

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA

DESENCARCERA JÁ!



A Pastoral Carcerária Nacional tem como prioridade a busca por um mundo sem cárceres. Durante o ano de 2016, a Agenda Nacional pelo Desencarceramento foi atualizada e ganhou maior apoio de diversos coletivos, organizações, movimentos e pastorais sociais. O I Encontro Nacional pelo Desencarceramento, realizado em São Paulo/SP no dia 8 de outubro de 2016, reuniu mais de 30 organizações de 14 estados do país reafirmando a necessidade urgente de um amplo programa popular de desencarceramento e desmilitarização das polícias, da política e da vida, perspectiva reiterada pelo II Encontro Nacional pelo Desencarceramento, que ocorreu nos dias 28 e 29 de outubro de 2017, na cidade de Olinda/PE, desta vez com mais de 40 organizações assumindo a Agenda.

É chegada a hora de reverter à histórica violência do País contra as pessoas mais pobres e, com seriedade, fortalecer a construção de um caminho voltado ao horizonte de uma sociedade sem opressões e sem cárceres.

Para viabilizar o desencarceramento e fortalecer as práticas comunitárias de resolução pacífica de conflitos.

A Justiça Restaurativa entra como uma alternativa contrária a esta justiça punitiva, que tem como resposta o encarceramento em massa.

Segundo o artigo a JR enfrenta dificuldades para ser efetivada, implantada desde os operadores do direito até a população.

Howard Zehr critica o modelo de justiça comum em sua primeira obra, dizendo que a justiça comum ignora as necessidades dos envolvidos.

Então a pergunta é:

“Porque a Justiça Restaurativa ainda não consegue reconstruir completamente a teoria tradicional, nem nos permite construir uma nova teoria da intervenção no seu conjunto?”

A seguir indicamos o artigo escrito por JULIANA TONCHE .

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal:
contribuições para um novo modelo de administração de
conflitos no Brasil.**

DANIEL SILVA ACHUTTI

**Porto Alegre
2012**

DANIEL SILVA ACHUTTI

**Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal:
contribuições para um novo modelo de administração de
conflitos no Brasil.**

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

Co-Orientador: Professor Doutor Ivo Aertsen (Universidade de Leuven – Bélgica).

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de pesquisa: Criminologia e Controle Social.

Porto Alegre

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A179j	<p>Achutti, Daniel Silva Justiça restaurativa e abolicionismo penal : contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil / Daniel Silva Achutti. – Porto Alegre, 2012. 279 f.</p> <p>Tese (Doutorado) – PUCRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Criminologia e Controle Social. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.</p> <p>1. Direito. 2. Criminologia. 3. Justiça Restaurativa. 4. Justiça Criminal. 5. Abolicionismo Penal. 6. Reforma Penal – Brasil. I. Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. II. Título.</p> <p>CDD 341.43</p>
-------	---

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

Resumo.

O presente trabalho tem como objetivo discutir as potencialidades da justiça restaurativa a partir de uma abordagem abolicionista. Analisa as obras de Louk Hulsman e Nils Christie e aborda a importância das suas críticas para a emergência da discussão sobre a justiça restaurativa nos décadas de 1970 e 1980. Apresenta o abolicionismo penal como uma perspectiva teórica *negativa* e, simultaneamente, *construtiva-propositiva*, por propor a desconstrução do sistema penal e ao mesmo tempo oferecer importantes elementos para a construção de uma nova proposta de administração de conflitos. Desde essa perspectiva, refere que as críticas construtivas do abolicionismo penal encontram na justiça restaurativa a sua maior possibilidade de concretização em termos de política criminal. A seguir, apresenta um conjunto de obstáculos jurídicos e políticos para uma reforma significativa do direito penal brasileiro, e analisa duas importantes experiências contemporâneas de reformas penais: primeiramente, a reforma instituída pela lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e, após, as alterações implementadas pela lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Com tais análises, é realizado um diagnóstico da aplicação de ambas as leis, para, ao final, serem enumerados os erros e os acertos do legislador, como forma de aprendizado para que futuras reformas penais não incidam nos mesmos equívocos e possam ser beneficiadas com os pontos positivos verificados. Posteriormente, é apresentado, a título ilustrativo, o modelo belga de justiça restaurativa, por se tratar de uma estrutura independente de administração de conflitos que, concomitantemente, possui direta relação com a justiça criminal, ao trabalhar com casos derivados do sistema judicial e produzir nele importantes efeitos jurídicos. Em relação ao Brasil, é exposto o cenário atual de modos alternativos de resolução de conflitos, abarcando iniciativas pontuais de acesso à justiça (não necessariamente restaurativas) e os projetos-piloto e legislativo específicos sobre justiça restaurativa. Ao final, é demonstrada a importância das críticas abolicionistas para a estruturação de um modelo brasileiro de justiça restaurativa, a ser construído a partir do aprendizado obtido com as experiências legislativas anteriores (leis 9.099 e 11.340), com os obstáculos a serem enfrentados para a sua devida implantação, e pelo parâmetro oferecido pelo sistema belga.

Palavras-chave: justiça restaurativa; justiça criminal; abolicionismo penal; reformas penais.

Abstract.

The present study aims to discuss the potentialities of restorative justice from an abolitionist approach. It analyzes the work of Louk Hulsman and Nils Christie and addresses the importance of their critics to the emergence of the discussion about restorative justice in the 1970s and 1980s. It then introduces the penal abolitionism as a *negative* and, simultaneously, *propositional-constructive* theoretical perspective, for proposing the deconstruction of penal system and for offering at the same time important elements for the construction of a new proposal of conflicts administration. From this approach, it states that the constructive critics of penal abolitionism finds in restorative justice its greatest possibility of accomplishment in terms of criminal policy. Afterwards, it highlights a set of legal and political obstacles for a meaningful reform of the Brazilian criminal law, and reviews two important contemporary experiences of penal reforms: first, the reform introduced by Law n. 9.099/1995 (Law of Special Criminal Courts), and after the changes implemented by the Law n. 11.340/2006 (Maria da Penha Law). Since these reviews, it is made a diagnosis of the application of both Laws, and in the end it is shown its wrongs and successes as a way of learning, so that future penal reforms can avoid the same misunderstandings and can be benefited with the positive aspects observed. Subsequently, it is presented, for illustrative purposes, the Belgian model of restorative justice, because of its independent structure for conflict management that concomitantly has direct relationship with the criminal justice system, working with cases derived from the judicial system and providing important legal effects on it. About Brazil, it is exposed the current scenario of alternative dispute resolution, regarding specific initiatives covering access to justice (not necessarily related to restorative justice), as well as legislative and pilot projects, specifically about restorative justice. At the end, it is demonstrated the importance of abolitionist criticism for structuring a Brazilian model of restorative justice, to be built from the learning experiences of previous penal reforms (Laws n. 9.099 and 11.340), from the obstacles to be faced for a proper implementation of restorative justice, and from the parameters offered by the Belgian system.

Keywords: restorative justice, criminal justice, penal abolitionism; penal reforms.

Sumário.

Introdução	
Capítulo 1: Contra a Criminologia: abolicionismo penal e as condições de possibilidade de emergência de uma crítica radical ao sistema penal	24
1. A Racionalidade Moderna e o seu Modelo de Ciência: a objetividade do conhecimento e a universalidade das leis da natureza	25
2. A Virada Criminológica dos anos 1960: do positivismo criminológico ao labelling approach	31
3. Contra a Criminologia: do Enfoque do etiquetamento à criminologia crítica	41
4. Crise e Fragmentação da Criminologia Crítica	49
5. O Abolicionismo Penal: contestação e negação dos sistemas oficiais de controle do crime	52
5.1 O abolicionismo penal de Louk Hulsman	57
5.2 O abolicionismo minimalista de Nils Christie	64
5.3 A contribuição estratégica de Thomas Mathiesen e uma alternativa possível ao sistema penal	71
Capítulo 2: Justiça Restaurativa: noções gerais e a contribuição abolicionista	75
1. O Surgimento do Movimento da Justiça Restaurativa	80
2. Delineamentos conceituais: noções gerais sobre um termo inacabado	84
3. Valores e princípios restaurativos: as práticas restaurativas e seus momentos de aplicação.	92
3.1. Um sistema orientado por valores	94
3.2. Os princípios restaurativos conforme a Resolução 2002/12 da ONU	98
3.2.1. Definições	99
3.2.2. O uso dos programas de justiça restaurativa	99
3.2.3. Operacionalidade dos programas de justiça restaurativa	100
3.2.4. Facilitadores e desenvolvimento contínuo dos programas de justiça restaurativa	102
3.3. Principais práticas restaurativas	103

3.3.1. Apoio à vítima (victim support)	104
3.3.2. Mediação vítima-ofensor	104
3.3.3. Conferência restaurativa	105
3.3.4. Círculos de sentença e cura (healing and sentencing circles).....	105
3.3.5. Comitês de paz (peace committes)	106
3.3.6. Conselhos de cidadania (citizen boards).....	106
3.3.7. Serviço comunitário (community service).....	107
3.3.8. Outras práticas	107
3.4 . Momentos de aplicação e consequências jurídicas	108
4. Um novo paradigma de justiça.....	108
5. Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: aproximações teóricas sobre um modelo consensual de administração de conflitos	113
5.1. O abolicionismo construtivo de Louk Hulsman: propostas para a construção de algo melhor do que o direito penal.....	115
5.2. O abolicionismo minimalista de Nils Christie: devolução do conflito às partes e aversão ao profissionalismo	118
5.3. Desconstrução e construção de um novo modelo de administração de conflitos	123
Capítulo 3: Reformando o Poder Punitivo: obstáculos à uma reforma significativa da lei penal e os casos das leis 9.099/1995 e 11.340/2006 no Brasil	125
1. Obstáculos internos a uma reforma significativa da legislação penal: a insistência da racionalidade penal moderna e o contexto cultural da justiça criminal brasileira	129
1.1. A insistência na racionalidade penal moderna: os princípios básicos do pensamento iluminista como entraves ao desenvolvimento de novos mecanismos de justiça criminal.....	130
1.2. O Contexto Cultural da Justiça Criminal Brasileira: do déficit democrático nacional à formação técnico-burocrática dos operadores jurídicos.....	136
2. As Reformas Penais no Brasil: os casos das leis 9.099/1995 e 11.340/2006 e a sua recepção pelo sistema jurídico-penal	142

2.1. A Experiência da Lei n. 9.099/1995: juzados especiais criminais, minimização do direito penal e informalização do processo penal no Brasil.....	143
2.1.1. O procedimento dos juzados especiais criminais	147
2.1.2. O diagnóstico da aplicação da lei 9.099/1995: apropriação dos novos mecanismos pelas velhas práticas da justiça criminal tradicional	150
2.1.3. As Críticas Feministas aos Juzados Especiais Criminais: o negligenciamento da mulher vítima de violência doméstica.....	157
2.2. A Experiência da Lei n. 11.340/2006: a Lei Maria da Penha e o aumento do rigor no tratamento judicial dos agressores.....	161
2.2.1. O diagnóstico da aplicação da lei 11.340/2006: crítica ao retorno da opção punitiva e as dificuldades da justiça criminal	166
3. As lições oriundas dos casos de informalização e de endurecimento da justiça penal	172
3.1. Aspectos negativos da lei dos juzados especiais criminais	173
3.2. Aspectos negativos da lei Maria da Penha.....	175
3.3. Síntese dos diagnósticos.....	178

Capítulo 4: Superando Obstáculos: o exemplo da Bélgica e as possibilidades da justiça restaurativa no Brasil..... 180

1. A superação dos obstáculos e o aprendizado obtido com os casos das leis 9.099 e 11.340	180
1.1. As possibilidades de superação dos obstáculos a uma reforma significativa da administração dos conflitos criminais no Brasil	180
1.2. O aprendizado obtido com as leis 9.099 e 11.340	182
1.2.1. O que é possível aprender com as experiências das leis 9.099 e 11.340?	184
1.2.2. A análise dos resultados e da forma como são aplicadas as leis 9.099 e 11.340 podem ser úteis a uma possível regulamentação (legal ou não) do uso da justiça restaurativa no sistema judicial brasileiro?.....	187
2. Justiça Restaurativa na Bélgica: autonomia e conexão com o sistema de justiça criminal.....	190

2.1. A Previsão Legal da Mediação Víctima-Ofensor na Bélgica e os Efeitos do Acordo no Processo Penal	194
2.2. Dificuldades iniciais e consolidação da justiça restaurativa na Bélgica ...	197
2.2.1. O contexto político e a emergência das leis de 1994 e de 2005	205
2.3. Impressões sobre a importância e o impacto da justiça restaurativa na Bélgica	206
3. O Cenário Brasileiro: sistemas alternativos de administração de conflitos, projetos-piloto de justiça restaurativa e o projeto de lei n. 7006/2006.....	212
3.1. Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos no Brasil.....	212
3.1.1. O cenário de 2005	212
3.1.2. O cenário de 2012	214
3.2. Os projetos-piloto de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Porto Alegre e Brasília	219
3.2.1. O projeto-piloto de São Caetano do Sul: a justiça restaurativa nos Juizados da Infância e da Juventude, nas escolas e na comunidade.....	220
3.2.2. O projeto de Porto Alegre: a justiça restaurativa na execução das medidas sócio-educativas	222
3.2.3. O projeto de Brasília: a mediação vítima-ofensor nos Juizados Especiais Criminais	223
3.3. O projeto de lei 7006/2006	225
3.4. Limitações e avanços no cenário brasileiro	226
4. Justiça Restaurativa e as Contribuições da Crítica Abolicionista: do caso belga às possibilidades brasileiras.....	235
4.1. Considerações sobre a configuração do modelo belga.....	235
4.2. Uma configuração possível para a justiça restaurativa no Brasil	238
Considerações Finais	247
Referências	266

Introdução.

O presente trabalho possui, como ponto de partida, uma insatisfação considerável do autor com a forma como os conflitos são administrados pelo sistema de justiça criminal tradicional.¹ Diversas razões poderiam justificar tal insatisfação: do desrespeito cotidiano e sistemático das formas legais e dos direitos e garantias individuais dos acusados, ao hábito inquisitorial de magistrados e magistradas, cujas atuações são legitimadas pela crença popular de que os problemas relativos à impunidade podem ser resolvidos se a magistratura for ativa e *firme na árdua tarefa de combate ao crime*.

Entretanto, os motivos que movem este estudo não envolvem este tipo de questão. Partindo de conclusões oriundas de trabalho anterior (Achutti, 2009), tem-se que o processo penal não apresenta condições de responder adequadamente aos conflitos criminais, pois parte de premissa equivocada: baseado em teorias contratualistas, considera que o Estado é o principal ofendido com a prática de delitos e, portanto, deve ser o responsável pela iniciativa de punir o infrator. Por apresentar estrutura meticulosamente construída para processar judicialmente o acusado e lhe oferecer amplas possibilidades de se defender, o ideal é afastar os componentes *irracionais* dos conflitos para fazê-los funcionar o mais racionalmente possível e, com isso, evitar que *injustiças* sejam cometidas.

Desde que o Estado se apropriou dos conflitos e substituiu a noção de *dano* pela noção de *infração*, as vítimas foram relegadas a segundo plano, pois representavam um entrave às intenções política e confiscatória do processo inquisitório. Atualmente, a vítima não é admitida pelo sistema oficial² por representar um risco considerável de trazer elementos *irracionais* ao processo penal e, com isso, comprometer a racionalidade de seu funcionamento. O processo penal, portanto, é uma ferramenta para satisfazer unicamente os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima.

¹ Por *justiça criminal tradicional*, deve-se entender o atual modelo de justiça penal, em funcionamento no Brasil.

² Não se desconhecem as alterações produzidas pela lei 11.719/2008, que inseriu a obrigatoriedade da fixação de valor indenizatório à vítima na sentença condenatória. No entanto, não houve alteração em relação à participação da vítima no processo penal.

No entanto, seguindo a linha argumentativa da referida pesquisa anterior (Achutti, 2009), questiona-se se esse sistema, como único modo judicial de gestão do crime, é efetivamente um meio legítimo para administrar conflitos na sociedade contemporânea. Estruturado na racionalidade moderna, que tem nas ideias de universalidade, objetividade e igualdade as suas principais características, há muito o processo penal ignora a singularidade dos conflitos criminais e a impossibilidade de tratá-los de forma igualitária apenas a partir de classificações legais. Ao estabelecer que o que está em jogo não é um *conflito*, mas um *delito*, concretizado pela *infração à norma legal* e não pela produção de um *dano* a uma pessoa, a lógica moderna do processo penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais do que um *fato típico, ilícito e culpável*, que merece a reprimenda estatal por preencher integralmente estes elementos.

Contudo, ao denominar uma *situação problemática de crime ou delito*, ocorre uma sensível redução de significado sobre o fato central e das possibilidades de resposta a ser oferecida: como a *fórmula do crime*, representada pelo seu conceito analítico, poderia responder à complexidade que envolve cada caso? A limitação do processo penal, por analisar apenas os aspectos legais dos fatos, permite uma abordagem integral sobre a situação? E os envolvidos, podem opinar e colaborar para que a decisão judicial possa contemplar os seus pontos de vista e as suas necessidades?

As três questões remetem a uma análise negativa sobre o funcionamento do direito penal e processual penal: o conceito analítico de crime, embora possa funcionar como limite ao poder punitivo do Estado, produz igualmente a redução de uma complexa situação conflituosa a termos técnicos e incompreensíveis às partes; a análise meramente legal realizada pela justiça criminal não permite que elementos extraprocessuais sejam considerados pelos operadores jurídicos³ – e quando o são, geralmente se ocorrem de forma prejudicial ao acusado; e a

³ A despeito dos questionamentos e das diferenças entre as expressões *operadores jurídicos* e *atores jurídicos*, optou-se por utilizar a primeira, por ser a mais comumente encontrada na literatura. Para um posicionamento favorável à segunda expressão, conferir: Rosa, 2006, p. xxi.

participação das partes, quando muito, resta limitada ao depoimento da vítima (na condição de *informante*) e ao interrogatório do réu.

Em suma: o que instiga o presente trabalho é a redução da complexidade das situações concretas operada pela obrigatória classificação legal dos fatos que move a justiça criminal. Ao compreender um conflito como a violação de uma *norma*, os aspectos extralegais que envolvem a situação são ignorados e as considerações das partes quanto à possibilidade de resolução do conflito são desconsideradas. Os únicos elementos importantes são aqueles estabelecidos na lei e posteriormente considerados relevantes pelos operadores jurídicos.

Ao questionar se essa seria a melhor forma de administrar conflitos, verificou-se que desde a Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 já havia essa preocupação: ao inserir no texto constitucional (artigo 98, inciso I) a obrigatoriedade de criação de juizados especiais, cíveis e criminais, pode-se interpretar essa obrigação como uma possível insatisfação com os resultados alcançados pelo processo penal tradicional. As razões poderiam ser as mais variadas possíveis, mas sustentou-se que os principais motivos para tanto envolviam a incapacidade do próprio processo penal para melhor administrar os conflitos. Ou seja: estruturado a partir da racionalidade moderna, não havia espaço para aberturas, sob pena de comprometimento da sua lógica de funcionamento (Achutti, 2009).

Nesse contexto, a lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) foi apontada então como uma tentativa de fazer frente à crise do processo penal tradicional e, portanto, como um sintoma formal dessa crise. Ao buscar um paradigma diferenciado para o processamento judicial de pequenos delitos, o legislador teria optado por outro mecanismo – menos formal, mais célere, pautado pela oralidade e pela economia processual – para proporcionar uma maior efetividade na resolução de conflitos (Achutti, 2009). Antes, porém, de uma discussão sobre os resultados da aplicação da lei n. 9.099, buscou-se questionar até que ponto a adoção desse novo procedimento poderia representar, de fato, o reconhecimento oficial da crise de efetividade e legitimidade do processo penal tradicional.

A partir disso, buscou-se igualmente verificar, através da análise de outros mecanismos de administração de conflitos em funcionamento no Rio Grande do Sul à época (2005-2006) – nomeadamente, os projetos de justiça terapêutica,⁴ instantânea⁵ e restaurativa⁶ – se eles poderiam, do mesmo modo, ser interpretados como sintomas da referida crise, uma vez que buscavam estabelecer formas alternativas mais efetivas de resolução de conflitos, frente à incapacidade do sistema penal tradicional quando aplicado aos casos de suas competências (Achutti, 2009).

Constatou-se, à época, que não havia uma efetiva *inovação* nos projetos de justiça terapêutica e justiça instantânea, pois fundados e exercidos dentro da mesma lógica do processo tradicional. Não poderiam, dessa forma, representar novos modelos de administração de conflitos e serem considerados como mecanismos alternativos aptos a comprovar a referida crise. A linguagem, a estrutura funcional e a imposição das decisões judiciais foram apontadas como características centrais dos dois projetos mencionados, tornando-os meros apêndices do sistema, com a ampliação do controle penal sem apresentar inovações que pudessem alterar de forma significativa o modo como os conflitos eram administrados (Achutti, 2009, p. 106).

⁴ O projeto *justiça terapêutica* pode ser compreendido como “um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.” (In: *Justiça Terapêutica: um instrumento para a justiça social*. Disponível em <http://www.anjt.org.br/index.php?id=1>. Acesso em 28 de junho de 2006). Em termos legais, o tratamento é oferecido como condição para a suspensão do processo ou da pena, ou ainda na transação penal, quando o MP poderá propor pena restritiva de direitos que, de uma forma ou de outra, inclua a participação em cursos ou seminários sobre drogas – além da sua utilização no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente, em casos de adolescentes usuários de drogas.

⁵ Com início no ano de 1996 em Porto Alegre/RS, o projeto *justiça instantânea* visa proporcionar um atendimento ágil aos casos de adolescentes acusados da prática de atos infracionais, oferecendo toda a estrutura necessária para o processamento imediato (*instantâneo*) destes casos. No mesmo local, encontram-se o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Secretaria de Segurança Pública, representada por duas Delegacias de Polícia, onde os casos serão processados conforme a ordem de chegada e com a maior agilidade possível (Achutti, 2009, pp. 77-81). Conforme João Batista Costa Saraiva (2001, p. 101), “ali, de regra, são imediatamente solucionados, com sentença.”

⁶ Em funcionamento desde 2005 junto ao 3º Juizado da Infância e da Juventude do Foro Central de Porto Alegre, adota práticas restaurativas para a administração de conflitos envolvendo adolescentes infratores, tanto no âmbito do processo de conhecimento quanto no momento da execução da medida sócio-educativa. Atualmente, o projeto – sob a gerência do Projeto Justiça para o Século XXI – foi reconhecido e institucionalizado, e é denominado de Central de Práticas Restaurativas. Mais informações em <http://www.justica21.org.br>.

Concluiu-se, entretanto, que a justiça restaurativa teria potencial para ser considerado um modelo distinto de gerenciamento de conflitos, com o abandono do paradigma *crime-castigo* e a inserção efetiva do diálogo na resolução dos casos (Achutti, 2009, p. 106-107). As suas características, os seus objetivos, a forma de processamento, a construção coletiva das decisões e, principalmente, a sua linguagem, podem afastá-la da lógica do processo penal tradicional, abrindo espaço para uma ruptura em relação ao tradicional paradigma do *crime-castigo* e, com isso, a possibilidade de estruturação de um modelo importante para a redução do uso do sistema penal e dos seus tentáculos criminalizantes.

Essa conclusão, portanto, determinou a continuidade daquele estudo, e o resultado é o trabalho que ora se apresenta. Neste momento, portanto, partindo da concepção de que a justiça restaurativa pode representar um novo paradigma de resolução de conflitos e com isso reduzir a incidência do sistema penal, buscar-se-á averiguar qual a importância dos diferentes abolicionismos penais – de Louk Hulsman e Nils Christie – no início da discussão acadêmica sobre o tema, ainda nos anos 1970-1980. Ao construírem fortes críticas ao sistema penal, os autores estabelecem não apenas um importante referencial de oposição ao modo de funcionamento da justiça criminal, mas também delineiam passos importantes a serem observados na construção de mecanismos informais de administração de conflitos. O primeiro capítulo, nesse sentido, apontará para as especificidades das críticas abolicionistas de Hulsman e Christie, com o objetivo de demonstrar a abertura possível para novas formas de pensar a constituição da justiça criminal.

Em seguida, no segundo capítulo, será feita uma apresentação sobre o atual estado da justiça restaurativa e quais os discursos que proporcionaram a sua emergência no contexto acadêmico das décadas de 1970-1980. Serão abordados, igualmente, os seus valores e princípios orientadores, as formas como é colocada em prática e as suas possíveis formas de relacionamento com a justiça criminal.

Ao final do mesmo capítulo, será demonstrada a importância das críticas de Hulsman e Christie para a construção de um possível modelo abolicionista de justiça restaurativa, como modo de evitar que se converta em mais uma

alternativa expansionista do sistema penal, e permitir que as partes envolvidas sejam as protagonistas dos seus próprios conflitos.

No terceiro capítulo, a discussão se voltará para o cenário brasileiro, e abrangerá possíveis obstáculos a serem enfrentados caso se opte pela inserção da justiça restaurativa no Brasil por meio de uma reforma penal. Parte-se da hipótese de que há pelo menos três obstáculos a serem superados: (a) o sistema de pensamento iluminista dos juristas, que impede o pleno desenvolvimento de novas alternativas à configuração da justiça criminal (Pires, 1999); (b) um considerável déficit democrático nacional (Pastana, 2009), que se reflete (c) na formação dos operadores jurídicos e na cultura jurídica e judicial dominante (Santos, 2008) e culmina, em relação à justiça penal, na manutenção de um sistema rígido, autoritário e técnico-burocrático. Nesse sentido, será questionado se uma reforma legal desacompanhada de outros fatores poderá produzir os efeitos que se espera com a introdução da justiça restaurativa na legislação brasileira.

Para tanto, também serão analisados dois casos de reformas legais no país: o primeiro envolve a experiência com a lei 9.099 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e, o segundo, o caso da lei 11.340 (Lei Maria da Penha). Por instituírem formas diversas de administração de conflitos, estas leis foram selecionadas justamente por permitirem, por um lado, a análise de uma experiência despenalizadora e, por outro, de uma experiência de endurecimento penal. Enquanto a lei 9.099 alterou o paradigma processual penal e instituiu mecanismos flexíveis de resolução de conflitos, a lei 11.340 determinou a retomada do processo penal tradicional para a administração de conflitos envolvendo violência doméstica.

Nesses casos, será possível perceber se a flexibilização é um caminho indicado ou se, no sentido inverso, o preferível é enrijecer as formas processuais e endurecer o tratamento penal dos acusados. Parte-se, portanto, da necessidade de uma avaliação de ambas as alternativas, para buscar concluir inclusive sobre a pertinência ou não da adoção da justiça restaurativa no Brasil.

Com isto, espera-se verificar os erros e os acertos do legislador, como forma de aprendizado, para que caso haja a instituição da justiça restaurativa no país, os mesmos equívocos sejam evitados, e os acertos sejam conhecidos.

No quarto e último capítulo, serão apresentadas propostas para a superação dos obstáculos abordados, bem como será feito um balanço das experiências brasileiras de informalização e de formalização da justiça criminal.

Após, a título ilustrativo, será apresentado o modelo belga de justiça restaurativa, para que se perceba como é possível estruturar um sistema do tipo e quais os resultados até agora verificados com o uso das práticas restaurativas. Será questionada, ainda, a possibilidade de utilização do sistema adotado na Bélgica como parâmetro para as pretensões brasileiras, a partir da confrontação das propostas consideradas adequadas para o cenário brasileiro e das críticas abolicionistas. Sem qualquer pretensão de *importação* do sistema belga, a análise ficará restrita aos seus pontos positivos e negativos, para verificação das potencialidades da justiça restaurativa aplicada.

Posteriormente, será feita uma breve apresentação do cenário brasileiro para, ao final, ser tensionada a possibilidade de adoção da justiça restaurativa no Brasil. Para esta análise, serão levados em consideração todos os aspectos abordados ao longo do trabalho: os obstáculos a uma reforma significativa da lei penal, as experiências brasileiras com as leis 9.099 e 11.340, o quadro referencial proporcionado pelo modelo belga e, fundamentalmente, as críticas abolicionistas.

Desta forma, propõe-se seguir o que Luciano Oliveira chama de “metodologia de baixa complexidade” (2004, p. 164), como forma de realizar uma modalidade de pesquisa que o autor denomina de “sócio-jurídica” (2004, pp. 158-166). Composta por quatro partes nucleares, a pesquisa deve contemplar: a delimitação do tema e do problema de pesquisa; a exposição do estado da arte da construção teórica e das possibilidades de uso da justiça restaurativa; a demonstração de obstáculos e circunstâncias que têm impedido a aplicação satisfatória de legislações penais específicas no Brasil (neste caso, as 9.099 e 11.340); e, por fim, a exposição de um caso concreto de aplicação consolidada da justiça restaurativa para, ao final, com base no conteúdo das três primeiras

partes, ser realizada análise das possibilidades de adoção de uma regulamentação (legal ou não) da justiça restaurativa no Brasil.

Cumpra-se adiantar que não houve a pretensão de conduzir a pesquisa com amparo em uma metodologia rigorosa de pesquisa empírica: procurou-se, entretanto, complementar a análise bibliográfica com a abordagem ilustrativa de um caso concreto – a justiça restaurativa na Bélgica – e com as entrevistas realizadas com os operadores deste sistema, com a finalidade de verificar os caminhos e as opções adotadas, bem como se houve resistência para a sua implementação e quais os resultados obtidos. A ilustração de um caso concreto pode colaborar para uma melhor compreensão dos problemas enfrentados durante a implantação da justiça restaurativa, ainda que em país com diferenças evidentes em relação ao Brasil.

Espera-se, com isso, contribuir para o fortalecimento do debate envolvendo a inserção de novos mecanismos de administração de conflitos no país. Para tanto, pretende-se partir de

uma criminologia que se proponha curiosa e compreensiva; uma criminologia que não produza criminosos e criminalizações, mas sim cognições desejantes de liberdade, que não apenas expliquem o passado e seus atores, mas se projete para o futuro e seus sujeitos possíveis (Chies, 2008, p. 103).

Nesse sentido, tem-se que a justiça restaurativa, antes de tudo, deve ser pautada pelos seus propósitos mais importantes: reduzir, sempre que possível, o uso do sistema penal e os efeitos das interpretações criminalizantes por ele geradas, e incrementar a democracia através de um maior protagonismo das partes. Caso se conclua, ao final, que as críticas abolicionistas são aptas para instrumentalizar a justiça restaurativa e, com isso, proporcionar maiores possibilidades de atingir esses propósitos, então o trabalho terá atingido o seu objetivo principal, para o delineamento de um possível novo modelo de administração de conflitos no Brasil.

Considerações Finais.

1. O sentido que orientou a construção do presente trabalho foi estabelecido a partir de instigação antiga de Luiz Antônio Bogo Chies (2002, p. 200), que uma vez afirmou: “é preciso experienciar”. Ainda que muitos obstáculos tenham que ser superados, é fundamental experienciar, para que se possa conhecer novas perspectivas e possibilidades de construção. Somente através de experimentos os novos caminhos poderão ser encontrados.

Especificamente quanto à justiça criminal brasileira, a abertura de novos caminhos não é apenas a busca por algo novo: é, além disso, também a *busca pelo abandono do velho*, do arcaico, daquilo que serve apenas para refletir as aberrantes desigualdades sociais e potencializar a violação de direitos de apenados, presos provisórios, acusados e investigados, e de todos os seus familiares e pessoas próximas. Ao contrário do que indicam os manuais e deseja a Constituição, a pena transcende – e muito – a pessoa do condenado.

Abandonar o velho, no entanto, não significa abrir mão de tudo o que já foi construído. Não se pode abrir mão dos direitos e garantias individuais e da necessidade de mantê-los intactos na Carta Magna. Isso, sem dúvida, seria um retrocesso. O reconhecimento da importância da racionalidade penal moderna, nesse sentido, é fundamental.

Entretanto, tal reconhecimento deve ser pautado por uma postura crítica, que reconhece também a limitação do seu alcance: deve-se buscar, antes de tudo, que os princípios limitadores do poder punitivo ganhem vida, e deixem de figurar como meras estruturas legais burocráticas, que legitimam a democracia por meio de sua mera existência formal, e não pela sua eficácia.

Ainda que todos os direitos e garantias superem os planos da existência e da validade e passem a ser realmente eficazes, vale ressaltar que, mesmo assim, a justiça criminal não terá qualquer tipo de avanço quanto a uma melhor *administração* de conflitos. Com a sua estrutura verticalizada de funcionamento, em que o poder é exercido quase integralmente por profissionais jurídicos formados e inseridos em um contexto cultural técnico-burocrático-legalista, pouco

se pode esperar de qualquer reforma penal e processual penal, por mais *humanista* que possa vir a ser.

Desde esse ponto de vista, tem-se que a busca por novos caminhos e novas experiências na justiça criminal é um *dever*, e não um *favor* ou uma *concessão* do Poder Público. É preciso procurar alternativas, tensionar os problemas e questionar as estruturas legais, e não por outro motivo as críticas abolicionistas de Louk Hulsman e Nils Christie pautaram a estruturação teórica deste trabalho: ao apresentarem as mais importantes e contundentes críticas ao sistema penal, proporcionam também a construção de um novo mecanismo de justiça, ainda que se admita a hipótese de que os seus objetivos não abarcavam esta construção de forma intencional. Como referido no segundo capítulo, ao postular a adoção de mecanismos que aproximem as partes e lhes outorguem a faculdade de dialogar e buscar a melhor solução para os seus casos, os abolicionistas penais, desde o histórico artigo *Conflitos como Propriedade* (Christie, 1977), apresentam um caminho possível para que os conflitos sejam manuseados de maneira diversa à do sistema de justiça criminal tradicional.

Hulsman, de uma forma geral, sustenta: **(a)** a abolição do sistema penal, com a sua substituição por mecanismos descentralizados de administração de conflitos; **(b)** nesses mecanismos, a participação ativa da vítima e do ofensor na condução e na resolução dos seus casos é primordial, com especial atenção para a satisfação do interesse de ambos, por meio de uma *disputa participatória* em que as particularidades de cada caso possam ser debatidas por inteiro; e **(c)** para evitar a colonização dos novos mecanismos pelas práticas, rotinas e hábitos do sistema penal, a adoção de uma *nova linguagem* é crucial, e o primeiro conceito a ser abandonado deve ser o de “crime”, que deve passar a ser denominado de “situações problemáticas”, “conflitos”, “comportamentos indesejados”, etc.

Em relação a Christie, três das suas críticas são as mais importantes no contexto deste trabalho: **(a)** a primeira se refere à apropriação estatal dos conflitos e ao conseqüente abandono das partes no momento de administrá-los; **(b)** a segunda diz respeito à excessiva profissionalização dos principais atores processuais e às conseqüências disto para a justiça criminal; **(c)** e a última, à

maneira simplificadora (dicotômica) como a justiça criminal encara os fatos delituosos e as partes envolvidas.

Vincenzo Ruggiero afirma, com razão, que não é tarefa simples delimitar até que ponto as propostas abolicionistas influenciaram o crescimento do interesse por medidas não-penais – e, no mesmo sentido, pela justiça restaurativa. No entanto, as críticas de Hulsman e Christie dão, definitivamente, um passo adiante e, além da necessária abordagem crítica do sistema penal, passam à proposição de alternativas possíveis a este sistema. O aspecto construtivo das críticas dos autores é pouco considerado pela literatura jurídica e criminológica brasileira – igualmente pouco atenta aos cenários internacionais da justiça restaurativa e da sua importância prática e teórica enquanto mecanismo de resolução de conflitos.

Desta forma, conclui-se que tanto Hulsman quanto Christie contribuíram de forma decisiva para o desenvolvimento acadêmico da justiça restaurativa, a partir da abertura conceitual proposta em suas críticas, bem como dos delineamentos formulados ao longo das suas obras sobre as formas como deveriam funcionar os centros de justiça comunitários por eles idealizados.

2. Enquanto instrumento para a construção de uma perspectiva singular sobre cada caso concreto, a justiça restaurativa necessariamente deve buscar a menor intromissão possível de terceiros no momento de apresentação da problemática e da consequente decisão que se originará do encontro. A *devolução do conflito às partes* é o primeiro passo não apenas para a emergência desse modelo, mas, fundamentalmente, para a democratização efetiva da justiça penal. Ou ainda, quem sabe, como diz Eugênio Raúl Zaffaroni,⁷ para pensar em algo propriamente *estranho* à ideia mesma de *poder punitivo*.

⁷ “Tudo isso mudou quando um belo dia os senhores começaram a *confiscar as vítimas*. Os chefes dos clãs deixaram de acertar reparações, e deixaram os juizes a sua função de árbitros esportivos, porque uma das partes (a vítima) foi substituída pelo senhor (Estado ou poder político). O senhor começou a selecionar conflitos e, frente a eles, afastou as vítimas, afirmando *a vítima sou eu*. Assim foi como o *poder político* passou a ser também *poder punitivo* e a decidir os conflitos, sem contar para nada com a vítima, que até hoje desapareceu do cenário penal. É verdade que agora se escutam alguns discursos e se realizam tímidas tentativas para tomá-la em conta para algo, mas não é mais que um paliativo a este confisco, ou seja, uma forma de atenuar seus excessos e, de modo algum, uma restituição do direito confiscado. **O dia que o poder punitivo restituir de forma séria a vítima, passará a ser qualquer outro modelo de solução**

Em um contexto de administração participativa dos conflitos, a abordagem do *agir criminoso* pode deixar de isolar os demais integrantes do cenário social do sujeito e, assim, permitir que não se o responsabilize exclusivamente como *culpado* pelo fato delituoso. Não se pretende desvincular uma ação de seu autor, mas apenas ampliar a abordagem, de forma a tentar compreender a situação problemática como algo maior e mais complexo do que apenas como uma *conduta humana livre e consciente direcionada a determinado fim*.

E é nesse momento que se torna possível repensar a tradicional diferenciação entre *ilícito civil* e *ilícito penal*: a percepção, desde outros olhares, sobre o significado atribuído a determinadas condutas, variando conforme as circunstâncias em que estiverem inseridos os envolvidos é, talvez, um dos pontos centrais a ser ponderado. A superação das *fronteiras artificiais* entre as cortes cíveis e criminais, como refere Ezzat Fattah, somente poderá ocorrer caso haja um novo olhar sobre a forma de classificação das condutas danosas. Tal superação permitiria, desde que bem estruturada, o desencadeamento não mais da mera (re)produção de sentenças condenatórias como respostas ao crime, mas de ações coletivas voltadas para a reparação e superação do dano causado.

Concorda-se, nesse sentido, com Antoine Garapon, para quem a justiça restaurativa não se funda nem exclusivamente no ato delitivo (violação da lei – modelo retributivo), nem na pessoa do autor, mas no evento do *encontro* entre as pessoas, como forma de abertura para novas perspectivas e novos olhares. A ideia central da justiça restaurativa, portanto, está na pretensão de fornecer aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os meios suficientes para compreender e lidar com a infração. Diante da impossibilidade de saber com antecedência o que é melhor para cada caso, tem-se que o caminho a ser seguido deve abranger a confiança na capacidade das pessoas e a desconfiança do *paternalismo das instituições*, para lembrar novamente Garapon.

Desse modo, conclui-se que se trata, efetivamente, de um modelo diverso de administração de conflitos, cuja implementação bem sucedida dependerá da observação de seus princípios e valores, mas que, fundamentalmente, requer

de conflitos, mas deixará de ser poder punitivo, porque perderá seu caráter estrutural, que é o confisco da vítima” (Zaffaroni, 2005, p. 11-12 – grifos nossos).

uma nova forma de compreender os fenômenos conflituais na sociedade contemporânea.

O que se busca, portanto, é oportunizar que se construa uma resposta única, apta a contemplar a complexidade que cada caso carrega consigo, e que permita pensar a questão para além do anacrônico modelo causal do *crime-castigo*.

E para que seja viável a partir da perspectiva abolicionista, a justiça restaurativa deve compreender as seguintes características: **(a)** não pode virar uma presa do sistema penal, para evitar que seja relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; **(b)** exige a adoção de uma nova linguagem para o seu funcionamento, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais da justiça criminal; **(c)** não faz uma distinção preliminar entre *ilícitos civis* e *ilícitos penais*, de forma a permitir que os envolvidos decidam a maneira pela qual administrarão a situação; **(d)** não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela *indústria do controle do crime* e pela lógica burocrática moderna; **(e)** deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; **(f)** necessita ter o seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio (*communities of care*), a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo atendimento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; e **(g)** deve, fundamentalmente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto das suas próprias propostas.

A redução do uso do sistema penal para administrar os conflitos é, nesse contexto, o resultado esperado com a implementação da justiça restaurativa sob o enfoque abolicionista.

3. Antes de abordar as formas possíveis de implementação da justiça restaurativa no Brasil, foi questionado se uma eventual reforma legislativa que instituisse esse mecanismo no sistema judicial teria condições de proporcionar os efeitos esperados. Destacou-se, a partir disso, que nem sempre os bloqueios a

reformas significativas na seara penal se originam por motivos externos ao direito ou pela recorrente *falta de vontade política*. Com Álvaro Pires, foi demonstrado que, muitas vezes, os obstáculos são criados a partir de elementos jurídicos internos, relativos ao excesso de legalismo dos juristas e aos sistemas de pensamento que estruturam as suas percepções sobre os fenômenos sociais.

Os obstáculos a uma reforma significativa da lei penal, nesse sentido, foram apresentados a partir de três distintas esferas: em primeiro lugar, apontou-se os princípios básicos da racionalidade penal iluminista, que funcionam como efetivas *barreiras* a uma reforma significativa do direito penal, ao se transformarem em mecanismos de resistência que impedem alterações legislativas que modifiquem as formas tradicionais de resolução de conflitos; após, como segundo obstáculo, foi trabalhada a existência de um significativo *déficit democrático nacional*, que aponta para a fragilidade da democracia no Brasil e, naturalmente, atinge também o sistema penal e seus operadores. Enquanto a abertura política possibilitou novos debates sobre a cidadania, com o reconhecimento constitucional da democracia e, em especial, dos direitos e garantias individuais e coletivos, quando o assunto envolve a justiça criminal estes ideais são abandonados e permitem que mecanismos violentos e autoritários se sobreponham sem maior resistência. Esta contradição é verificada, conforme salienta Debora Pastana, no comportamento dos profissionais jurídicos, que não percebem que a forma como atuam apenas colabora para a manutenção de um sistema desigual e seletivo; e, por fim, como terceiro obstáculo, foi apresentada a formação eminentemente legalista dos operadores jurídicos, que, formados a partir de um ensino técnico e burocrático, não percebem o horizonte autoritário que cerca a justiça criminal brasileira. O direito penal, assim, impede o jurista burocrático-legalista de abandonar o modelo causal de análise dos fatos sociais, transformando a justiça criminal em uma mera *ferramenta de aplicação da lei (penal)*. Além disso, o sistema penal resta estruturado a partir de uma concepção vertical de resolução de conflitos, em que o magistrado desempenha papel central e determina, ao final de um processo pautado pelo *diálogo dos profissionais*, como o caso será resolvido, nos termos da lei. Com isto, os

operadores jurídicos tomam os lugares das partes e dizem como aquele caso concreto será administrado.

Tais obstáculos, quando considerados em conjunto, possuem força suficiente para aplacar qualquer tentativa de alteração do quadro atual da justiça criminal brasileira e, caso não sejam levados a sério, funcionarão como guardiões permanentes de uma política criminal repressivista, autoritária e burocrática.

Para lidar com tais obstáculos e reduzir os seus efeitos, fundamental a inserção de disciplinas específicas nos currículos das faculdades de direito, o incentivo à pesquisa e à realização de seminários sobre modos alternativos de resolução de conflitos, em especial a partir de uma abordagem interdisciplinar. Estas iniciativas, no entanto, não podem ficar restritas às faculdades de direito: magistrados, advogados, promotores de justiça e todos os demais operadores jurídicos em atividade devem estar permanentemente em formação, abandonando a equivocada ideia de que a formação do operador jurídico se encerra com o final do curso de graduação (ou pós-graduação). A constante atualização e conscientização dos agentes jurídicos, nesse sentido, é tão importante quanto a inserção de disciplinas, discussões e pesquisas sobre modelos alternativos de resolução de conflitos nas faculdades de direito e nas pesquisas de pós-graduação.

Some-se a isto, na mesma intensidade, a imprescindível interdisciplinaridade na abordagem dos fenômenos jurídicos, como forma de explorar a complexidade da sociedade plural contemporânea – que conta, paradoxalmente, com um sistema judicial pensado e estruturado há pelo menos dois séculos para lidar com problemas e conflitos contemporâneos os mais diversos possíveis.

Com tais iniciativas, as limitações da cultura jurídica brasileira podem começar a ser tensionadas e podem provocar o reconhecimento da necessidade de democratizar radicalmente a forma como o acesso à justiça é ofertado aos cidadãos, com a redução drástica da distância entre o acesso formal ao *Judiciário* e o acesso material à *justiça* propriamente dita. Abre-se caminho, assim, para que se compreenda e aceite o fato de que pessoas devem poder optar por não adotar automaticamente a classificação legal dos seus atos como *delitos* e passem a

encará-los, antes disso, como desavenças ou dissabores aptos a serem resolvidos fora do âmbito da justiça criminal.

4. Para compreender como foram as experiências brasileiras anteriores de reformulação de procedimentos legais da justiça criminal, foi verificada a forma como as leis 9.099 e 11.340 foram recepcionadas e aplicadas no país.

A análise desses casos não foi realizada de forma aleatória: por introduzirem perspectivas distintas no cenário judicial brasileiro de administração de conflitos, fornecem importantes elementos acerca da pertinência ou não da adoção de um modelo *informalizador* (lei 9.099) e de um modelo *formalizador* (lei 11.340) de justiça criminal: enquanto a lei dos juizados especiais redesenhou a sistemática processual penal para os delitos de menor potencial ofensivo e os encaminhou para um modelo informal, a lei Maria da Penha retirou os conflitos de gênero dos JECrim e determinou que fossem processados pelo rito tradicional, nos termos do Código de Processo Penal – ou seja, *reformatizou* o procedimento.

A partir dessa análise restou constatado, primeiramente, que ambas as leis deram ampla visibilidade aos conflitos que passaram a abarcar: a lei dos JECrim oportunizou que os pequenos conflitos cotidianos passassem a ter relevância jurídica e tivessem um espaço para serem discutidos, em ambiente pautado pela celeridade, informalidade e oralidade; e a lei Maria da Penha tornou explícito o tamanho do problema envolvendo a violência doméstica no país.

Entretanto, concluiu-se também que as leis analisadas não foram devidamente implementadas, em especial pela falta de preparação dos operadores jurídicos para lidar com os seus mecanismos e da necessária estrutura (física e humana) para fazê-las operar como se desejava.

Os *meios* previstos pela lei 9.099, que poderiam ser utilizados como instrumentos importantes para proporcionar um acesso qualificado e simples à justiça, foram absorvidos pela dinâmica interna e burocrática do sistema de justiça (criminal) e passaram a ser utilizados como ferramentas para o alcance de *fins* meramente administrativos, distintos daqueles que as partes buscam alcançar, como a resolução satisfatória do caso, por exemplo.

A Lei Maria da Penha, ao que tudo indica, trouxe consigo um problema distinto: ao propor o retorno dos casos de violência doméstica ao sistema penal tradicional, opta por um *meio inadequado* (direito penal) para atingir o *fim* a que se propõe (minimizar ou solucionar o problema da violência doméstica). Apesar da previsão de um considerável e criativo rol de medidas extrapenais (medidas integradas de prevenção, assistenciais, de atendimento e protetivas), a ausência de instrumentos para torná-las eficazes acaba por delegar ao aspecto penal da LMP a única esperança de *solução* para tão complexo problema. Neste caso, o *fim* buscado pela lei resta limitado à punição do agressor, sem levar em conta as necessidades da ofendida.

A partir da análise das experiências com as leis 9.099 e 11.340 e da compreensão dos obstáculos a uma reforma penal substancial no Brasil, concluiu-se que: **(a)** a cultura jurídica brasileira não está preparada para um modelo consensual de justiça criminal, como propôs a lei 9.099, e que a ausência de disciplinas que enfoquem mecanismos conciliatórios ou de mediação (cível ou penal) nos currículos das faculdades de direito e a falta de incentivo e capacitação institucional permanente dos operadores jurídicos, somados ao ranço técnico-burocrático que orienta a sua forma de atuação, aparentam colaborar para a manutenção deste quadro improdutivo; **(b)** a lei 11.340, por sua vez, apesar de trazer instrumentos extrapenais para auxiliar a mulher vítima de violência, acabou ela mesma vitimada pela falta de uma estrutura integrada de serviços de apoio à mulher, e o resultado é o acentuamento do papel do direito penal enquanto mecanismo apto a enfrentar os conflitos envolvendo violência doméstica. Isto levou as medidas extrapenais a uma situação de submissão à *interpretação punitiva dos conflitos*, conduzindo os operadores jurídicos a preferirem a forma penal para administrar esses conflitos; e **(c)** ambas as leis (9.099 e 11.340), por fim, incorrem em problema fundamental: o uso regular da linguagem do direito penal nas suas engrenagens, provocando a manutenção dos vícios e das práticas burocráticas cotidianas dos tribunais. A *abordagem criminalizante* das situações levadas a conhecimento do Poder Judiciário contamina a representação dos operadores jurídicos, o que pode levá-los a fortalecer a percepção de que estão

diante de um *criminoso* e de uma *vítima*, e que a resposta adequada para o caso deve envolver uma *sanção penal carregada de rigor*.

Assim, tem-se que a análise das experiências com as leis 9.099 e 11.340 podem colaborar de forma significativa para uma eventual regulamentação legal da justiça restaurativa no Brasil. A edição de uma lei sem a disponibilização da estrutura necessária para a sua adequada implantação, que se utilize da linguagem do direito penal, e que deixe de ressaltar a importância da intervenção de operadores metajurídicos na administração dos conflitos, tem potencial para reduzir (ou eliminar) o potencial da justiça restaurativa, nos mesmos moldes do ocorrido com as leis 9.099 e 11.340.

Sem a observação mínima destes elementos, a formação de um *quadro em branco* é um resultado praticamente inevitável: ambas as experiências mostram que os operadores jurídicos poderiam facilmente concluir que se trata *do mesmo sistema*, porém apenas equipado com um *procedimento diverso*. O quadro interpretativo dos operadores, ao ser construído desde a linguagem criminalizante do direito penal, poderá carregar consigo os conhecidos problemas da justiça criminal.

Fundamental, portanto, que eventual lei que institua a justiça restaurativa no Brasil seja clara o suficiente ao diferenciá-la do sistema da justiça criminal, sem deixar de apontar, contudo, as formas pelas quais os dois sistemas devem se entrecruzar. A ausência desta clareza pode, novamente, colonizar a utilização do novo mecanismo e reduzir significativamente a sua potencialidade.

5. Como mencionado no último capítulo, apesar de não ser possível fazer um estudo comparativo entre os sistemas de justiça brasileiro e belga (em função das consideráveis diferenças entre os dois países e, especificamente em relação ao tema deste trabalho, por causa da inexistência de mecanismos restaurativos legalmente instituídos no Brasil), a experiência da Bélgica com a justiça restaurativa chama a atenção por diversos fatores, dentre os quais três merecem destaque: **(a)** a forma como a justiça restaurativa foi instituída; **(b)** o local onde é realizada; e **(c)** a maneira como se relaciona com o sistema penal tradicional e dos efeitos dessa relação.

Sobre o primeiro aspecto, a justiça restaurativa foi instituída após análise realizada por um grupo interdisciplinar, nomeado pelo Ministro da Justiça, que tinha como finalidade averiguar as possibilidades de inserção do modelo restaurativo na legislação federal. Os benefícios de um grupo de trabalho interdisciplinar são muitos, mas cumpre destacar que a construção dessa possibilidade não ficou a cargo apenas de juristas, mas também de mediadores, pesquisadores, assistentes sociais, oficiais do sistema de justiça, etc. Com isso, foi possível estabelecer que os encontros restaurativos fossem realizados em ambiente separado do sistema judicial (em ONGs credenciadas pelo Ministério da Justiça), possibilitando que se evitasse a colonização da justiça restaurativa pela justiça criminal. Por fim, a possibilidade do uso da mediação vítima-ofensor em qualquer fase do processo, a partir da Lei de 2005, ampliou o seu campo de atuação e estabeleceu que, quando houver acordo, o juiz poderá levar em consideração o resultado do encontro e, se entender cabível, poderá até mesmo deixar de aplicar a pena, em caso de condenação.

Apesar de não ser ainda possível ampliar ainda mais (em termos quantitativos) o uso da justiça restaurativa, em função da resistência dos operadores jurídicos e do pouco tempo desde a sua implementação, o caso belga apresenta bons resultados: ao preservar os princípios básicos da filosofia da justiça restaurativa (voluntariedade, confidencialidade, participação ativa das partes, etc.), há um alto nível de satisfação das partes com o serviço prestado pelas ONGs, e um dos principais aspectos salientados pelas partes é o fato de haver uma efetiva *participação* das partes na resolução dos seus casos.

A previsão da mediação vítima-ofensor na legislação federal; o papel desempenhado pelas ONGs; os projetos de pesquisa realizados pela Universidade de Leuven e pelo Fórum Europeu de Justiça Restaurativa; e as ações em colaboração entre voluntários (membros das ONGs) e acadêmicos junto aos órgãos governamentais para a inserção definitiva da justiça restaurativa na agenda política do país são destacadas, por Ivo Aertsen, como as principais razões para a consolidação da justiça restaurativa na Bélgica.

E o cenário belga analisado permitiu concluir, ainda, acerca da importância da construção e da manutenção de um efetivo diálogo entre o conhecimento

prático e o conhecimento teórico para a configuração do modelo restaurativo adequado à situação e à cultura do país. Some-se a isso o fato de haver um contexto favorável à adoção da justiça restaurativa no continente europeu e dos constantes incentivos do parlamento federal ao longo dos últimos vinte anos para a adoção da justiça restaurativa. Com os resultados positivos verificados em projetos-piloto desde os anos 1990, o uso da mediação vítima-ofensor foi institucionalizado e é utilizado em toda a escala de delitos, em qualquer fase processual, com ampla possibilidade de redução do uso do sistema penal.

A justiça restaurativa, dessa forma, está situada em posição favorável para que se desenvolva adequadamente na Bélgica: ao ocupar espaço que Aertsen chama de *intermediário*, é aplicada de forma independente pelas ONGs, mas, ao mesmo tempo, mantém importante relação com a justiça criminal, ao possibilitar a redução da quantidade de pessoas investigadas, denunciadas e condenadas. E ainda que haja condenação, pode também ser utilizada como justificativa para reduzir a pena aplicada. Ou seja: está situada *entre* o sistema de justiça criminal formal e os meios informais de resolução de conflitos, com autonomia de funcionamento e influenciando as decisões judiciais.

6. O cenário brasileiro relacionado à justiça restaurativa, por sua vez, aponta para diversas iniciativas de acesso alternativo à justiça, três projetos-piloto (um deles – o de Porto Alegre – já transformado em *programa*) e um projeto de lei, em tramitação no Congresso Nacional desde o ano de 2006. Foram destacados os pontos positivos desse cenário, em especial o fato do tema da justiça restaurativa ter sido inserido na agenda de diversas instituições e estar recebendo maior atenção desde o ano de 2005, com o início das atividades do projeto *Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro* (que originou os três projetos-piloto abordados).

Entretanto, chama a atenção o fato de que tanto o projeto de lei quanto os três projetos-piloto apresentam resquícios daquilo que Salo de Carvalho classifica como *tradição inquisitorial*, por não conseguirem desvincular as atividades de administração de conflitos – ainda que tidas como *inovadoras* – do controle e da supervisão de um *juiz*. Este fato pode ser visto de duas maneiras: se por um lado

isso facilita a divulgação das atividades e confirma a importância do tema, por outro lado tem-se que as decisões restam novamente devolvidas para o *jugador*, subjugando o interesse das partes ao interesse do Estado.

O projeto de lei 7006/2006, em especial, é rico nesse sentido: ao prever que os encaminhamentos de casos realizados pela polícia e pelo promotor de justiça dependem, necessariamente, da *anuência do juiz*, ter-se-á uma vez mais o desenho de um quadro normativo nos mesmos moldes da justiça criminal comum, com a concentração do poder nas mãos do juiz. As próprias partes não poderão, conforme o projeto, optar livremente pelo sistema restaurativo, ainda que o queiram, por ausência de previsão legal – e tal ausência, ainda que possa ser contornada por eventual interpretação extensiva ou analógica, pode bloquear essa possibilidade, dado o legalismo característico da cultura jurídica brasileira.

A centralização de uma decisão importante como essa nas mãos dos magistrados (ou dos demais operadores jurídicos) contraria diretamente a necessária autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de não repetir a sua lógica de funcionamento.

Além disso, o referido projeto de lei está largamente estruturado a partir da linguagem do direito penal, com cláusulas abertas de limitação do uso da justiça restaurativa (vide a redação prevista para o novo artigo 556 do CPP),⁸ que poderão não apenas colonizá-la, mas também repetir o fenômeno da seletividade, tão comum na justiça criminal.

Em suma, concorda-se com Raffaella Pallamolla, podendo-se resumir em três os principais aspectos das críticas ao projeto de lei em questão: **(a)** a forma como foi redigido o projeto prevê um excesso de controle por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que poderia resultar em redução significativa da autonomia das partes e da forma como o mecanismo restaurativo é oferecido e aplicado; **(b)** a ausência de referência aos crimes ou contravenções que poderiam

⁸ Projeto de lei 7006/2006. Artigo 556: “Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo”.

ser encaminhados ao procedimento restaurativo não é benéfica, pois pode limitar os encaminhamentos apenas aos crimes menores; e **(c)** há uma considerável semelhança estrutural e de linguagem dos artigos referentes à justiça restaurativa em relação à linguagem do direito penal, potencializando o risco de colonização imediata do sistema restaurativo pelas tradições e práticas (inquisitoriais) do sistema de justiça criminal.

Diante deste quadro, dois entraves principais podem ser destacados para um desenvolvimento mais amplo da temática no Brasil: primeiro, a *ausência de objetivos comuns* a serem alcançados com a aplicação da justiça restaurativa, que aponta para um descompasso entre os diferentes programas existentes. Apesar de estarem estruturados a partir de um referencial teórico comum (a filosofia da justiça restaurativa), muitas vezes acabam sendo desenvolvidos de forma desvinculada da proposta central deste modelo, que envolve, basicamente, a redução do uso do sistema penal e a conseqüente minimização dos danos por ele produzidos. E, segundo, verifica-se a ausência de uma *referência normativa nacional*, que poderia estabelecer limites e possibilidades de atuação para eventuais programas de justiça restaurativa, bem como a maneira como poderiam ser oficialmente considerados pelo sistema judicial.

Apesar da existência da Resolução 2002/12 da ONU, o legalismo característico da cultura jurídica brasileira indica, nesse sentido, que a presença de uma lei que regulamente a justiça restaurativa no Brasil (ou que funcione como um referencial de organização) pode colaborar significativamente para o avanço do tema. A observação estrita dos princípios básicos da justiça restaurativa, contudo, é imprescindível, para que seja respeitada a autonomia das partes e não haja a repetição da estrutura piramidal de poder da justiça criminal comum.

7. Ao considerar os aprendizados com os casos das leis mencionadas e ao levar a sério os obstáculos à efetivação plena dos propósitos de um novo modelo de resolução de conflitos, as chances de incidência dos mesmos erros são minimizadas, e novas possibilidades podem ser experimentadas com maiores perspectivas de acerto.

Na busca por um parâmetro concreto para a configuração de um modelo de justiça informal no país, tem-se como imprescindível a necessidade de tratar os casos de forma individualizada e que não apresente a mesma estrutura do sistema de justiça criminal tradicional. Nesse sentido, os elementos conceituais apontados por Rodrigo Azevedo para tal configuração são de elevada importância, pois abrangem os principais aspectos para promover de forma satisfatória os mecanismos restaurativos de justiça, proporcionando um efetivo enfretamento do conflito e evitando a lógica vertical de funcionamento da justiça criminal.

Dentre tais elementos, destacam-se: uma estrutura desburocratizada e mais próxima da comunidade; uma maior autonomia das partes, com a consequente diminuição da importância do uso de profissionais e da linguagem legal; o uso da mediação e da conciliação entre as partes, antes do que a investigação de um *culpado*; a intervenção de não juristas como mediadores ou facilitadores; o rompimento da máxima jurídica de que *o que não está nos autos não está no mundo*, como forma de possibilitar uma ampla análise de circunstâncias e peculiaridades; uma maior ênfase em sanções não coercitivas, para aumentar a adesão das partes e obter acatamento.

Ao analisar os elementos acima, elencados por Azevedo para a configuração de um modelo de justiça restaurativa no Brasil, verifica-se importante semelhança estrutural com o modelo adotado na Bélgica – que, apesar de não poder ser *transplantado* para o contexto jurídico brasileiro, pode ser tomado como importante *marco referencial*, por abranger a maioria dessas características e apresentar bons resultados.

Reconhecido por leis e decretos (Reais e do Ministério da Justiça), o sistema belga tem como principais características: **(a)** uma efetiva *autonomia da vontade das partes* quanto ao envio do caso ao serviço de justiça restaurativa, mesmo quando sugeridos por autoridades públicas (polícia, juiz, promotor de justiça, etc.); **(b)** as instituições (ONGs) que oferecem o serviço são independentes, sem qualquer subordinação ao Poder Judiciário; **(c)** ao contar com mediadores formados em diversas áreas (psicologia, serviço social, ciências sociais, pedagogia, direito, etc.), a multidisciplinaridade é uma constante nas

equipes de trabalho; **(d)** o serviço oferecido pelas ONGs (como regra, a mediação vítima-ofensor) é realizado levando em consideração as necessidades das partes, e não dos operadores jurídicos; e **(e)** por estar previsto na legislação, os resultados obtidos no sistema restaurativo *devem* ser levados em consideração pelo sistema penal tradicional, independentemente da fase processual.

Ao contemplar tais características, o modelo belga assume os principais pontos da filosofia da justiça restaurativa e se aproxima consideravelmente das características apontadas por Azevedo para a configuração de um tipo ideal de justiça informal contemporâneo no Brasil.

Não se defende, por essa razão, a *cópia* do sistema belga e a sua adoção no Brasil. Contudo, chama a atenção a semelhança entre as características apontadas por Azevedo e as encontradas no modelo belga. Apesar das diferenças que separam os dois países, é possível tomar o caso belga como *parâmetro de regulação* para a estruturação de um modelo de justiça restaurativa no Brasil, de forma a abarcar os principais aspectos dos modelos informais de justiça e as particularidades da cultura jurídica brasileira.

Com isto, eventual inserção da justiça restaurativa no Brasil poderá ser pensada a partir de três quadros referenciais: **(I)** as críticas abolicionistas, como base teórica para análise crítica do funcionamento do sistema de justiça criminal tradicional e como guia de orientação para a estruturação de um sistema de justiça restaurativa autônomo e de qualidade; **(II)** os aprendizados obtidos a partir dos balanços de aplicação das leis 9.099 e 11.340; e **(III)** o sistema belga de justiça restaurativa, como modelo de um caso bem sucedido que pode se agregar aos dois quadros anteriores e ser considerado como importante *marco referencial* para eventual construção legislativa brasileira.

Uma análise conjunta dos quadros referenciais acima permite sugerir que, para minimizar as chances de uma implementação mal sucedida, eventual sistema legal de justiça restaurativa poderá ser estruturado no Brasil a partir das seguintes características:

(a) pela *regulamentação legal* do sistema, como forma direta de lidar com o legalismo característico da cultura jurídica brasileira;

(b) pela *autonomia* dos núcleos ou serviços de justiça restaurativa, a serem instituídos a partir de uma *nova linguagem*, como forma de minimizar as chances de colonização das suas práticas pelas noções tradicionais e criminalizantes da justiça criminal;

(c) pela percepção da *singularidade* de cada caso, evitando classificações legais apriorísticas (ilícito civil vs. ilícito penal) e a massificação dos conflitos;

(d) pela *participação ativa* das partes, tanto na decisão sobre o encaminhamento dos casos quanto na resolução dos conflitos, na condição de principais interessados no desdobramento da situação e como forma de estimular a observação da decisão coletiva a ser tomada;

(e) pela refutação de *estereótipos* que possam ser atribuídos às partes, evitando os efeitos indesejados da revitimização e da estigmatização do ofensor;

(f) pela presença obrigatória de *profissionais metajurídicos* na condução dos procedimentos, ainda que paralelamente aos operadores jurídicos, a fim de agregar os benefícios da *interdisciplinaridade* na administração dos conflitos;

(g) pela atenção à *busca da satisfação das necessidades* das partes (vítima, ofensor e suas comunidades de apoio), com o envolvimento coletivo para o adimplemento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; e

(h) por uma necessária ligação com a justiça criminal tradicional, para que possa ser capaz de provocar a redução do uso deste sistema e não ser relegada a mero apêndice expansionista do controle penal.

A partir destas características, consideradas como guias orientadoras mínimas para o caso brasileiro, os equívocos verificados nas duas experiências analisadas (leis 9.099 e 11.340) poderão ser reduzidos ou, até mesmo, evitados, caso a opção brasileira seja a edição de uma lei sobre o assunto.

O *potencial de bloqueio* dos obstáculos elencados acima, no entanto, não podem ser ignorados, pois possuem força suficiente para bloquear integralmente o propósito emancipador da justiça restaurativa. Fundamental, portanto, que sejam levados a sério e que a inserção de mecanismos restaurativos na legislação penal brasileira seja acompanhada de mudanças significativas na

formação dos operadores jurídicos no Brasil – antes e depois de saírem das faculdades de direito.

A partir destas considerações, tem-se que os abolicionismos penais de Hulsman e Christie conduzem ao delineamento de passos fundamentais a serem considerados para a *criação* e a *estruturação* de um sistema de justiça restaurativo, o que permite concluir que os autores apresentam, por meio das suas críticas, importantes elementos *propositivos-construtivos*, atento às interferências criminalizantes do sistema penal tradicional. A forma como construíram as suas obras permite que se percebam os primeiros passos para a caracterização de um modelo informal de administração de conflitos desvinculado do tradicional paradigma do *crime-castigo*.

As críticas abolicionistas podem, desta forma, ser levadas em consideração para a construção de um mecanismo de justiça restaurativa de *qualidade* no Brasil. E isto não se deve apenas ao fato de coincidirem com as características sugeridas por Azevedo para a configuração de um modelo informal contemporâneo de justiça, ou por estarem presentes, em maior ou menor intensidade, no sistema belga: deve-se, em igual proporção, por ser uma forma possível de evitar os equívocos verificados nos casos das leis 9.099 e 11.340 e, com isso, não permitir que a justiça restaurativa seja estruturada a partir da linguagem criminalizante do sistema de justiça criminal tradicional e transformada em mecanismo de ampliação do controle penal.

Concorda-se, portanto, com Luiz Antônio Bogo Chies, para quem as teorias e as críticas abolicionistas se constituem tanto como oposição à racionalidade burocrática do sistema penal moderno quanto proposições concretas de meios alternativos e não-penais de resolução de conflitos.

Salo de Carvalho, com razão, refere que um modelo de justiça que se pretenda democrático não pode impor um procedimento que tem nos operadores jurídicos – representantes do Estado – os únicos *interessados* na resolução do conflito. Para o autor, a concentração do poder nas mãos do juiz tende a sobrevalorizar a sua função e a reforçar a ideia de que o magistrado é, de fato, o personagem principal no ritual processual. O conflito é das pessoas, e a elas deve ser devolvido, para que não vire mera burocracia sem sentido, fim em si mesmo.

Conclui-se, no mesmo sentido de Carvalho, que os procedimentos de justiça restaurativa podem, assim, ser utilizados para a promoção da participação ativa das partes, o que pode potencializar, por sua vez, o incremento da democracia no sistema de justiça brasileiro. Com a interferência direta das partes na formulação das decisões, uma verdadeira *construção coletiva da justiça* se torna possível e, com isso, viabiliza-se um efetivo *acesso à justiça* aos interessados.

Por fim, como argumentam Philip Oxhorn e Catherine Slakmon, esta potencialidade poderá colaborar com o aumento da capacidade e do interesse dos cidadãos em participar de organizações sociais, bem como com a redução das desigualdades em termos de acesso *material* à justiça. Em democracias recentes e desiguais como o Brasil, o sistema formal de justiça tende a espelhar e manter as desigualdades sócio-econômicas, e mecanismos de justiça restaurativa poderiam, ainda que de forma pontual, colaborar para a modificação deste quadro.

Visualiza-se, com isto, uma possibilidade efetiva de democratização no gerenciamento de conflitos: enquanto no sistema penal a resposta vem *de cima* – é imposta pela norma e aplicada pelo juiz –, na justiça restaurativa a resposta emerge dos próprios envolvidos, dado que não há uma solução prévia para todos os casos, e as mesmas deverão ser construídas conforme as peculiaridades de cada situação. Ao caminhar nesse sentido, a justiça restaurativa poderá colaborar para o fortalecimento da base dos direitos de cidadania e democracia, como refere Pallamolla, mas também para a redução das desigualdades oriundas do sistema de justiça criminal, especialmente em relação aos menos favorecidos social e economicamente, que constituem a sua maior clientela, como lembra Leonardo Sica.

Com isto, conclui-se que a justiça restaurativa, desde que bem estruturada, e tendo os responsáveis pela sua implementação consciência dos desafios e obstáculos que terão de ser enfrentados, pode ser um instrumento útil tanto para reduzir a atuação danosa do sistema penal no Brasil, quanto para potencializar a democracia na gestão dos conflitos interpessoais.