desigual. Uma hora essa conta chega. Talvez já tenha chegado. Estamos sentados em cima de bombas-relógio.

A construção de um novo modelo de solução de conflitos é vital. É certo que o sistema tradicional deve coexistir para alguns tipos de delitos, mas a lógica do sistema deve ser invertida. A sociedade deve participar desses mecanismos de solução. A vítima deve ter um papel mais ativo, a comunidade envolvida precisa assumir a sua responsabilidade.

A Justiça Restaurativa não tem um modelo pronto, nem seria de bom alvitre implantar modelos de outras realidades no Brasil. É preciso construir um modelo próprio, de forma gradativa, envidando esforços e recursos na restauração das relações que o crime rompe, na pacificação comunitária que a violência gera, na perspectiva de uma nova abordagem sobre o infrator, possibilitando que ele possa assumir a sua responsabilidade perante a vítima e a comunidade.

A pena privativa de liberdade deve ser para casos específicos. A lógica deve ser substituir a pena corporal por medidas que tragam compensação à vítima, seja de natureza material, seja de natureza moral. A cidadania exige que todos sejam responsáveis pela solução

dos conflitos sociais. É preciso trocar as lentes da política criminal brasileira e oportunizar as partes assumir as rédeas da solução de seus conflitos, certamente através da mediação estatal, uma vez que os bens protegidos e a natureza das questões exige esta intervenção.

O legislador brasileiro deu os primeiros passos com a edição da Lei 9.099/95. Parecia que uma nova lógica iria se instalar. Entretanto, pouco se acrescentou de lá para cá. Nem foram bem estruturados os juizados, nem a legislação avançou no sentido de reforçar os instrumentos que proporcionassem novas formas de resolução de conflitos. Esse é um desafio que se impõe para a consecução de um verdadeiro Estado Democrático e de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um Abolicionista Minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 1998, p. 14-22.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. **Pensar:** Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 47-71.

GOMES, Luiz Flávio; **Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2014.

GUIMARÃES, Claudio A.; REGO, D. U. **Democracia e Direito Penal:** a interpretação do *jus puniendi* conforme a constituição. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6160>. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói/RJ: Luam, 1993.

MCCOLD, Paul. What is the role of community in restorative justice theory and practice. *In:* ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice.** Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004, p. 155-172.

_____; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma:** uma teoria da Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003,

Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYy>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

MELOSSI, Dario. Ideología y Derecho penal: el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, septiembre/diciembre 1991, p. 57-66.

PABLOS DE MOLINA, Antonio García; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Ciências Criminais, v. 5, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RABENHORST, Eduardo. A última ratio do direito de punir. A propósito de um texto de Danilo Zolo. **Verba Juris**, Anuário da Pós-Graduação em Direito da UFPB, João Pessoa, a. 1, n.1, 2002, p.39-49.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. *Handbook of Restorative Justice Programmes*. Criminal Justice Handbooks Series. Disponível em <http://www.idcb.org.br/documentos/Ebook_justice.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2007.

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

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, v.1

ZAFFARONI, E, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4. ed. 2011.

ZEHR, Howard. **Cambiando de lente: um nuevo enfoque para el crimen y la justicia**. 3. ed. Waterloo: Herald Press, 1999.

ZOLO, Danilo. Filosofia das penas e instituições penitenciárias. **Verba Juris**, Anuário da Pós-Graduação em Direito da UFPB, João Pessoa, a. 1, n.1, 2002, p.22-38.