



JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA PENAL

Antonio Evangelista de Souza Netto¹
Alexander Haering Gonçalves Teixeira²
Flávia Jeane Ferrari³

Resumo

O presente trabalho propõe-se ao estudo da Justiça Restaurativa como novo modelo de administração dos conflitos em matéria penal, a partir do diálogo com a temática dos Direitos Humanos. Considerando os apontamentos da Teoria Crítica do Direito e da Criminologia crítica, situamos a Justiça Restaurativa junto ao Direito Penal mínimo, a partir da introdução de uma racionalidade ética à racionalidade jurídica. Nessa busca, vemos que o modelo da Justiça Restaurativa, modelo em construção, mostra-se como uma das alternativas que propõem uma crítica ao dogmatismo jurídico e ao sistema punitivo, além de devolver a voz aos atores sociais envolvidos no delito, para que, em conjunto, possam pensar nas medidas do dano e na sua subsequente ressignificação. Trata-se o presente estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia quantitativa.

Palavras Chaves: Justiça Restaurativa. Direitos Humanos. Criminologia Crítica. Direito Penal Mínimo.

Recebido: 19/04/2020

Aprovado: 25/06/2020

Double Blind Review Process

DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v8i1.348>

¹ Pós-doutorando em Direito pela Università degli Studi di Messina, Messina, (Itália). Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, (Portugal). Pós-doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, (Espanha). Professor e Coordenador do Núcleo de Ensino a Distância da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, Paraná, (Brasil). E-mail: aesn@tjpr.jus.br Orcid id: <https://orcid.org/0000-0001-8000-7840>

² Mestrando em direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER, Paraná, (Brasil). Advogado. Assessor de apoio para assuntos jurídicos da 5ª Região Militar. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (biênio 2019/2021). E-mail: alexander.haering.teixeira@gmail.com Orcid id: <https://orcid.org/0000-0003-0249-9995>

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba, Paraná, (Brasil). Professora. Adjunta da Seção de Sindicância, Processos Administrativos e Inquéritos Policiais Militares, da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército. E-mail: flaviajeane.ferrari@hotmail.com Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-3990-7633>

1 INTRODUÇÃO

A Justiça restaurativa, modelo em construção, revela-se como um caminho alternativo que sugere uma crítica ao modelo dogmático-jurídico e ao sistema punitivo, ademais, devolve o protagonismo aos sujeitos sociais envolvidos no delito, com o objetivo de proporcionar uma reflexão sobre os caminhos para amenizar o dano. A ideia de restauratividade representa a restauração das relações sociais fustigadas pelo conflito, de forma que a atividade restaurativa possui como objetivo fornecer alternativas para diminuir o dano ocorrido, seja pela imputação ao ofensor, seja pelo envolvimento da sociedade.

A atividade restaurativa teve seu início dentro de momentos sociais que tiveram a necessidade de repensar um modo alternativo de resolução de conflitos para acontecimentos específicos, várias vezes de cunho transitório. Em inúmeras tribos indígenas ou em áreas marcadas por discrepância étnica e culturais, as atividades restaurativas foram a forma encontrada por essas comunidades para solucionar o conflito.

Ademais, o artigo objetiva explicitar a forma da Justiça Restaurativa no âmbito penal, associando-o à proteção dos Direitos Humanos enquanto dever do Estado Democrático de Direito. Para isso, serão usados como base os apontamentos apresentados pela Teoria Crítica do Direito e pela Criminologia Crítica.

É notório que as teorias e modelos da Justiça Restaurativa deduzem características demasiadas variadas, pois seu bojo é consequência de diferentes entendimentos filosóficos, sociológicos e políticos, possibilitando a atividade restaurativa ser fundamentada no enaltecimento da vítima, culpabilização do acusado, independência da sociedade e perspectiva de diálogo entre as partes.

Por fim, objetiva-se refletir sobre o conhecimento jurídico e sua influência na cultura, principalmente no que cerne ao sistema penal e aos mecanismos de controle social realizados pelo Estado.

2 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DIREITO PENAL MÍNIMO

A compreensão do Direito Penal partindo da Criminologia Crítica situa sua base da Teoria Crítica do Direito, corrente de pensamento que dita uma ultrapassagem do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. A teoria crítica se inicia no campo da filosofia e suas construções foram realizadas pela Escola de Frankfurt, da qual os protagonistas foram Horkheimer, Marcuse,

Benjamin, Adorno e Harbermas, teóricos que dispunham como estudo a crítica da ciência, discussão acerca da indústria cultural, o Estado e seus aspectos de legitimidade (FREITAG, 1986, p.8).

O desenvolvimento de uma teoria crítica como classe e argumentação de legitimidade, fundada pela Escola de Frankfurt, situa sua teoria no racionalismo, que por sua vez, refere-se ao criticismo kantiano, perpassando através da dialética ideal hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e terminando na reinvenção do materialismo histórico marxista (WOLKMER, 2001, p. 5). Possuindo como inspiração o Neomarxismo, o alvo fundamental de crítica dos intelectuais de Frankfurt que teorizaram sobre o Direito é o positivismo jurídico. De acordo com Bray (2005), o intuito é trivializar a legalidade dogmática tradicionalista, assim como acercar o Direito às ideologias, ao poder e às atividades sociais. Citando Wolkmer, podemos definir a Teoria Crítica como:

O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um a priori dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais. (2001, p. 5)

A teoria jurídica crítica confere inéditos padrões, sugerindo caminhos diferentes, não repressivos e emancipatórios de atuação jurídica, que se manifestam através da mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares (BRAY, 2005).

2.1 Criminologia Crítica e Esfera Penal

A criminologia crítica nasce com uma visão mais sistemática sobre a ocorrência do crime, a começar do qual interroga a corrente da Defesa Social, abrangendo a vítima e a regulação social. A Criminologia Crítica como vertente da Teoria Crítica do Direito Penal, justifica-se no julgamento ao intervencionismo penal, defendendo que a sanção não atinge sua finalidade, e na argumentação de um aumento de sua área de interferência para outros componentes que permeiam o direito, antes de imputada ao transgressor.

Essa fase inédita da criminologia pretende ultrapassar as teorias patológicas e determinísticas da criminalidade, a começar de uma ligação com outros ramos do conhecimento, como é característico das teorias críticas. Nesse diapasão, Carvalho (2009, p. 304) aduz que a apuração criminológica pode ser compreendida em três áreas de saber: jurídico-penal, sociológica e psicológico- psiquiátrica.

Por meio da Sociologia Jurídica se pode entender as similaridades efetivas entre Direito, dominação e poder, ao acreditarmos o campo jurídico não como uma área apartada de outras áreas de dominação social, porém como um dos caminhos de realidade das interações sociais de uma determinada sociedade e, mais estritamente, como uma forma de legitimidade do poder. Nesse sentido, nota-se que existe um diálogo entre o monopólio exercido pelo Estado e o Direito (ROJO; AZEVEDO, 2005, p. 28), não entendendo o direito como imutável, imune e puro em si próprio.

O entendimento crítico da Criminologia atual põe em instabilidade, assim, a corrente rasa de discriminação que o Direito apregoa entre determinação interna conformista (positiva) e determinação divergente (condenável), sobre o suporte da aceitação acrítica de um dever interno condenável, que dirige ao imprescindível princípio do bem e do mal que qualifica o modo de pensar penal, realizada também em cima de um suporte de aceitação acrítica da gama de valores e formas de comportamento assegurados pela sistematização penal, como um rol de preceitos positivos de ação social partilho pela sociedade ou pela maioria dos consórcios (ROJO; AZEVEDO, 2005).

A apuração sociológica evidencia que a parte interna de sua comunidade atual subsistem, em conformidade à sua constituição plural de conflitiva, em consonância com juízos e mandamentos característicos de círculos variados ou contrastantes. Sendo assim, uma análise sociológica historicista e crítica constata a condicionalidade de toda a logística de juízos e de mandamentos sociais, em um momento da evolução da constituição social, e em virtude disso, também a condicionalidade da logística de mandamentos que são protegidos pelas leis de Direito Penal (BARATTA, 2002, p. 75-76).

2.2 Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Mínimo tem sua base acerca do princípio penal totalmente consagrado. O da intervenção mínima (AZEVEDO, 2008). Nos ensinamentos de Santiago Mir Puig (In TORON, 1996, p. 40), refere-se a uma obrigação de economia social coesa com os princípios do estado social, que precisa primar pelo bem social com menor custo social. O objetivo é diminuir ou fracionar a atividade da área penal, descriminalizando e despenalizando as condutas. Alberto Zacharias Toron (1996) diferencia despenalização e descriminalização, admoestando que esta significa a retirada da origem criminal, conservando as sanções na esfera civil e administrativa.

O Direito Penal Mínimo avoca o contorno mais abrandado com o garantismo, na medida em que esta corrente de pensamento sugere a ratificar fundamentos de racionalidade e civilidade à interferência penal, invalidando qualquer tipo de coerção social maniqueísta que propõe o amparo social superior aos direitos e garantias individuais. Percebendo assim, a corrente garantista

possibilita o nascer de uma ferramenta prática-teórica confiável à proteção dos direitos, combatendo a irracionalidade dos poderes públicos ou privados. (CARVALHO, 2002, p. 19).

Efetuando um contraste à corrente de pensamento juspositivista tradicional – quando o fácil estudo dos processos formais era considerável para sua validação – a corrente garantista, apoiado por Ferrajoli (1999) que nomeia de Estado Democrático de Direito, traz uma nova racionalidade de administração das leis, baseado em um novo arquétipo, que deve delimitar a normatização estatal atual.

Ferrajoli (1999, p. 22) aduz:

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

Como se observa, de acordo com o pensamento garantista, afirma-se fulcral a submissão da característica substancial da norma jurídica aos conceitos inaugurados pela Lei Maior.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA, DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITOS HUMANOS: APRESENTANDO POSSIBILIDADES

Walgrave (2008, p. 11) defende que a Justiça Restaurativa não se refere somente a um novo caminho pra lidar com o crime, e sim, um modelo ético e social. Sendo assim, as novidades trazidas pela forma restaurativa na seara penal viabilizam a existência de debates teóricos-críticos relacionados com a função do Direito e do sistema penal.

3.1 Modelo Restaurativo e Direito Penal Mínimo

No presente artigo, com base nas teorias críticas do direito e do direito pena mínimo, colocamos a Justiça Restaurativa no mesmo locus que a noção de um Direito Penal mínimo, estabelecendo uma aproximação que excede as fronteiras da dogmática jurídica e de que a pena é a única forma de repressão estatal ao crime. Embora concorda-se com a teoria abolicionista, entende-se que deve haver um minimalismo em substituição ao abolicionismo no que concerne a aplicação da Justiça Restaurativa, levando em consideração a sua introdução no sistema penal, tornando imprescindível o emprego de sanção ao fato delituoso. Refere-se, então, ao confronto do delito a começar de uma proposição despenalizadora, e não descriminalizadora, tendo em vista que a ação

continua sendo típica, porém, consegue resposta sancionatória que não seja a pena (DEDAVID, 2011).

Sendo assim, defendemos a indispensabilidade de uma análise que permeia a problematização do Direito Penal, sendo caracterizada pela adequação à realidade atual e que possa atuar de acordo com os *labirintos do controle penal* (ANDRADE, 2006, p.182) visando um caminho equilibrado. De acordo com Andrade (2008, p. 182), a saída que se adequa à realidade em que estamos inseridos não é a inclinação para o minimalismo ou abolicionismo, porém, a competição desonesta entre o eficientismo e abolicionismo, conciliados pelo suposto acordo seguro entre minimalismos de dupla identidade.

A colocação de limites e conceituação da obrigação do titular da pretensão punitiva do sistema jurisdicional já são requisições defendidas pela corrente garantista. Não se notam, por conseguinte, de acordo com Konsen (2007, p. 98), contradições ou obstáculos para o convívio harmonioso do desse modelo restaurativo com o modelo garantista. Por conta disso, em substituição às penas alternativas, sugestiona-se uma mudança da radica forma de lidar com os resultados do crime como algo exclusivamente exercido pelo poder estatal. A questão em comento não é unicamente uma problemática jurídica, e sim, um caminho para se adotar o desenvolvimento de novas ou outras acepções.

O modelo restaurativo defende uma forma que não destina-se especificamente para o abolicionismo, sequer unicamente busca soluções à punição. O que apregoa a restauratividade é um novo método encarar o delito, com participação dos legítimos interessados, no início, durante ou após a atuação da jurisdição, com a introdução de possíveis e legítimos acertos.

Levando em consideração que a Justiça Restaurativa não necessita da tutela jurisdicional para a sua execução, defendemos que a sua proposta vai se acordo com os interesses do Estado Democrático de Direito e com os Direitos Humanos, objetivando conciliar-se com justiça formal no que se fizer necessário.

3.2 Modelo Restaurativo e Direitos Humanos

Com a inauguração do modelo constitucionalista, observamos os Direitos Humanos sendo positivados e gozando de um status privilegiado dentro do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, entende-se que os Direitos Humanos são o apoio e o parâmetro do Estado Democrático de Direito.

O modelo restaurativo, como nova forma de administração dos conflitos dentro do sistema penal, procura humanizar o processo penal, a começar do envolvimento das “partes” envolvidas no crime, para que estes, detidos de direitos, consigam encontrar uma solução para a reparação dos

danos. Nesse ponto de vista, levamos em consideração que o resguardo aos Direitos Humanos, como limitador do poder normativo estatal, deve ser o apoio de todos os procedimentos que se intencione regulamentar o conflito social. Seguindo esse raciocínio, a inquietação trazida pelo garantismo, teoria que apregoa um freio à repreensão estatal está de acordo com os ideais do Estado Democrático de Direito, e que contrapõe o modelo de Estado Policial ou Penal.

Contrapondo a corrente que critica o processo adotado pela Justiça Restaurativa, a simplicidade do procedimento e o acercamento do réu e da vítima não está, de maneira nenhuma, defendendo uma fraqueza ou adulteração das garantias processuais penais. O dito, intenta dar uma falsa conclusão de que a justiça restaurativa visa acabar com a proteção dos direitos humanos, como se sua proteção material ocorresse somente mediante regulação normativa que permeia o processo penal tradicional. No mesmo sentido, ao se sugerir um modelo que possa realizar-se a esmo do contexto judicial - anteriormente ou após o processo penal, a crítica também definha, no que concerne a gerência ou eficiência, para justificar atividades restaurativas a começar da rapidez processual e da diminuição das demandas judiciais.

Esse objetivo, ainda que alcançado em virtude de processos restaurativos, não norteia o modelo de justiça restaurativa, tendo em vista que ele apregoa uma outra maneira de compreender o delito e não somente de contestar a ele. Diversas vezes, o que se responde é o contrário, tendo em vista a indispensabilidade de desenvolvimento de encontros restaurativos, a começar da introdução da vítima e da sociedade dentro do processo, transformando os processos em mais longos e demorados, não sendo um argumento eficiente que torne possível uma crítica ao modelo restaurativo.

Dentro do discutido, Scuro Neto (2005) aduz que, na América Latina, o contato com as ferramentas alternativas de resolução de conflitos e controvérsias, baseiam-se na ideia de um sistema de justiça eficiente, cuidadosamente adulterado por agências como USAID, PNUD, Work Bank e BIRD, para países em desenvolvimento. Essa ficção objetiva que a Justiça seja eficiente em juntar cada conflito na sociedade com um caso judicial - tarefa que, em realidades que possuem um crescente aumento do crime e insuficiência de recursos, conseqüentemente leva a um impasse.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos auxílios da Teoria Crítica do Direito e do Direito Penal, foi possível alargar a compreensão do fenômeno do crime, introduzindo-o em um sistema complexo, que se menciona não somente à figura do criminoso e ao crime em si, porém aos motivos determinantes para a criminalização a partir do controle social. Partindo da teoria crítica, vislumbrou-se a relevância de

refletir sobre o liame entre a proteção dos Direitos Humanos, origem do Estado Democrático de Direito, e os objetivos da Justiça Restaurativa.

Se a justiça possui como meta constante a manutenção da ideia da convivência humana, faz-se mister pensar em como tornar possível que essa humanização ocorra no interior do sistema penal, nas relações entre as partes da justiça, e como a Justiça Restaurativa, nas suas similaridades com os Direitos Humanos, viabiliza essa harmonização. A inclusão da dialética do encontro, de entrega ao outro o status de sujeito e a busca de compreensão em razão do ideal ético, traz ao processo penal uma nova forma de pensar, que se volta para o abrandamento do conflito partindo de uma partilha social da responsabilidade pelo delito.

Da mesma forma que o ideal restaurativo sugere, aqui também se almeja fazer o bom uso da palavra, procurando muito mais questões a serem suscitadas para a construção de um saber crítico. Concorde-se com a colocação feita por Souza (2008), ao sugerir que a Justiça Restaurativa talvez não seja a melhor denominação para esse entendimento, mas sim Justiça Instaurativa – instauração de um âmbito, instauração de uma janela, instauração de um encontro, instauração de um novo racionalismo em matéria penal. Para Zuge (2010, p. 118), instauração também de uma fantasia.

Diante disso, finaliza-se o presente artigo refletindo sobre a lancinante necessidade de que os estudos que tangem aos novos modelos de manuseio da justiça em matéria penal sejam alargados, possibilitando a criação de novos caminhos e novas perspectivas ao complicado fenômeno do conflito penal.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

DEDAVID, Juliana Aguiar. **Justiça Restaurativa e Direitos Humanos: por um possível diálogo em matéria penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 122. 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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