

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE ARTES E COMUNICAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS

Camila de Almeida Santos

ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA:
reflexões e interfaces sob um olhar penal

Recife
2014

CAMILA DE ALMEIDA SANTOS

ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA:
reflexões e interfaces sob um olhar penal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, da Universidade Federal de Pernambuco, para obtenção do grau de Mestra em Direitos Humanos, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Maria José de Matos Luna.

Recife
2014

Catálogo na fonte
Bibliotecária Maria Valéria Baltar de Abreu Vasconcelos, CRB4-439

- S237e Santos, Camila de Almeida
Entre a justiça restaurativa e o acesso à justiça: reflexões e interfaces sob um olhar penal / Camila de Almeida Santos. – Recife: O Autor, 2014. 124 p.: il.
- Orientador: Maria José de Matos Luna.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Artes e Comunicação. Direitos Humanos, 2014.
Inclui referências.
- Direitos humanos. 2. Justiça restaurativa. 3. Acesso à justiça. I. Luna, Maria José de Matos (Orientador). I. Título.
- 341.48 CDD (22.ed.) UFPE (CAC 2015 – 6)

CAMILA DE ALMEIDA SANTOS

**ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA:
reflexões e interfaces sob um olhar penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestra em Direitos Humanos, em 17/12/2014.

DISSERTAÇÃO APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Maria José de Matos Luna
Orientadora – LETRAS – UFPE

Prof. Dr. Marcelo Luiz Pellizzoli
FILOSOFIA – UFPE

Prof^a. Dr^a. Fernanda Fonseca Rosenblatt
DIREITO – UNICAP

**Recife – PE
2014**

Aos que, tendo fé, sobretudo, sonham.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao bom Deus - que é o próprio amor -, início e fim de todas as coisas, razão que confere sentido à caminhada da vida, bem como à Maria, mãe do céu, pelo cuidado e inarredável intercessão.

Um especial agradecimento a José Avelar e Maria Nadira, meus pais, exemplo de amor e coragem, sempre presentes não obstante os quilômetros que nos separam, pelo que, sábia e pacientemente, ensinaram-me até aqui.

Agradeço a Catarina Sanara, por traduzir, desde meu primeiro instante de vida, o significado do amor fraternal, cuidando, com generosidade, da caçula.

À pequena Helena, presente divino que nos chegou, obrigada por nos conferir a alegria gratuita - na sua ingenuidade e pureza - e o encanto em um tempo nem sempre simples de ser vivido.

Muito obrigada aos amigos, os de longas datas, os companheiros de mestrado e os *partners* da dança de salão, que alegraram os momentos de ansiedade, mostrando que a convivência e o sorriso são essenciais, ainda que em meio ao peso da responsabilidade das atribuições do mestrado.

Obrigada, ainda, aos irmãos da Comunidade Católica Shalom, pelas orações, pelas lições de fé e confiança na Providência de Deus, e por, juntos, caminharmos em busca do nosso *Shalom* (do hebraico, שלום), o próprio Cristo, a verdadeira paz.

Pela viabilização deste meu projeto pessoal, ao Ministério Público de Pernambuco, instituição à qual devo gratidão por ser espaço de florescimento não apenas profissional, mas lugar de acolhida, no qual cresço, na dimensão humana, dia a dia. Neste campo, um agradecimento particular a Ana Rúbia Torres de Carvalho, pelo esforço frente aos percalços administrativos, que quase me impediram de dar tão importante passo na vida acadêmica.

Agradeço a Maria José de Matos Luna, orientadora em uma trajetória de liberdade e autonomia, pela sua sensibilidade.

Por fim, agradeço a todos, que, a seu modo, ajudaram-me a concluir esta etapa, fazendo-me vislumbrar em mim algum potencial, uma força que não consigo sondar ao certo, a qual me impele a uma aproximação com os direitos humanos, tema que – muito felizmente – tem se feito presente, de forma clara, no fluxo da minha existência, e que desejo, afinal, profeticamente, sempre o seja.

“Un hombre que cultiva su jardín, como quería Voltaire.
El que agradece que en la tierra haya música.
El que descubre con placer una etimología.
Dos empleados que en un café del Sur juegan un silencioso
ajedrez.
El ceramista que premedita un color y una forma
El tipógrafo que compone bien esta página, que tal vez no le
agrada.
Una mujer y un hombre que leen los tercetos finales de cierto
canto.
El que acaricia a un animal dormido.
El que justifica o quiere justificar un mal que le han hecho.
El que agradece que en la tierra haya Stevenson.
El que prefiere que los otros tengan razón.
Esas personas, que se ignoran, están salvando el mundo”.

Jorge Luis Borges

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a verificação da implementação da justiça restaurativa no contexto brasileiro, especialmente na seara penal, como medida de efetivação do acesso à justiça. Isto é, a partir da compreensão de que a manutenção do foco do aparato estatal na retribuição penalizadora perpetua o revanchismo entre agredido e agressor, no lugar de assegurar a pacificação social, indaga-se se a proposta restaurativa pode representar um caminho mais apto a lograr o ideal de acesso à justiça. Para tanto, busca-se, inicialmente, conceituar o modelo restaurativo de resposta ao crime, comparando-o, na oportunidade, com o paradigma retributivo. Operadas as distinções e erigidas as características principais da proposta restaurativa, pretende-se investigar de que maneira este modelo ganha aplicação prática no contexto brasileiro, especialmente na seara penal, bem como o modo pelo qual ele se encontra sob influência da noção de acesso à justiça, isto é, tenciona-se aferir o grau de compatibilidade entre o modelo restaurativo e o referido ideal de caráter constitucional. Considerando-se, assim, que, enquanto baliza mestra da teoria processual brasileira, a meta do acesso à justiça preconiza a produção de resultados juridicamente justos, pretende-se observar sua aplicabilidade no bojo do discurso principiológico do modelo restaurativo de gestão de conflitos, compreendido este como método de implementação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Acesso à Justiça. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present work aims at the verification of the implementation of restorative justice in the Brazilian context, especially in criminal harvest, as a measure of effective access to justice. That is, from the understanding that maintaining the focus of the state apparatus in punitive retribution perpetuates revanchism between aggressor and aggressed in place to ensure social peace, asks whether restorative proposal may represent a more effective way to achieve the ideal of access to justice. To this end, we seek to initially conceptualize restorative response to crime model by comparing it chanced, with the retributive paradigm. Distinctions erected and operated the main features of restorative proposal, we intend to investigate how this model gains practical application in the Brazilian context, especially in criminal harvest as well as the way it was under the influence of the concept of access to justice, namely, it intends to assess the degree of compatibility between the model and the ideal restorative referred constitutional character. Considering, therefore, that while the Brazilian master beacon procedural theory, the goal of access to justice suggests the production of legally fair results, we intend to observe its applicability in the midst of principiológico speech restorative model of conflict management, understood this as a method of implementation of human rights.

Keywords: Restorative Justice. Access to Justice. Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O MODELO RETRIBUTIVO NO FLUXO DA HISTÓRIA: O PROJETO GESTADO PELA MODERNIDADE	16
2.1 De como se forjou o paradigma retributivo atual.....	17
2.2 As bases filosóficas do retribucionismo penal desde Kant a Hegel.....	25
2.3 As funções da pena sob o olhar da teoria agnóstica.....	30
2.4 A violência na tessitura do modelo retributivo.....	39
3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO OLHAR, UM NOVO NORTE	46
3.1 O modelo restaurativo e seu pano de fundo.....	47
3.2 Pensando a justiça restaurativa e possíveis aportes teóricos.....	55
3.3 A cultura de paz e suas interpenetrações na proposta restaurativa.....	64
4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS NA SEARA PENAL BRASILEIRA	69
4.1 Práticas restaurativas institucionalizadas no âmbito do judiciário nacional.....	70
4.2 A justiça restaurativa para além das instituições jurídicas formais	75
5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA	79
5.1 Observações sobre a ideia de justiça.....	80
5.2 Ondas do acesso à justiça: vagas no contínuo ir e vir dos direitos humanos.....	83
5.3 Acesso à justiça: reflexões sobre um conceito.....	88
5.4 Uma tentativa de interseção entre o acesso à justiça e o paradigma restaurativo.....	93
5.5 Justiça restaurativa e o acesso a uma justiça restaurada: reflexões a partir do fenômeno do neoconstitucionalismo.....	101
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

Não raro, verificam-se, seja em discursos próprios do senso comum, seja em investigações de cunho científico, críticas ao modelo atual, amplamente disseminado, de resposta ao crime. Há insatisfação quanto aos resultados obtidos, sobretudo ante os crescentes índices de criminalidade.

Diante disso, surgem, no meio social, abalizados por discursos midiáticos de natureza sensacionalista, partidários do recrudescimento das punições, sendo bastante comuns os argumentos, por exemplo, da redução da maioria penal ou a aplicação da pena de morte como mecanismos de contenção do crime.

Nesse mesmo contexto, disseminam-se falas que apregoam a rejeição aos direitos humanos, associando-os à “proteção de bandidos”, a um só tempo que se erguem vozes em defesa da vingança privada e da “justiça com as próprias mãos”, uma vez que o Estado teria se mostrado incapaz de responder satisfatoriamente à sua missão de controle da criminalidade, restando, assim, aos cidadãos assumir o papel de concretização de uma espécie de “justiça” paralela.

Recentemente, inclusive, noticiaram-se inúmeros casos pelo Brasil de ações de justiçaamento, compreendido como a aplicação de penas ou punições a alguém, inobservando-se o devido processo legal.

Trata-se, em muitas situações, da tentativa de linchamento de suspeitos de haverem cometido crimes, aos quais se infligem punições corporais à revelia de qualquer procedimento formal de justiça. Uma das notícias mais expressivas a esse respeito se refere a um adolescente suspeito de roubo, que, agredido a pauladas, foi preso a um poste, despido, pelos chamados “justiceiros”, na cidade do Rio de Janeiro, no início do mês de fevereiro de 2014 (COISSI; GALLO, 2014).

Interessante, aliás, salientar que o acontecimento foi narrado em jornal do Sistema Brasileiro de Televisão – SBT, ocasião em que a jornalista âncora, ao externar sua opinião, afirmou compreender a conduta dos “justiceiros”, caracterizando-a como “legítima defesa coletiva”, em notável apologia à propagação da vingança privada como resposta ao crime, já antes mencionada. Contundentes, suas palavras expressam a intolerância de quem justifica a barbárie na retribuição da infração:

O Estado é omissivo, a polícia, desmoralizada, a justiça é falha. O que é que resta ao cidadão de bem que, ainda por cima, foi desarmado? Se [sic] defender, é claro. O contra-ataque aos bandidos é o que eu chamo de legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado, contra um estado de violência sem limite. E aos defensores dos direitos humanos, que se apiedaram do marginalzinho preso ao poste, eu lanço uma campanha: “Faça um favor ao Brasil, adote um bandido” (SBT, 2014).

O discurso de banalização do mal¹, assumido em rede nacional de televisão, faz pensar não apenas nos necessários limites à liberdade de expressão do profissional do jornalismo televisivo frente aos valores da igualdade e da tolerância apregoados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mais que isso, no que diz respeito ao tema do presente estudo, o discurso desperta a atenção para a existência de um arraigado retribucionismo nos esquemas de gestão de conflitos tradicionais, sejam os formalmente constituídos, sejam os populares e informalmente engendrados.

Do bojo da fala da jornalista constata-se uma confirmação de um pensamento maniqueísta e revanchista que se instaura no imaginário social, pensamento este que distingue os indivíduos entre bons e maus, cabendo aos primeiros a defesa, por si próprios, da ordem, enquanto aos últimos resta apenas suportar as punições das quais sejam merecedores, segundo o julgamento do primeiro grupo.

Tal esquema de raciocínio maniqueísta ignora, no entanto, o fato de que a violência é intrínseca à história e funcionamento sociais – posto que inexitem homens e mulheres essencialmente bons ou intrinsecamente maus –, consistindo na mais eficaz administração da violência, que é inevitável, o grande esforço dos mecanismos de gestão de conflitos.

Não se justifica, portanto, a construção endêmica do discurso da violência trivializada, a qual normaliza atos bárbaros de imposição da dor com base em uma finalidade compensatória, pretendendo conferir legitimidade à ação de cidadãos que se apropriam, ilegalmente, do poder de punir estatal, usurpando-o e aplicando-o à revelia do devido processo legal.

Nesse contexto social, vislumbra-se o descrédito das instituições responsáveis pela aplicação das leis e pela gestão dos mecanismos destinados à contenção do crime, quando é

¹ Entenda-se por banalidade do mal a ideia extraída do pensamento de Hannah Arendt, a qual identifica a possibilidade de atos bárbaros e ofensas extremas aos direitos humanos serem cometidas de forma corriqueira e trivializada, como se tratassem de fatos comuns. Isso seria possível a partir da superficialidade dos agentes que praticam o mal – os quais não dimensionam o efetivo impacto de suas ações, considerando-as moralmente nobres –, aliada à superfluidade da vida humana – isto é, a violação à vida e dignidade humanas não mereceria valorização negativa, vez que seus titulares seriam considerados inferiores, sendo seus interesses menos passíveis de proteção (ARENDDT, 1999).

quebrado, ilegitimamente, o monopólio do poder de utilização da violência por parte do Estado, exurgindo a necessidade de uma resposta diferente ao fenômeno da criminalidade.

Isto porque nota-se a incapacidade do modelo tradicional de justiça criminal de responder aos anseios sociais e de cumprir a finalidade a que se propõe, qual seja, a de garantir a pacificação social. Na realidade, tal paradigma de gestão de conflitos, assim com a onda de vingança privada já referida, terminam por retorquir as práticas das violências consideradas ilegítimas (crimes) da mesma forma: pela réplica da violência, desta feita, social e moralmente admitida.

Tampouco se configura como solução viável a livre prática do justicamento, tal qual ocorria, nos idos do século XVI, no momento anterior ao próprio advento do Estado enquanto sujeito e ambiente – mediante suas instituições – de efetivação da resposta ao crime. Afinal, ninguém ousa sugerir a vingança privada como mecanismo seguro de pacificação social, porquanto tal instrumento tende ao descontrole da imprevisibilidade, insegurança jurídica e desproporção entre a infração cometida e a pena imposta.

Na realidade, porém, inexistente entre o justicamento e a punição estatal de caráter eminentemente retributivo uma diferença ontológica, mas apenas se distinguem em virtude da procedimentalização da punição (leis, previamente estipuladas, regulam a responsabilização do criminoso), assim como em razão dos titulares do exercício da violência, quais sejam, os próprios cidadãos, no primeiro caso, ou o Estado na segunda hipótese.

De fato, a monopolização da violência pelos poderes instituídos, que ritualiza a coerção, não garante que será ela gerida da melhor forma, da mesma maneira que a apropriação popular do retribucionismo através das práticas de justicamento não assegura a efetividade do sistema de resposta ao crime.

A justiça restaurativa, perante o contexto apresentado, configura-se como uma proposta calcada em fundamentos diversos do modelo tradicional de resposta ao crime. Inicialmente porque compreende a violência como uma realidade que não se extirpa do seio social – muito menos mediante a simples punição compensatória -, mas que merece ser gerida, administrada.

Antes, porém, cumpre justificar o recorte feito no presente estudo, cujo objeto de pesquisa se restringe à aplicação do modelo restaurativo ante fatos sociais categorizados como crimes. Não se pode olvidar que a proposta restaurativa, enquanto modelo de gestão de

conflitos, é aplicável tanto a fatos de ordem civil quanto de caráter penal, uma vez que, entre estes, inexistem diferenças essenciais, posto que configuram, em qualquer caso, situações conflituosas. A distinção, em verdade, consiste em simples convenção, na medida em que a ciência jurídica confere tratamento e consequências diversas, enquadrando determinados fatos sociais em uma ou outra categoria.

Na realidade, observa-se que muito comumente a tradição jurídica atrela o direito civil à esfera privada - conferindo-lhe negociabilidade -, estando ele apartado do direito penal, o qual, pertencendo à esfera pública, refoge ao âmbito de interesse das partes, as quais são completamente excluídas da gestão do conflito.

Embora com consciência de que a dicotomia direito civil x direito penal é, em si, ilusória, inexistindo condutas que, intrinsecamente, relacionem-se com cada um desses ramos do direito – para não se falar em outras searas tais como o direito administrativo -, a presente pesquisa transplanta, para seu interior, a mencionada distinção. Fá-lo, porém, com a convicção de que se trata de mera convenção, a qual, não obstante isso, tem sua relevância, na medida que amplamente aceita e disseminada.

Dito isso, feitas tais considerações breves de ordem metodológica, vale referir que, uma vez fincada em pressupostos outros, a justiça restaurativa representa uma verdadeira quebra de paradigmas. Porquanto se trata de modelo inovador de gestão de conflitos, de relevo se mostra a análise de seus fundamentos e promessas, de maneira a se verificar sua potencialidade para a implementação do acesso à justiça, que, em último caso, em se tratando da seara penal, significa a apresentação de resultados justos e efetivos, isto é, com capacidade de cumprir a finalidade pretendida pela responsabilização criminal.

Não se deve olvidar que o mencionado ideal de acesso à justiça merece ser compreendido como garantidor da efetividade do processo, com a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, garantida a utilidade das decisões (CINTRA et al., 1998, p. 33), missão esta que, como visto, não tem sido cumprida pelo paradigma tradicional de gestão de conflitos.

Questiona-se, de pronto, se o clamor social de que “a *justiça* deve ser feita” - o qual, como dito antes, inspira, por exemplo, as práticas de justificação e um projeto encarcerador progressivamente mais rígido – ao embasar o revanchismo e desejo coletivo de punição, traz, em seu bojo, uma carga de sentido para a palavra *justiça* diverso da atribuída pela garantia

constitucional de acesso à justiça. Mais além disso, exsurge uma outra interrogação, pertinente aos sentidos que se atribuem também à justiça na proposta restaurativa.

Precisamente por esta razão ganha sentido o intento da presente pesquisa de estudar o modelo restaurativo de resposta ao crime. Pretende-se reconhecer sua possível compatibilidade com o ideal de acesso à justiça, nos termos já expostos, tão caro à ordem constitucional brasileira, que inspira, sobretudo em consequência do fenômeno da jurisdição constitucional, todos procedimentos judiciais. Diante disso, o mais relevante questionamento parece ser se há, afinal, sentidos em comum, no contexto da garantia constitucional e na proposta restaurativa, para a ideia de justiça.

Efetivamente, embora com fundamento expresso na Constituição Federal de 1988, o ideal de acesso à justiça se espalha em todo o ordenamento jurídico, na medida em que, com o advento da jurisdição constitucional, é na Carta Magna que devem ser referenciados todos os ramos do direito, posto que impende assegurar a “garantia jurisdicional da Constituição” (KELSEN, 2007, p. 123), de maneira que o julgador deve sempre verificar a conformação das leis ao texto constitucional.

Dessa maneira, o *status* constitucional conferido à meta de acesso à justiça garante-lhe impositividade e, portanto, especial relevância no exercício da função jurisdicional e demais espécies de práticas de gestão de conflitos. Disto deriva a importância da presente discussão.

Com o fito de articular a proposta deste estudo, encontra-se este dividido em quatro capítulos. Inicialmente, investiga-se o modelo retributivo de gestão de conflitos e sua construção histórica, sem olvidar de analisar suas bases filosóficas, utilizando-se, nesse sentido, o pensamento de Kant e Hegel, para, em seguida, promover uma crítica do discurso das funções da pena, forjadas no bojo deste modelo. Toda essa discussão é atravessada pela tessitura de um conceito de violência, que, conforme se entende, permeia a estrutura e funcionamento do paradigma retributivo.

No segundo capítulo, ao se concentrarem os estudos efetivamente na noção de justiça restaurativa, busca-se aportes teóricos que confirmam solidez ao conceito, a fim de melhor compreender a constituição e as pretensões do referido paradigma de justiça.

Já no conteúdo do terceiro capítulo, vislumbram-se as práticas restaurativas empreendidas na seara penal brasileira, estando aí abrangidas aquelas institucionalizadas no

âmbito do poder judiciário, bem como as que se situam extramuros, constituindo espaços extrajudiciais de gestão de conflitos.

Por fim, o último capítulo intenta compreender outra categoria básica do estudo, qual seja, o acesso à justiça. Nesse sentido, o quarto capítulo traça algumas considerações sobre o conceito de justiça, ao mesmo tempo em que aborda as denominadas ondas do acesso à justiça, que constituem uma construção histórica, com o objetivo de se solidificar, a partir delas, um conceito coeso de acesso à justiça. Ademais, pretende, ainda, aproximar o ideal de acesso à justiça e o modelo restaurativo de administração de conflitos. Assim, procura-se demonstrar uma possível intersecção entre ambas as categorias ao se utilizar, em tal tarefa, considerações relativas ao fenômeno do neoconstitucionalismo como liame.

Este trabalho, vale dizer, desenvolve-se a partir de um instrumento de pesquisa de cunho interno, que faz uso de técnica de pesquisa bibliográfica e documental, explorando-se quatro categorias analíticas específicas: violência, modelo retributivo, justiça restaurativa e acesso à justiça, correspondendo as três últimas a capítulos próprios do presente estudo, ao passo que a primeira encontra-se difusa, especialmente no primeiro e segundo capítulos.

De maneira tal, com base em uma concepção exploratória, o intento do trabalho consiste no aprofundamento das referidas categorias analíticas no sentido de se lograrem reflexões consistentes acerca dos conceitos preliminares, articulando-os por intermédio da técnica da análise de conteúdo dos dados obtidos a partir do arcabouço teórico apresentado.

2 O MODELO RETRIBUTIVO NO FLUXO DA HISTÓRIA: O PROJETO GESTADO PELA MODERNIDADE

“Bichano de Cheshire”, começou, muito tímida, pois não estava nada certa de que esse nome iria agradá-lo; mas ele só abriu um pouco mais o sorriso. “Bom, até agora ele está satisfeito”, pensou e continuou: “Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?”

“Depende bastante de para onde quer ir”, respondeu o Gato.

“Não me importa muito para onde”, disse Alice.

“Então não importa que caminho tome”, disse o Gato.

“Contanto que eu chegue a algum lugar”, Alice acrescentou à guisa de explicação.

“Oh, isso certamente você vai conseguir”, afirmou o Gato, “desde que ande o bastante.”

(Lewis Carroll)

Antes mesmo de se adentrar no tema em foco, mais propriamente na noção de justiça restaurativa, mostra-se necessário tecer algumas considerações sobre o modelo retributivo, instrumento de controle social que representa um contraponto daquela. Faz-se imprescindível perceber a maneira como tal modelo se estruturou no curso da história ocidental, conferindo-se especial enfoque ao seu fundamento filosófico, sobretudo nas respostas de natureza compensatória fornecidas por Kant, bem como por Hegel, ao fenômeno do crime.

O esforço é válido na medida em que, para compreender o expressivo “rasgo” teórico proporcionado pelo modelo restaurativo, em seu perfil inovador, preciso é entender primeiro o modelo tradicionalmente aplicado, o qual ainda goza de hegemonia nas instâncias judiciais brasileiras. Apenas a partir da confrontação de ambos se torna mais clara a pretensão do paradigma restaurativo.

Nessa empreitada, busca-se como marco histórico inicial o advento do Estado Moderno, porquanto esse momento, como se verá, coincide, em grande medida, com a monopolização do poder de punir por esse mesmo Estado que, então, nascia.

Dessa maneira, sem olvidar os aparelhos não institucionais de administração de conflitos que antecedem tal período, os quais, em muitos casos, também apresentavam respostas de natureza retributiva ao fenômeno do crime, este parece ser um aceitável recorte

temporal para a análise ora empreendida.

De se notar, ademais, que os discursos mais expressivos de cunho científico ou político-ideológico que representavam uma crítica ao caráter compensatório da punição, dos quais a justiça restaurativa representa uma herança, são posteriores à solidificação do Estado Moderno. Apenas após esse momento surgem as primeiras críticas claras à punição pela punição. Isto é, a partir de então, levantam-se vozes contrárias à imposição de uma pena como, preponderantemente, negação do crime ou, quiçá, nos discursos hodiernos dos homens e mulheres comuns, como negação do próprio criminoso.

Releva destacar, ainda, que o recorte histórico operado no presente capítulo encontra justificativa no fato de o modelo restaurativo se caracterizar, não raras vezes, como um mecanismo de gestão de conflitos que ultrapassa o ambiente institucionalizado de justiça, de maneira que compreender o processo de solidificação do aparato estatal e de seu poder de punir muito pode aclarar as reflexões que este trabalho tensiona desenvolver.

Se a justiça restaurativa, nos seus moldes atuais, surge de um questionamento do funcionamento e pressupostos lógicos de uma outra proposta que vinha apresentando uma série de incongruências e disfuncionalidades, o papel deste capítulo consiste, precisamente, em criar o ambiente necessário para um estudo mais sólido do modelo restaurativo, o qual, este sim, integra, de forma direta, o problema de pesquisa que se pretende responder. Construído o pano de fundo que subsidia o referido problema, considerações mais maduras podem, a partir de agora, ser empreendidas.

2.1 De como se forjou o paradigma retributivo atual

Na vida em sociedade, torna-se inevitável a existência de interesses conflitantes entre os indivíduos que a integram, de maneira que, a fim de se evitar o perecimento de todo o grupo humano, ante a instalação de um verdadeiro caos de pretensões colisivas, busca-se formas de contenção do conflitos e compatibilização de interesses. Assim, na maior medida possível, pretende-se sejam geridos os choques de pretensões.

Limitar e organizar os interesses em embate constitui a utilização de mecanismos de controle social, os quais significam instrumentos regulatórios das condutas humanas com o fito de compatibilizá-las. O direito - e especificamente o penal - configura apenas um desses referidos instrumentos delimitadores da conduta do indivíduo, ao lado de outros, difusos ou institucionalizados, como a família, a educação, os meios de comunicação, *inter alia*, que, de

maneira mais ou menos explícita, restringem a atuação em sociedade.

A gestão desses mecanismos de controle não costuma ser difusamente distribuída, mas encontra-se concentrada em polos de poder, mais ou menos acessíveis à coletividade, isto é, participativos em menor ou maior grau.

Nesse sentido, ao se falar em controle social em um determinado contexto, não se deve mencionar apenas o sistema penal, mas é imprescindível analisar a estrutura familiar - se autoritária ou não -, a educação, a medicina e muitos outros aspectos que tecem o complexo tecido social, pois, apenas assim, é possível aferir o grau em que se encontra uma certa estrutura social, se caracterizada como democrática ou autoritária (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 63).

Também o sistema penal encontra-se inserido neste contexto, podendo, no exercício de sua função de controle social, ser executado de múltiplas formas. Nesse sentido, aduz Garland (1995, p. 252) que as práticas penais estabelecem uma armação cultural estruturante, na medida em que suas declarações servem como uma grade interpretativa, mediante a qual as pessoas avaliam a conduta e efetuam julgamentos morais acerca de suas próprias experiências, de maneira que a punição atua como um mecanismo social regulador em dois distintos aspectos, quais sejam, a regulação da conduta, diretamente, por meio da ação social física, bem como a regulação de significados, pensamentos e atitudes. Isto quer significar, portanto, que há, na prática do controle social, inegável carga simbólica.

A resposta punitiva, enquanto mecanismo de controle social que traduz inafastável conteúdo simbólico, constitui uma forma, dentre as muitas possíveis de lidar com conflitos considerados de ordem penal, que historicamente se cristalizou, de forma hegemônica, em prejuízo de outros modelos de cunho reparatório ou conciliatório.

Em tal linha de raciocínio, Hulsman e Celis (1993, p. 100) apontam, a partir de um exemplo ilustrativo, quatro possibilidades para a gestão de conflitos, sendo elas de cunho punitivo, compensatório, terapêutico e conciliador:

Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: “O que se tem a fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague”. O estudante número 4, traumatizado, com o que acabou de presenciar, grita: “Ele está evidentemente doente, é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...”. O último,

enfim, sussurra: “A gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... Vamos juntos fazer um exame de consciência”.

A partir do trecho supracitado, nota-se, mais uma vez, que a resposta punitiva não configura o único resultado possível de uma pretensa gestão do conflito, mas apenas uma maneira possível de com este lidar. Contudo, é fato que essa resposta punitiva se solidificou, no decorrer da história, em grande parte das estruturas estatais de administração de conflitos no mundo. Insta observar de que modo tal cristalização se configurou.

A consagração do modelo retributivo de resposta ao crime verificada a partir da consolidação do Estado Moderno, surgido com a superação do Estado Medieval, é datada do século XVI, em países como a França, Espanha e Inglaterra, por ocasião do surgimento do absolutismo. Nesse momento, o Estado se apropria, igualmente, da resolução de conflitos em sociedade. Assim, substitui-se a vingança perpetrada à margem das instituições estatais, seja de forma privada ou pública, pela solução institucionalizada, que apenas ao Estado competiria.

Não que em ocasiões anteriores não se contasse com respostas eminentemente compensatórias ao fenômeno do crime. Ocorre, no entanto, que, conforme já afirmado, trata-se de um recorte temporal neste trabalho empreendido, o qual leva em conta o momento em que surgem os discursos mais expressivos que rechaçavam o caráter compensatório da punição. Bem assim, leva em conta, ainda, a característica do modelo restaurativo consistente na sua vocação a ultrapassar o ambiente institucionalizado de justiça, razão pela qual analisar o processo de solidificação do aparato estatal e do monopólio do poder de punir que este ostenta torna-se de relevância ímpar no desenvolvimento da presente pesquisa.

No período em referência, isto é, com a derrocada da organização social medieval, pode-se dizer que se verificou a falência dos agentes tradicionais de poder de vigilância. O controle disciplinar não podia, portanto, ser exercido da forma trivial, como no passado. Ele agora se tornara visível, um problema a ser cuidado, algo a ser projetado, organizado, gerenciado e acompanhado de modo consciente. Para tanto, fazia-se necessário um agente novo, mais poderoso, para desempenhar a tarefa e esse novo agente era o próprio Estado (BAUMAN, 2010, p. 67).

Nessa linha, sagra-se a ideia de legitimação da violência, pois esta se torna abrangida pelo monopólio estatal, momento a partir do qual se entende que somente ao Estado cabe o

exercício dela, já que apenas este se utilizaria da violência com o fito de promover a pacificação social.

Em tal empreitada, o Estado empenhou-se na punição daqueles quem em práticas criminalizáveis incorressem. Nesse período inicial, no entanto, o representante do judiciário gozava de poder ilimitado, motivo pelo qual a justiça penal representava, não raro, um ambiente de instabilidade e insegurança, na medida em que todo o processo criminal, até a sentença, mantinha-se em segredo, isto é, opaco para o público e para o próprio acusado., de maneira que o saber constituía privilégio absoluto da acusação (FOUCAULT, 1999, p. 32). Tal quadro consolidava, portanto, uma realidade jurídica de terror institucionalizado, com o emprego de procedimento inquisitório, que fazia uso, de forma ampla, da tortura e das penas corporais.

Especialmente a partir dos séculos XVIII e XIX, pela influência do pensamento iluminista, observa-se que as penas corporais e de morte foram progressivamente substituídas por penas privativas de liberdade, na mesma medida em que crescia a autonomia dos indivíduos e o clamor pelo respeito à integridade corporal, com a conseqüente busca pela abolição da tortura como forma legalmente autorizada para se obter confissões de culpa ou nomes de cúmplices.

A disseminação do repúdio aos castigos corporais representa o legado do Iluminismo e do Liberalismo, ao erigirem a razão como propulsora da História e a liberdade como privilégio do homem moderno, das quais derivaria a possibilidade dos indivíduos de se transformarem por meio do conhecimento e da própria vontade autônoma (MAIA et al., 2009, p. 16).

Na realidade, trata-se de um processo deveras amplo, que perpassou várias searas da vida humana em sociedade, atingindo campos tais como o da arte. Vê-se, por exemplo, que a literatura e pintura passaram a por em foco a figura humana, esta última através da disseminação dos retratos, em detrimento das paisagens e temas religiosos, ao passo que a literatura o fez mediante a popularização dos romances, que geravam empatia e identificação com a figura do herói, fazendo com que surgisse a ideia de que as pessoas são fundamentalmente semelhantes em razão dos seus sentimentos mais íntimos (HUNT, 2007).

De forma similar, no campo da arquitetura, as residências, que antes apresentavam cômodos compartilhados entre os familiares, utilizados para múltiplas finalidades, passaram

por um processo de especialização (HUNT, 2007), o qual apontava para uma replicação, para o mundo doméstico, da divisão entre público e privado, que representava a valorização da individualidade e privacidade. Na mesma linha, passou-se a preconizar pelo conforto também como forma de exaltação da figura humana, que ocupava a centralidade das preocupações à época.

Desse modo, o *design* de móveis se tornou confortável, as cadeiras eram mais baixas, a fim de acomodar posturas mais informais e reclinadas, condizendo com um período de busca do prazer e do divertimento, ao mesmo tempo em que os pais passaram a possuir aposentos distintos dos ocupados pelos filhos. Bem assim, as visitas não mais adentravam os quartos, mas socializavam no salão, ao passo que os homens ganharam escritórios e as mulheres utilizavam os *boudoirs* - misto de quarto de vestir e sala de estar - onde os mais íntimos eram recebidos, sendo de se destacar que os cômodos não eram mais organizados de forma enfileirada, mas de maneira que não fosse preciso passar por um cômodo para alcançar outro (SCHETTINO, 2012, p. 48).

Tal configuração dos fatos apontava para uma valorização da figura humana ainda não experimentada antes. De fato, encontrava-se em ascensão o respeito à dignidade e individualidade, crescendo, assim, a noção de empatia, que permitia a identificação, reconhecendo-se que todos seriam igualmente humanos e, portanto, destinatários dos mesmos direitos.

A capacidade de se compadecer com a dor do outro motivava a difusão de garantias ao corpo humano, mesmo aquele passível de punição, pela aplicação das regras penais então vigentes. Afinal, já não cabia qualquer pena, aplicável de qualquer modo, mas a pena legalmente prevista, imputada a partir dos métodos legais já estabelecidos de responsabilização. Era, por ser o sujeito capaz de um movimento emotivo dirigido ao outro, à situação particular de sofrimento de um ser tão humano quanto o próprio sujeito, que surgiam as reivindicações por métodos de responsabilização penal que levassem em consideração a dignidade e respeito à condição humana dos penalizados.

A inspiração da igualdade e empatia motivou um dos mais expressivos autores do período a repudiar a violência indiscriminada na punição estatal (BECCARIA, 1996, p. 71):

Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. Digo mais justa, porque poupa ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento

da própria franqueza; mais justa, porque a privação da liberdade, sendo uma pena, só ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exija.

Na busca por uma pena proporcional ao delito e que gozasse de previsibilidade, a concentração do poder de punir nas mãos do Estado representava uma garantia de que procedimentos legitimamente estipulados – estatuídos por representantes do povo - seriam utilizados para fins de responsabilização criminal, resguardados, portanto, os apenados das arbitrariedades e imprevisibilidade próprias da vingança exercida externamente às instituições. Da mesma forma, portanto, que se cuidava de um esforço originado da atitude empática, de proteção ao direito do semelhante, representava, igualmente, uma garantia própria em face de eventuais abusos cometidos por terceiros.

Assim, buscava-se assegurar que o Estado, parte do contrato social a quem incumbia resguardar os interesses da coletividade, e apenas ele, promoveria a responsabilização dos agentes criminosos, segundo as leis pertinentes, retirando, em grande medida, da dimensão privada, a administração dos conflitos. Assim era uma vez que o contratualismo indicava que os cidadãos cediam uma parcela de sua liberdade ao Estado, o qual, por representar não a vontade individual, mas a geral, estaria encarregado da proteção da coletividade.

Decorrência imediata da visão contratualista consiste na consagração do princípio da legalidade, segundo o qual o crime não prescinde de prévia disposição legal, configurando critério limitador do poder de punir estatal, porquanto estaria o juiz vinculado à normatização legal, sendo-lhe defesa a imposição de penas ou punição de condutas para além das legalmente estatuídas.

Na mesma linha de contenção dos mecanismos de punição própria da existência de um contrato social, observa-se que, progressivamente, a pena perdia a carga eminentemente moral, oriunda mesmo da noção de pecado e expiação pela dor, para ganhar objetividade e previsibilidade proporcionadas pela lei. O processo de laicização do Estado foi o responsável por proporcionar que as penas fossem gradualmente desatreladas da ideia de sacrifício e remissão dos pecados.

Na medida em que religião e Estado não mais se confundiam, distinguiam-se, igualmente, o crime e o pecado, superando-se o viés eminentemente moral que o fenômeno do crime assumia. Com isso, buscava-se, como já antes afirmado, conferir previsibilidade à punição, em contraposição às interpretações e valorações de ordem moral e religiosa dos atos.

Note-se, ademais, que o projeto da modernidade, o qual é integrado pela centralização

do poder nas mãos do Estado, contrapõe-se a todo o conteúdo próprio do modo de vida tradicional, sendo, portanto, rejeitada a tradição da moral cristã, que contaminava, inclusive, o conceito de crime e os seus mecanismos de contenção.

Nesse sentido, observa-se que o problema que se põe à cultura ocidental com o advento da modernidade consiste no fato de que uma ruptura radical se fazia imperiosa, posto que a modernidade não queria tomar, dos modelos de outra época, os seus critérios de orientação. Assim, na medida em que procura extrair de si mesma a sua normatividade, isto é, ao pretender ela própria estipular seus parâmetros, também põe fim a certa promiscuidade entre religião e organização social (HABERMAS, 2002, p. 29): “Por um lado, essa esfera do saber se isolara totalmente da esfera da fé e, por outro, das relações sociais juridicamente organizadas assim como do convívio cotidiano”.

Tratava-se de um rompimento seja com o modelo de pensamento outrora vigorante, seja com as suas irradiações, dentre as quais se pode incluir a forma de organização política vigente até então e, no bojo desta, o caráter difuso do *jus puniendi*, que não possuía, como titular específico, o Estado.

Ainda assim, grande contribuição a Igreja ofereceu à consolidação do direito penal retributivo, ao visualizar o cárcere como ferramenta de natureza espiritual para consumação do castigo. Pelo sofrimento e dor, seria purgado o pecado, na medida em que a privação da liberdade assumiu características de penitência quando a doutrina da Igreja, nos últimos tempos do século XVI, registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária (DOTTI, 1998, p. 36).

Desse modo, a Igreja indicou a privação da liberdade como pena, de maneira que o criminoso condenado seria destinado a uma cela para expiação da falta cometida, ocasião em que deveria se dedicar à meditação, reflexão e estudos. Tal esquema punitivo findou por influenciar o legislador laico, de sorte que ganharam relevo as penas privativas de liberdade como medida principal de responsabilização criminal, as quais se converteram no eixo central dos modernos sistemas repressivos. Nesse sentido, é inegável herança da origem do sistema de encarceramento o fato de que as instituições de prisão conservam o nome de “penitenciárias”, assim como também suas celas reproduzem as celas monásticas que os mosteiros destinavam às penitências (GONZAGA, 1993, p. 37-38).

Como se vê, o sistema de encarceramento representava, de qualquer sorte, um esforço

pelo abandono de uma violência física real, materializada em castigos corporais, em nome do respeito à individualidade e dignidade humanas. Não obstante o aprisionamento recaísse sobre os corpos dos apenados, não mais se reconheciam os suplícios e torturas. Tais punições de natureza cruel e degradante findariam substituídas, prioritariamente, por penas privativas de liberdade, que, até então, caracterizavam-se por consistirem em medidas prévias, assecuratórias da implementação dos castigos físicos, estes sim considerados verdadeira punição.

Nesse contexto, com base no discurso da pena como mecanismo essencialmente pedagógico, progressivamente deu-se azo à valorização de métodos de responsabilização menos físicos, posto que não mais se justificaria a imposição da dor como finalidade precípua da pena. Qualquer punição deveria ser referencial, isto é, deveria dizer respeito a uma missão efetivamente educativa do condenado. Instituiu-se, assim, um critério limitador da violência impingida pelo Estado sobre o criminoso.

A esse respeito, pode-se dizer que a punição se transformou em um ato administrativo ou em um procedimento, de maneira que “a justiça arvora outro rosto e não assume mais, publicamente, a parte da violência que está ligada ao seu exercício” (BRITES, 2007, p. 168). Mostrava-se necessário, então, justificar a punição com base em uma alegada tarefa educativa, que não expurgava, porém, por completo, o argumento retributivo.

Desse modo, matar ou ferir já não é mais a exaltação do Estado e prova da sua força. Isto porque não se admite toda e qualquer forma de punição, mas a legalmente prevista e proporcionalmente adequada à infração cometida, com a finalidade de retribuir o mal perpetrado e, ao mesmo tempo, evitar a ocorrência de novos crimes, através da intimidação do próprio infrator (prevenção especial) e de eventuais criminosos, que, observando a punição de outrem, temeriam cometer delitos e sofrerem possíveis responsabilizações (prevenção geral).

Cuida-se da teoria unificadora, que, sendo a atualmente mais difundida, busca conciliar os propósitos de retribuição, prevenção geral e especial da pena. Na realidade, a missão retributiva da pena fundamenta-se na visão do crime como uma violação ao próprio Estado, posto que este é considerado o detentor do denominado *jus puniendi*, isto é, do monopólio do poder de punir, de maneira que, nesta condição, deve impor um mecanismo de compensação ou expiação da culpabilidade do infrator.

Em tal contexto, cumpre ao Estado a resposta ao crime, isto é, a retribuição, que

“significa que a pena deve ser proporcional ao injusto praticado por agente culpável segundo o princípio da justiça distributiva” (GOMES, 2007, p. 661), de maneira que a cada um que infrinja dispositivo penal deve ser conferida a punição que lhe compete na medida da necessidade e proporcionalidade.

A fim de melhor compreender tal missão compensatória da pena, engendrada no bojo do discurso retributivo, necessário se faz analisar o conteúdo filosófico deste, como forma de perscrutar os argumentos que sustentam o referido modelo de gestão de conflitos, o que será efetuado no tópico seguinte.

2.2 As bases filosóficas do retribucionismo penal desde Kant a Hegel

Conferir a cada um que infrinja algum dispositivo penal a punição pertinente, de acordo com a necessidade e proporcionalidade, próprias de cada caso em específico, configura-se como um fim da pena que possui inspiração kantiana, sobretudo no que Kant denomina “imperativo categórico”, afinal, o dever de punir o crime configuraria uma espécie deste imperativo.

Referido conceito quer significar um mandamento considerado universal, isto é, um imperativo de caráter absoluto, passível de ser observado por toda e qualquer pessoa, enquanto conduta moralmente adequada e, portanto, irrepreensível. Nesse sentido, inexistiriam condições limitadoras do mencionado imperativo. Assim, uma vez fundado na razão pura, o imperativo categórico seria posto *a priori*, a partir de um exercício essencialmente racional, dispensado, assim, qualquer esforço de natureza empírica.

A respeito do imperativo categórico no pensamento kantiano, preclaro é o excerto seguinte (KANT, 2007, p. 59): “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.

Insta aludir, de pronto, que se considera como máxima uma regra subjetiva de conduta, ou seja, uma prescrição que orienta o agir humano, segundo um exercício racional do sujeito, o qual adota certas condutas de acordo com o perfil ideal de comportamento que deseja seguir.

Assim sendo, segundo Kant, o imperativo categórico deve consistir em um dever de agir que se configura a partir de uma máxima - de um ideal de comportamento - que pode ser

por todos adotada, porquanto moralmente adequada.

Do trecho supra, é possível extrair que o projeto filosófico kantiano, ao erigir o imperativo categórico como uma de suas balizas, mostra-se descrente quanto à existência de uma bondade natural, nata aos seres humanos, vislumbrando, a partir de tal descrença, a imprescindibilidade de deveres *a priori*, capazes de reger o agir humano, que seria, *in natura*, avesso à moral, movido por seus impulsos, necessidades e paixões.

Acerca do imperativo categórico, Kant elabora, inclusive, uma fórmula, por meio da qual é possível que cada pessoa teste a própria máxima, de maneira a comprovar se pode ela consistir em lei universal. Trata-se da fórmula da humanidade como fim em si mesma (KANT, 2007, p. 69): “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Como se observa, o imperativo categórico é compreendido como um fim em si mesmo, isto é, como uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (KANT, 2007, p. 33), na medida em que se refere a um quadro em que as ações voluntárias - que dependem do arbítrio humano - compreendidas como essencialmente boas, sem qualquer sorte de restrição, constituem a condição da moralidade das ações. Trata-se de uma relação de conformidade entre as máximas e as leis universais, devendo ser consideradas válidas para todos.

O exercício de conformação entre as máximas e as leis universais configura um efetivo esforço humano, tendo em vista que, a partir do pensamento de Kant, pode-se afirmar que o homem, na condição de ser racional, conforma-se não às leis da natureza, mas à concepção das leis, ou seja, aos princípios que ele próprio formula (TAYLOR, 1997, p. 467). Uma vez dotado de racionalidade, o ser humano é conduzido ao dever de agir a partir da razão que lhe assiste, atendendo ao bem estar social mediante comportamentos moralmente adequados.

É por esse motivo que o crime merece, de acordo com o projeto ético kantiano, ser combatido: porque configura uma desvirtuação do agir humano, o qual, no lugar de observar uma conduta íntegra, passível de ser adotada por qualquer pessoa, incorre em um comportamento antissocial, que, se por todos praticado, implicaria verdadeiro desequilíbrio das relações interpessoais e da organização coletiva.

De tal raciocínio, depreende-se que o crime, enquanto forma de agir em descompasso com uma máxima aceitável universalmente, deve ser rechaçado de forma invariável, razão pela qual a retribuição do ilícito configura um mandamento *a priori* e incondicional. Assim sendo, o filósofo afirma que a lei da punição merece ser compreendida como um imperativo categórico (KANT, 2003, p. 175), razão por que consiste em consequência inafastável do crime.

Isto quer dizer, ainda, que, na condição de imperativo categórico, a punição representa um mandamento cuja finalidade não deve ser perquirida, de modo que a responsabilização do infrator corresponde a um mal imposto (pena) para a compensação de um mal cometido (crime) ou, em outras palavras, uma resposta violenta para o ato violento (CAMARGO, 2002, p. 40), tornando-se desnecessária qualquer fundamentação finalística.

Para Kant, portanto, a lei penal obriga incondicionalmente. Na medida em que parte do princípio da liberdade e autodeterminação dos homens, a desobediência à legislação penal configura mácula à liberdade externa² dos outros indivíduos. De maneira tal, a pena exsurge como retribuição que não possui um caráter propriamente finalístico, tal como o argumento da prevenção supostamente alcançada pela imposição da pena. Isto porque o argumento da prevenção transformaria o ser humano em meio para um fim, no lugar de um fim em si mesmo.

É possível referir, dessa maneira, que no bojo do pensamento kantiano subjaz a ideia de que o fundamento da pena reside no princípio da culpabilidade, fato que leva a destacar a dignidade humana e a liberdade do delinquente, tudo com base na afirmação de que o direito penal é uma reação frente ao obstáculo à liberdade, representado pela utilização inconveniente da liberdade por um homem que, fazendo uso de seu livre arbítrio, optou pelo mal podendo haver realizado o bem (MIGLIARDI, 2011, p. 128).

Assim sendo, o ato de punir representa uma resistência a atos que configuram obstáculo à liberdade, direito este que orienta toda a organização e vida social. O próprio Kant destaca (KANT, 2003, p. 77-78):

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com as leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade.

² Enquanto a liberdade interna diz respeito à faculdade de cada homem de se determinar de acordo com as orientações da própria razão, a liberdade externa, de seu turno, refere-se à faculdade de se determinar no mundo exterior, que, contudo, é limitada pela liberdade interna das demais pessoas.

Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme a liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justo).

De se observar, portanto, que, para o autor, a coerção – ou, poder-se-ia dizer, a própria imposição da pena como medida coativa – implica obstaculizar o ato que macula a liberdade. Dessa maneira, em última instância, punir significaria confirmar a liberdade. Chega-se a essa conclusão a partir de um exercício lógico, pois a coerção configura resposta negativa a uma violação, de maneira que negar a negativa à liberdade é esta afirmar.

Nesse contexto, a imposição da pena ao criminoso representa uma necessidade de cunho ético, a fim de que se configure o ideal de justiça preconizado pelo autor, consistente no respeito à liberdade.

No bojo da compreensão kantiana, faz-se uso do sistema talional como critério de regulação e aferição da pena passível de aplicação em cada caso, retribuindo-se o mal com o mal. Nessa linha, a aplicação do chamado princípio de talião, consiste na reciprocidade entre crime e punição, cuja consagração mais remota de que se tem conhecimento encontra-se inserta no Código de Hamurabi (1780 aC).

Sobre a aplicação do sistema talional, interessante observar que, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 334): “A solução talional, encontra, ainda hoje, apoio nas concepções retribucionistas, e mesmo a visualização da pena como imperativo categórico de Kant, não passa de uma projeção talional.”

Como se vê, ao mesmo tempo em que propõe uma solução compensatória para o crime, Kant sugere um critério restritivo à medida da pena, a partir da *lex talionis*, que conduzia à limitação do poder estatal para a reparação do mal cometido na prática do delito.

Na mesma linha, o pensamento hegeliano corrobora o caráter retributivo da reprimenda penal. No entanto, ao contrário de Kant, não se fundamenta em uma ordem ética, mas jurídica, vez que compreende que o crime constitui não apenas um mal, mas uma violação do próprio Direito.

Assim sendo, sempre limitada a retribuição a um parâmetro de proporcionalidade, a responsabilização do infrator corresponde à imposição de um mal para fins de compensação de um mal anteriormente praticado pelo agente.

Na elucidação do tema, importante retirar, da obra de Hegel, a ideia de *negação*, posto

que, para o filósofo, a violação do direito embora possa se efetivar mediante um fato positivo exteriorizado, contém, em seu bojo, a negação. Nas palavras de Hegel (1997, p. 87):

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.

A retorsão de caráter retributivo sustentada por Hegel, de maneira muito semelhante ao raciocínio kantiano, consiste na imposição do mal da pena a quem incorre no mal da infração. Trata-se de uma medida de compensação, a que se chega mediante um exercício lógico de contradição, com fins de reafirmar o ordenamento jurídico desestabilizado pelo descumprimento da norma incriminadora pelo infrator.

De maneira tal, sustenta Hegel que a pena configura a negação da negação do direito. Dito de outra forma, a pena representaria a aniquilação do crime, que significou a negação de um comando legalmente estipulado, sendo restabelecido o direito lesado (ROXIN, 1998, p. 17).

Na realidade, o autor chega a essa conclusão a partir da dialética, também trabalhada na sua obra, isto é, pondo em foco a contradição, constrói um fluxo: o fluxo da negação e reafirmação do direito. O contrário, quando negado, caminha para a afirmação daquilo que inicialmente se negou. Nesse sentido, sobre a negação do crime e conseqüente reafirmação do direito, é possível dizer que:

A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência (HEGEL, 1997, p. 90).

Sobre a teoria hegeliana, portanto, é permitido que se afirme que a vontade geral (ordenamento jurídico) é a tese, a negação de tal vontade, pela prática do delito, é a antítese e a negação desta negação será a síntese, que se consubstanciará no castigo atribuído em função do delito (MIR PUIG, 1998, p. 47). Assim, na dialética da negação do direito, o elemento que faz com o que o direito se reconcilie consigo mesmo é a sanção e – especificamente no caso do crime – a pena (SALGADO, 1996, p. 355), a partir da qual estabilizar-se-ia o aparato jurídico desequilibrado pela infração.

Nesses termos, a lógica dialética preconizada por tal teoria confirma o raciocínio retribucionista na medida em que, declaradamente, implica a resposta violenta ao ato violento.

Por esse motivo, o retribucionismo penal encontra em Kant e Hegel tão importante fundamento.

2.3 As funções da pena sob o olhar da teoria agnóstica

No esforço pela legitimação do paradigma penal retributivo, coexistem variadas teorias que, à sua forma, buscam conferir fundamentos a tal modelo de resposta ao crime. Partindo do pressuposto de que o método punitivo é dotado de eficiência, tais teorias pregam as funções preventivas e retributiva da punição.

De fato, por influência do direito canônico, já durante o século XV, a privação de liberdade começou a se firmar como mais relevante forma de punição pela prática do crime, inspirada na carga penitencial que o delito representava, sempre associado à ideia de pecado, fato este que implicava a reclusão em células monásticas como forma de expiação da falta perpetrada. Contudo, foi o movimento iluminista que, como visto anteriormente, mostrou-se efetivamente responsável pela notabilidade da pena privativa de liberdade em substituição da pena de morte e castigos corporais.

Nesse contexto de consagração do encarceramento, ganham espaço também os esforços teóricos de fundamentação de tal resposta ao fenômeno do crime. Impende observar que, ainda nos tempos atuais, as referidas teorias são corroboradas por discursos, sobretudo midiáticos, de cunho sensacionalista que pretendem projetar para a legislação anseios de uma opinião pública que carece de reflexões mais profundadas a respeito da fundamentação da pena.

No cotidiano, é possível observar opiniões populares que recorrem, muitas vezes, a clichês, lugares-comuns que preconizam o encarceramento – medida retributiva por excelência –, por períodos cada vez mais longos, supondo que o isolamento do indivíduo corresponde satisfatoriamente à contenção do crime e da violência.

Assim, dissemina-se culturalmente a exigência do policiamento ostensivo, da criminalização crescente de condutas, do aumento indiscriminado do *quantum* das penas, quando, em verdade, a resposta estatal de tipificação de condutas, as quais passam a ser consideradas como ilícitos penais, é apenas uma das várias formas de gerir o conflito social.

A bem da verdade, cuida-se da consagração de um populismo penal, o qual sustenta a ideia de que os criminosos são beneficiados, em prejuízo das vítimas e de toda a população

que se esforça por cumprir os mandamentos legalmente estipulados, argumento este que gera profunda insatisfação social, implicando, não raro, o fortalecimento de discursos em defesa de um direito penal autoritário e punitivista ao extremo.

Na realidade, a ideia de populismo penal se alinha com a emergência de discursos acerca da urgência da adoção de medidas, a curto prazo, para o controle da criminalidade, as quais deveriam ser suficientemente severas, capazes de corresponder a sentimentos negativos que, na sociedade, eram nutridos em face dos delinquentes e à alta carga emotiva que permeava as estratégias de controle do delito (GARLAND, 2005, p. 43-45).

Para além disso, uma profundo e arraigado conteúdo eleitoreiro marca o fenômeno do populismo penal, uma vez que, neste campo, as medidas destinadas ao possível enfrentamento dos problemas de segurança pública se configuram como um meio de fazer política (GARLAND, 2005, p. 48-50), servindo de “álibi” em campanhas eleitorais ou, dito de outro modo, passam a integrar os discursos de ditas campanhas eminentemente com a finalidade de se angariarem votos.

Nesse contexto, à medida em que tais discursos populistas se afirmam, concomitantemente, busca-se sua aprovação pela opinião pública, isto é, a ratificação popular ou, nas palavras de Pavarini (2006, p. 122), a legitimação de baixo para cima, a partir dos sentimentos e emoções da população.

Os elementos apresentados, quais sejam, o argumento da urgência da adoção de medidas, o caráter político do discurso populista, bem como a sua legitimação de baixo para cima implicaram o incremento da severidade do castigo penal, o qual se transformou em uma “receita fundamental para as estratégias de controle do delito, alimentando uma tendência ao endurecimento da política penal e penitenciária, tanto no plano dos discursos como das práticas” (SOZZO, 2009, p. 42).

Ao se infundir na população uma profunda sensação de medo e insegurança, com o apoio da mídia sensacionalista em tal empreitada, o discurso populista legitima o endurecimento radical e irrefletido das soluções penais empreendidas pelo Estado, de modo que se tornam comuns os argumentos favoráveis a alterações legislativas nesse sentido, assim como se defende a adoção de práticas policiais autoritárias e ilegais. Isto para não se falar dos que argumentam em favor das práticas de justicamento, já referidas no introito deste trabalho.

Ante esse quadro, ganham espaços medidas próprias de um direito penal simbólico,

que, desconsiderando, em muitas situações, os direitos e garantias fundamentais, exacerba as práticas repressivas do sistema punitivo.

Do ponto de vista sociológico, conforme se verá, de forma mais completa, no tópico seguinte, constata-se o caráter endêmico de uma violência difusa e naturalizada, que se espalha, em um contexto de extrema desigualdade social, para os diversos campos da vida humana, como a ecologia, educação, gênero, configurando-se uma microfísica da violência nas práticas cotidianas, que ultrapassa o fenômeno do crime (SANTOS, 2002). Nesse seara, o argumento da necessária hipertrofia das medidas penais se dissemina em uma sociedade atomizada, destituída de um senso de coletividade.

É assim que os discursos retributivos ganham plena aceitação e as teorias que os fundamentam, igualmente, são aceitas sem maiores questionamentos. No caso brasileiro, por exemplo, a ampla recepção da denominada teoria unificadora, de caráter misto, que associa a retribuição, prevenção geral e especial como fins da pena é, disso, indicativa. Em um contexto geral, no entanto, fala-se nas teorias absolutas, relativas e mistas, tratadas adiante.

Cuida-se, aqui, de um esforço por apontar teorias de legitimidade ou legitimação externas do direito penal, que transcendem o direito positivo, em contraposição ao que seriam as teorias de justificação interna ou de legitimação em sentido estrito, as quais dizem respeito a um critério de validade, isto é, de adequação a critérios de avaliação intrajurídicos (FERRAJOLI, 2002, p. 171). Assim, o tópico presente diz respeito a uma análise dos fundamentos metajurídicos da pena, dos quais se valem as teorias sob menção, a fim de se justificarem os modelos de responsabilização penal por elas preconizados.

Compreende-se que, no bojo das teorias absolutas, defende-se a imposição da pena tão somente como medida de justiça, tal como preconizado no pensamento kantiano e hegeliano outrora expostos. Nessa linha, prescinde-se de justificativas outras de caráter utilitário, tal qual a ideia de prevenção, por exemplo. A pena se basta, sua necessidade dispensa outra sorte de funcionalidade, sendo vista a punição puramente como medida de justiça, sem eventuais outras finalidades.

De sua parte, as denominadas teorias relativas conferem à punição uma funcionalidade, que reside na missão preventiva pela qual a pena se propõe a evitar o cometimento de outros delitos. Nessa proposta, a pena é sempre referencial, na medida em que é dotada de uma utilidade concreta, ponto em que diverge das teorias absolutas,

caracterizadas, como visto, por não perquirirem pela funcionalidade prática da pena.

Disso depreende-se que as teorias relativas possuem caráter finalista, sendo possivelmente divididas segundo dois critérios, quais sejam, a esfera dos destinatários da prevenção - geral (todos os cidadãos) ou especial (pessoa do delinquente) – e a natureza das prestações da pena – positivas ou negativas, de modo que a combinação dos quatro elementos resulta na seguinte categorização:

aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadão à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir o cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui (FERRAJOLI, 2002, p. 212-213).

Como se pode observar, em qualquer caso, seja com a missão de prevenção voltada à coletividade ou ao criminoso em específico, as teorias ditas relativas guardam uma missão sempre referencial, relativa a uma almejada finalidade preventiva a ser observada quando da aplicação da pena.

Por fim, fala-se nas teorias unitárias, ecléticas ou mistas, que encontram forte aceitação no contexto doutrinário brasileiro, enxergadas como uma tentativa de conciliar as propostas das teorias absolutas e relativas, compatibilizando os elementos da retribuição e da prevenção.

Nesse sentido, é comum encontrar opiniões que se posicionam pela prevenção geral como retribuição, ou seja, como devolução do mal socialmente causado, enquanto a prevenção especial diria respeito à reeducação e ressocialização, as quais preparariam o indivíduo a fim de que ele não viesse a reincidir (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 89).

Trata-se de uma tentativa de evitar os excessos de ambas as categorias de propostas, absoluta e relativa, com o fito de se obter um ponto de equilíbrio entre ambas, definindo que, um só tempo, a pena pretende corresponder a uma necessidade de justiça – ante a expectativa que a cada um seja atribuído o que merece obter – e de utilidade. Dessa maneira, a pena, enquanto protótipo complexo, abarcaria as duas dimensões. Em semelhante linha:

Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo

tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado (LEAL, 2004, p. 383).

Costuma-se referir que a concepção eclética foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, utilizando-se como referência, para tanto, o texto do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, qual estatui, em seu *caput*:

Art. 59 O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2014a).

Enxerga-se, assim, com base na parte final do dispositivo supratranscrito que, ao erigir que a pena deve atender à reprovação e prevenção do crime, o artigo consagra uma teoria mista, que compatibiliza as tendências de pretensão absoluta e relativa.

Na realidade, a conjugação dos elementos “reprovação” e “prevenção” gesta uma unificação das propostas absoluta e relativa, configurando-se a máxima *punitur quia peccatum est ne peccetur* (pune-se porque pecou e para que não peque), atribuindo-se a pena em razão do crime cometido – que merece repreensão *de per si* – e com a finalidade de evitar que novas infrações venham a ocorrer.

Consideradas as orientações absoluta, relativa e eclética, cabe, agora, traçar alguns rebatimentos, a partir de uma perspectiva crítica, por meio da qual se pretende questionar os argumentos de fundamentação da pena ora mencionados.

Afinal, a despeito da promessa de eficácia das missões preventiva e repressiva, percebe-se um descompasso na realidade prática, na qual a punição não garante uma diminuição do número de crimes – isto é, não se logra preveni-los – e a retribuição, em si mesma, não constitui medida de efetivação da justiça.

De fato, há uma patente crise das funções declaradas da pena, que sustentam o discurso oficial do direito penal, justificando a intervenção estatal nessa seara. A herança iluminista - com matriz racionalista - das diretrizes preventiva e retributiva da pena é apresentada como se impassível de questionamentos fosse, pelo que não se encontraria espaço para alternativas outras, que ultrapassassem esse modelo de gestão criminal.

Na mesma senda, o pensamento de Carvalho (2008a, p. 68):

O desvelamento das (in)capacidades do sistema de punitividade pelas inúmeras vertentes da crítica criminológica (contraposição entre as funções reais e funções declaradas), desde a apresentação dos efeitos perversos gerados pela desigual incidência criminalizadora, deflagrou o desgaste e o esvaziamento em todos os modelos de justificação, notadamente das doutrinas ressocializadoras.

Com o intuito, portanto, de promover uma libertação em relação aos discursos de justificação da pena que apenas declaradamente têm como escopo a pacificação social, aborda-se, aqui, a crítica elaborada a partir de uma perspectiva agnóstica do modelo punitivo atual, cujo mais expressivo expoente na atualidade é Eugênio Zaffaroni.

Para Zaffaroni (1998), o ato de punir é um exercício de poder, que não encontra justificativas efetivamente racionais, consistindo, antes, em uma manifestação fática, de caráter essencialmente político, não cabendo perquirir-lhe os fundamentos. Sendo assim, funcionaria a teoria da pena, tão somente, como critério limitador do poder de punir estatal, que, de qualquer sorte, necessitaria de critérios restritivos, destinados a evitar arbitrariedades na prática da penalização. Cuida-se de uma política punitiva voltada à redução de danos, erguida em face de um projeto encarcerador progressivamente mais frustrado.

O pensamento do autor se vê influenciado pela compreensão de Tobias Barreto (1926, p. 18), que, tendo vivido durante o século XIX, já expunha que: “A pena é um meio extremo; como tal é considerada a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso pudesse gloriar-se de haurir a razão filosófica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra”.

Como se vê, o excerto acima evidencia uma total descrença na existência de um fundamento racional que justifique a imposição da pena. Por tal motivo, afigura-se despropositado o ato de investigar as construções teóricas que suportam o exercício do poder de punir, dado que elas mesmas não se sustentam, isto é, não encontram razão de ser.

Igualmente, na opinião de Carvalho (2008b, p. 261), a teoria agnóstica desvela os irreais argumentos sobre a punição, sobretudo sua finalidade medicinal (curativa, ou, ainda, educativa), de maneira que se faz enxergar o caráter político da pena, a partir do qual é possível conceber a minimização dos poderes arbitrários do Estado a fim de restringir, ao máximo, os danosos efeitos da prisionalização.

Segundo Brodt (2010, p. 101) a concepção agnóstica da pena caracteriza-se pelas seguintes características:

- (a) é uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui e (d) nem tão pouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: (a) não assinala nenhuma função positiva à pena; (b) é obtido por exclusão (é a coação estatal que não entra no modelo reparador, nem no administrativo)

As mencionadas características derivam do fato de que “se o sistema penal é um mero

fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade”, isto é, não se identifica fundamento racional, razão por que a pena “não se pode explicar senão como uma manifestação desse poder” e, enfim, por não possuir caráter racional, cuida-se de um conceito negativo que “só pode distinguir-se das demais sanções jurídicas por exclusão” (ZAFFARONI, 1998, p. 209).

De fato, a partir da perspectiva da teoria agnóstica, revela-se que a promessa de uma missão pedagógica da pena não é capaz de subsistir, já que o fundamento desta é, como já afirmado, de caráter político. Diante disso, desmistificada a proposta curativa da pena, a grande meta a ser perseguida é a limitação da força punitiva, no maior nível que tal limitação se mostre possível.

Nessa linha, alerta Zaffaroni (1998, p. 202, tradução nossa) para o fato de que, enxergada a inverdade do argumento pedagógico da pena, não se mostra possível extirpá-la, de um só golpe, posto que se trata de “ [...] um fato de poder e, por mais que se deslegitimem discursivamente, os fatos de poder não desaparecem com os escritos dos juristas, porque não é sua legitimidade que os sustentam, mas seu poder³”, de forma que sua supressão exige, por primeiro, “ [...] reconhecer sua existência, dimensionar seu poder, analisá-lo, determinar nosso poder frente ao fenômeno, estabelecer uma cadeia de objetivos estratégicos sucessivos e, conforme isso, traçar nossa tática para alcançá-los⁴”.

No caso brasileiro, assim como ocorre em outros países que vivenciaram a chamada modernidade tardia, nota-se, de forma muito mais contundente, a crise de legitimidade do modelo penal vigente e, por via de consequência, seus alicerces teóricos são também mais claramente postos em xeque. Elementos como a corrupção generalizada no aparato estatal de contenção do crime, o expressivo aumento dos índices de violência e a disseminação do populismo penal evidenciam um problema estrutural que não será corrigido mediante a solução da questão da fundamentação da pena.

Nesse sentido, as duas categorias conceituais imprescindíveis no pensamento de Zaffaroni, quais sejam, *Estado de Polícia* e *Estado de Direito*, que bem traçam essa problemática tensão de um estado de polícia que, com sua proposta repressiva, pretende, a

3 “[...] un hecho de poder y, por más que se lo deslegitime discursivamente, los hechos de poder no desaparecen con los escritos de los juristas porque no es su legitimidad que los sostiene, sino su poder”.

4 “[...] reconocer su existencia, dimensionar su poder, analizarlo, determinar nuestro poder frente al fenómeno, establecer una cadena de objetivos estratégicos sucesivos y, conforme ello, trazar nuestra tática para alcanzarlos”.

todo custo, continuar a se expandir, ao passo que o estado de direito tenciona restringir tal tendência totalizadora. Na realidade, o maior esforço empreendido pelo estado de direito consiste precisamente na contenção do estado de polícia, isto é, o primeiro se propõe a “represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 41).

Na mesma linha, interpreta Santos (2008, p. 474):

O objetivo de conter o poder punitivo do estado de polícia intrínseco em todo estado de direito, proposto pela teoria negativa/agnóstica da pena criminal – produzida pela inteligência criativa de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e de NILO BATISTA, comprometidos com a democratização do sistema punitivo na periferia do sistema político/econômico globalizado –, justifica a teoria negativa/agnóstica da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e a prática jurídico-penal na América Latina.

De fato, diante de tal quadro, ao se observar a forte tendência totalizadora do estado de polícia em realidades como a brasileira, nota-se a dificuldade de se sustentar o discurso teórico da pena em um fundamento jurídico, quando é, por essência, político. Isto, porém, não obsta que se defenda um modelo penal garantista, modelo este calcado na normatização internacional (tratados de direitos humanos que contam com o Brasil como signatário⁵) e constitucional relativa ao tema.

Não fosse isso o bastante, o descompasso entre as funções declaradas e a realidade costuma ser apontado como outro ponto que compromete a legitimidade do sistema tal qual ele se configura na atualidade, uma vez que as ditas finalidades declaradas se afiguram irrealizáveis.

Nesse sentido, a teoria agnóstica da pena aponta um possível caminho a ser percorrido. Considerada uma teoria negativa, com foco na diminuição da dor e sofrimento, busca realocar o problema da sanção penal da esfera jurídica à política (CARVALHO, 2010, p. 150), postura que, em alguma medida, segue a mesma compreensão da chamada política criminal verde, segundo a qual a resposta punitiva é apenas uma das formas de lidar com o conflito, de modo que a maneira de resolvê-lo não precisa recorrer, necessariamente, à judicialização.

Assim, a política criminal verde, amplamente disseminada por Louk Hulsman,

⁵ Vale destacar a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), os três contendo dispositivos atinentes à vedação da imposição de tratamentos abusivos e desumanos aos apenados.

defende que o sistema criminal opera tipificando modalidades penais ao acaso, sustentando, ademais, a ineficiência da pena de prisão como forma de resolução de problemas sociais, razão pela qual sugere a supressão da justiça penal na sua forma atual por meios alternativos de gestão de conflitos, como a conciliação, mediação, terapia e educação (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 313).

A teoria agnóstica, embora reconheça a coerência da solução criminal verde, identifica algumas fragilidades em tal proposta, eminentemente abolicionista, destacando que o sistema penal representa apenas uma forma de controle social, havendo mecanismos outros, formais e informais.

Para a crítica agnóstica, portanto, ainda que se extirpe o modelo atual de resposta penal, não se extinguirão as demais formas de controle social, sendo possível – e muito provável – que o controle social será exercido de outras formas (psiquiátrico, administrativo, assistencial, entre outros), as quais poderão ser mais danosas que a própria estrutura penal (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 313).

Dessa forma, a exclusão desse fato de poder, que é a pena, não é medida direta e consequência imediata da constatação da ausência de legitimidade do modelo sancionatório em seu fundamento punitivo, porquanto não se trata de um simples sistema que opera no plano das ideias, mas, ao contrário, o sistema penal se funda em poder, quer dizer, em uma realidade social, portanto.

Efetivamente, a crítica agnóstica reconhece que a proposta criminal verde apenas peca em razão de uma inaplicabilidade prática imediata, posto que substituição total do modelo penal atual pressupõe mudanças de estrutura de poder social. Como se vê, a ideia não é rechaçada ontologicamente, razão pela qual é possível identificar alguma compatibilidade entre a crítica agnóstica da pena e a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, ou, em último caso, de práticas restaurativas.

Por esse motivo, encontra-se viabilidade de, a curto prazo, reduções significativas nas medidas de aprisionamento, por meio da restrição de suas hipóteses de aplicação e do encurtamento da sua duração (FERRAJOLI, 2002, p. 332)⁶, o que, naturalmente, inclui os

⁶ Importa salientar, que embora Zaffaroni esteja ligado à teoria agnóstica, enquanto o nome de Ferrajoli é associado à ideia de garantismo penal, costuma-se observar, entre ambos, alguma harmonia, uma vez que apontam a necessidade de diminuição da dor e sofrimento, oriundos da aplicação da sanção, reconhecendo que a pena possui caráter político. Nesse sentido, conferir: CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal: doutrina,**

métodos alternativos de solução de controvérsias.

Sendo assim, pode-se dizer que a intervenção mínima estatal implica a diminuição da violência do sistema, sempre que a renúncia da atuação estatal não consista em um recurso formal para a agência judicial aumentar o poder de outras agências. Isto é, a tendência da mínima intervenção se mostra admissível desde que a gestão do conflito por outros meios – de cunho reparador, conciliatório, *inter alia* – não implique simplesmente a supressão da agência judicial, acompanhada, em maior ou menor medida, das garantias do direito e do processo penal quando, na realidade, se siga aplicando um modelo punitivo com uma pena em sentido ôntico (ZAFFARONI, 1998, p. 182-183).

Trata-se de uma preocupação em assegurar que apenas se falará em uma solução diversa para determinados conflitos quando, no bojo da nova estrutura responsável por sua gestão, não venham eles a ser tratados da mesma forma, mas, por outro lado, o objetivo deve ser sempre a redução da dor e da violência, próprias do aparato punitivo tradicional.

De tal sorte, abre-se espaço, no empreendimento da retração do punitivismo estatal, a métodos alternativos de gestão de conflitos, com vistas à diminuição da violência arraigada no referido paradigma, conforme se verá com mais detalhes adiante, no segundo capítulo, quando se pretende retornar à intervenção mínima na ambientação do modelo restaurativo.

Questionadas, pois, as teorias justificadoras do projeto encarcerador, o qual orienta o sistema penal contemporâneo e apontada a necessidade de se promoverem, o máximo possível, critérios limitadores claros e efetivos do poder de punir estatal, com o fito de se lograr um ideal de redução de danos, tal como proposto pela teoria agnóstica, cumpre observar o fenômeno da violência ínsita no modelo retributivo. Disto se ocupará o tópico que segue.

2.4 A violência na tessitura do modelo retributivo

É fato que a irregular distribuição de poder na sociedade contemporânea, principalmente em países que experimentaram tardiamente a modernidade, gera centros de poder bem específicos e pontuais, em contraposição à uma marginalização deveras difusa, constituída de pessoas afastadas dos centros decisórios. Naturalmente, a desigual distribuição de poder torna dificultoso qualquer projeto participativo, tal como o seriam as práticas

jurisprudência e projetos legislativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

restaurativas.

A partir da consciência de tal elemento fático, que aponta para os impedimentos reais de radical democratização da gestão de conflitos, o presente trabalho, calcado, como já referido, na teoria agnóstica da pena, enxerga a necessidade mais urgente de diminuição de danos no bojo do projeto encarcerador, retraindo-se, o quanto possível, a penalização como meta maior do sistema penal.

Para tanto, insiste-se em identificar as incoerências do modelo repressivo atual, embora não se pretenda sugerir sua completa eliminação. Precisamente nos espaços surgidos a partir da tentativa de diminuição dos danos do modelo repressivo, ingressa a justiça restaurativa, ocupando vácuos, apropriando-se, concomitantemente, da solução de determinadas espécies de conflitos, incluso penais.

A esse respeito, aliás, salienta Cappelletti (1992, p. 194), no corpo dos seus estudos sobre as políticas públicas de acesso à Justiça, defende um ideal de justiça coexistencial, caracterizado pela busca da convivência pacífica e reconstituição da tessitura das relações sociais, sem excluir, por outro lado, a possibilidade da contenciosidade em situações extremas.

Na mesma senda, a compreensão de Sica (2009, p. 434), para quem a estrutura deve se pautar em uma relação de “complementaridade funcional entre as esferas, o que não se visualiza, por exemplo, com a demarcação de uma fronteira rígida e imóvel: daqui em diante, punição, daqui para trás, mediação”.

Não obstante aceitável alguma remanescência da perspectiva punitivista mesmo à luz do pensamento agnóstico da pena, cumpre, porém, por ora, verificar o elemento violento que atravessa o modelo retributivo. Isto porque o intento da análise consiste em, uma vez identificado o referido traço de violência que perpassa o sistema, relacioná-lo no plano de diminuição de danos constituído pela teoria agnóstica.

Como se pode observar, a função retributiva da pena acarreta uma perpetuação da lógica da violência, uma vez que representa, como anteriormente afirmado, uma resposta violenta para a conduta igualmente violenta cometida pelo infrator. A bem da verdade, seguindo a categorização tecida no pensamento de Michel Maffesoli, cuidam-se modalidades distintas de violência – a do infrator e a do Estado -, não obstante ambas constituam o fenômeno em sua integralidade.

Para o sociólogo, a violência constitui a base de todo conjunto civilizacional, como uma força e potência, que confere dinamismo ao corpo social, posto que considera o conflito como inerente à sociedade, sendo, a bem da verdade, possível, por algum tempo, mascarar-lhe os efeitos, apagar os aspectos mais flagrantes, embora a violência permaneça latente, entrincheirada, pronta para surgir nos atos privados ou públicos (MAFFESOLI, 2004, p. 28).

Nesse sentido, defende que a violência sempre está presente, de modo que, antes de condená-la ou negar-lhe a existência, tanto melhor se faz identificar de que maneira é possível negociar com ela com vistas de *amansá-la*, ou seja, de socializá-la (MAFFESOLI, 1987, p. 14-18), de modo que o caos, a desordem própria do conflito não seja simplesmente negada, mas compreendida e integrada.

Diante da inafastabilidade da violência, sempre presente no corpo social, há que se falar em três categorias, a saber, a violência dos poderes instituídos, a anômica e a violência banal.

A primeira modalidade diz respeito àquela exercida pelas instâncias burocráticas, oficializadas, enquanto a violência anômica refere-se ao fenômeno como estruturante do fato social, isto é, a capacidade de uma sociedade, identificando-se consigo própria, estruturar-se coletivamente, ao assumir e controlar a própria violência (GUIMARÃES, 2005, p. 12). A violência banal⁷, de sua parte, consiste na teatralização da vida, que, mediante a máscara da aparência, da polidez, dos costumes e do conformismo, as massas se submetem e, paradoxalmente, representam uma resistência às imposições sociais (MAFFESOLI, 1987).

Para os fins traçados pela presente pesquisa, mais importam as duas primeiras categorias conceituais, identificando-se o aparato judicial como lugar de exercício da violência dos poderes instituídos, ao passo que o fenômeno do crime pode ser localizado no que entende por violência anômica. Enquanto as instâncias formais de poder tentam conter a violência, eliminando-a, através de um controle racional e burocratizado da vida social – quando a homogeneização vai, gradativamente, minando a coesão social –, permanece vivo o germe da violência em potência, que, uma vez negado pela estrutura burocrática, no controle social que se incumbe de exercer, continua latente, como potência pronta para, a qualquer

⁷ Vale assinalar que a ideia de violência banal do pensamento maffesoliano não se confunde com a noção de banalidade do mal em Hannah Arendt, citada por ocasião da introdução da presente pesquisa, já que, para esta autora, o *banal* diz respeito aos atos bárbaros trivializados, isto é, à extremas ofensas aos direitos humanos, que ganham ares de normalidade, na medida em que os violadores não tomam consciência dos efeitos de suas condutas ofensivas.

momento, vir à tona.

Isto deriva, em grande medida, do fato de que o discurso penal-repressivo, comumente associa o impulso violento a determinada categoria de indivíduos, criminosos por essência, que, como tal, devem ser excluídos do convívio social, em virtude de um comportamento se não patológico, pelo menos, antissocial.

Tal postura pode ser identificada como uma herança do denominado direito penal do autor, que não considera o fato criminoso em si, mas põe em foco a pessoa do criminoso, inimigo social, o qual, nessa condição, não é capaz de permanecer na vida em comunidade. Ressalte-se que o direito penal do autor costuma ser associado a Cesare Lombroso, apontado como um autor que, no século XIX, com forte influência da biologia, defendia a ideia da existência de criminosos natos, que, inclusive, poderiam ser identificados a partir de características somáticas⁸. Nesse sentido, compreende-se que sua teoria corrobora com a tessitura de um direito penal do autor, o qual considera o infrator como um degenerado, a partir de uma ótica maniqueísta e patologizante.

De fato, ao não reconhecer o conflito como uma realidade própria da condição humana, a violência dos poderes instituídos inviabiliza a gestão do referido conflito, obstando a canalização da violência destrutiva no sentido da construção. Como referido, as estruturas burocráticas sustentam o discurso da possibilidade de se eliminar o conflito, utilizando-se, para tal fim, o argumento da punição como método eliminatório da violência por excelência.

Ocorre, porém, que, conforme já assinalado antes, a punição, em si, não garante que o conflito será eliminado, tampouco assegura que o dano será reparado, isto é, o desequilíbrio social não é novamente estabilizado pela simples culpabilização do agressor e consequente imposição da pena.

Na realidade, nisso reside, precisamente, uma das inconsistências do argumento retributivo, isto porque se sustenta na ideia de que a pena se propõe a retribuir a culpa humana, quando, na realidade, não é possível se compensar penalmente qualquer culpa. Em suma, o discurso da negação da violência não apenas se afigura incapaz de eliminá-la como também impede que, aceitando-a, seja ela gerida, como sugere Maffesoli, mediante a sua socialização e “amansamento”.

Desse modo, o argumento retributivo, como bem aponta a teoria agnóstica da pena,

⁸ Evidências de tal perspectiva são identificadas em: LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Tradução de: Sebastião José Roque. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

porquanto marcado pela violência que lhe é intrínseca, deixa obscuros os pressupostos de punibilidade, vez que não esclarece o fundamento da punição (o motivo pelo qual se pune), estabelecendo somente que o mal do crime deve ser expiado com o mal da pena (ROXIN, 1998, p. 19).

Nesse sentido, é possível afirmar que (SANTOS, 2005, p. 236-237):

A sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como expiação da culpabilidade lembra suplicios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho como o mundo.

Assim, o grande esforço do aparato penal de encontrar o sujeito passível de culpabilização e punição não se afigura como suficiente ao propósito de assegurar o bom convívio entre os indivíduos. Na realidade, o objetivo em torno do qual se estrutura o paradigma tradicional de resolução de conflitos, que se convencionou denominar retributivo, é a culpabilização do infrator, inexistindo preocupação com a reparação do dano e estabilização da ruptura gerada no seio social em razão do crime.

A justiça criminal convencional, portanto, representa uma perpetuação da violência – não consistindo na gestão mais eficiente do conflito, na medida em que mantém a disposição básica primitiva de inimizade das vítimas e da coletividade contra o delinquente.

Desse modo, o processo criminal não elimina essa relação entre adversários, a lógica da vingança, mas apenas a ritualiza, mediante a procedimentalização. Por isso, tal modelo de resposta estatal ao crime conserva o castigo, isto é, o ato de infligir dor ao infrator (BERISTAIN, 2000, p.184).

A partir de tal quadro, depreende-se, ainda, a incapacidade do modelo retributivo de obter a paz social por ele almejada, mesmo porque, como antes afirmado, sua preocupação fundamental se dirige ao passado, na ocorrência de determinado conflito e na necessidade de punir aquele que é tido como seu causador. Uma vez centrado no passado, é incapaz de traçar soluções para o futuro, que se destinem a sanar os males causados e evitar novos conflitos.

É de se notar, portanto, que a crise do sistema retributivo é relativa à deslegitimação da resposta violenta ao crime que constitua um fim em si mesma, sem que represente qualquer possibilidade de reparação efetiva do dano gerado. Não fosse o suficiente, observa-se que o dito modelo de resolução de conflitos encontra-se maculado pela injustiça, pelo desrespeito à dignidade humana e pela seletividade (SALIBA, 2009, p. 70-71).

É possível afirmar, assim, que a justiça penal atual é essencialmente retributiva, ou seja, resguarda para si o direito de vingança, desenvolvendo sofisticado aparato de punição através do qual ela não entra em contato direto com a violência, ao menos não declaradamente. De maneira tal, o modelo retributivo reveste a ação violenta de um distanciamento das individualidades e das paixões individuais, para que nestes termos possa ser geral e exemplar, tudo a partir de um discurso de neutralidade e objetividade do modelo (SUAREZ, 2004, p. 71).

Nesse contexto, a proposta da teoria agnóstica da pena representa um caminho viável para se pensar uma nova configuração do modelo de gestão de conflitos. De fato, a simples violência dos poderes instituídos, tendente à homogeneização, no lugar do reconhecimento das diferenças e individualidades, tendência esta sempre preocupada em sustentar o discurso da eliminação do conflito mediante o funcionamento do aparato estatal, já não pode ser admitida ilimitadamente.

Se realmente existe um controle social a ser exercido pelas instâncias formais de administração de conflitos, dotadas do poder de punir, tal controle merece, na medida que possível seja, sofrer limitações, um vez que a violência dos poderes instituídos costuma implicar uma domesticação das paixões que, em regra, agrava a tensão poder-potência, a ponto de retirar do estado de latência a violência subversiva dos que não se subordinam aos comandos estatais.

Assim, espera-se uma coerção estatal mínima, fruto de uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução, à menor proporção, da solução punitiva dos conflitos, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 314-315).

Cuida-se de uma tentativa de evitar o tratamento da situação conflitual mediante a utilização de mecanismos essencialmente violentos, devendo ser preferidas formas outras de controle social. Isto porque a resposta punitiva é propensa a, no lugar de administrar o conflito, negá-lo. O resultado de tal recusa ao fenômeno do conflito pode significar que, este, porquanto não gerido, seja maximizado, ganhando maiores proporções, ou mesmo que novos conflitos surjam.

De maneira tal, considerando a pretensão da teoria agnóstica da pena de diminuição da intervenção punitiva do Estado, a qual se coaduna, como visto, com o traçado da gestão de

conflitos a partir da teoria da violência na obra de Maffesoli, chega-se à proposta do segundo capítulo do presente estudo: a identificação e estudo da justiça restaurativa, enquanto medida alternativa, capaz de atuar nos vácuos gerados a partir da minimalização da punição estatal de caráter penal. Os espaços gerados pela retração da punição, com vistas à constituição de um direito penal mínimo, são passíveis de ocupação pelas práticas restaurativas, conforme sua vocação à administração dos conflitos não a partir da negação da violência, mas da sua aceitação e da preocupação de geri-la de forma mais eficiente.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO OLHAR, UM NOVO NORTE

*Todos estão loucos neste mundo?
Porque a cabeça da gente é uma só,
e as coisas que há e estão para haver são demais de muitas,
muito maiores diferentes,
e a gente tem de necessitar de aumentar a cabeça,
para o total.
(Guimarães Rosa)*

A justiça restaurativa apresenta-se como alternativa frente ao tradicional modelo retributivo, caracterizando-se por estabelecer como foco não o desrespeito às leis estabelecidas pelo Estado, mas o dano causado contra a comunidade e às vítimas, motivo pelo qual os participantes do conflito constituem, conjuntamente, sua solução. Cuida-se de uma efetiva mudança de olhar, posto que parte-se de pressupostos diversos do modelo retributivo, isto é, identifica-se uma divergência, entre tais modelos, não somente de objetivos mas de fundamentos, razão pela qual, como se verá, será apontada, como estrutura filosófica possivelmente subsidiadora da proposta restaurativa, a obra de Paul Ricoeur, especialmente no que atine à conformação de um modelo de justiça ao projeto ético construído pelo autor.

Uma outra dimensão que merece ser observada, em um segundo momento, diz respeito ao considerável distanciamento entre o modelo restaurativo e a proposta retributiva, calcada, primordialmente, na função punitiva da pena, como medida de compensação, sendo secundária ou completamente ignorada a meta de reintegração social e reparação do desequilíbrio interpessoal oriundo do conflito.

A infraestrutura restaurativa, de sua parte, caracteriza-se por conferir especial destaque, como o próprio nome já sugere, à reconstrução daquilo que foi destruído em virtude da tendência entrópica do conflito. Afinal, se este se volta à desorganização e rompimento, o modelo restaurativo se propõe à estabilização, reparando-se não apenas os danos de natureza econômica – a exemplo de um crime de furto, que gera um prejuízo financeiro à vítima, o qual merece reparação – mas, sobretudo, o dano social, como a sensação de insegurança e o desejo de intervenção estatal com a correspondente responsabilização do infrator, como medida de justiça, assim como o dano emocional causado, de maneira especial, na vítima.

A proposta restaurativa, no intento de assegurar a religação diante do rompimento oriundo da situação conflitual, preconiza o enfoque nos relacionamentos, motivo por que preza, como já referido, pela participação ativa, no processo de gestão do conflito, das pessoas neste envolvidas. Para viabilizar a solução conjunta, o paradigma restaurativo faz uso do consenso como ferramenta, procurando compatibilizar as expectativas do agressor, da vítima direta e eventuais ofendidos que integrem a comunidade na qual a infração ocorre.

Os partícipes do conflito constroem, ativamente, a resolução do impasse, contando, para tal finalidade, com a contribuição de um ou mais facilitadores, sempre em vistas de um resultado restaurativo, isto é, que corresponda às necessidades dos envolvidos e atinja a reintegração da vítima e agressor no corpo social então desestabilizado pelo crime.

Tal movimento em direção à coesão social que a justiça restaurativa se propõe a estimular configura uma orientação diversa no tratamento do fenômeno da violência, em comparação com a proposta retributiva, essencialmente reprodutora da ruptura e exclusão, conforme exposto no capítulo anterior. Por esse motivo, a última abordagem que será aduzida neste capítulo, diz respeito à construção de uma cultura de paz a partir do modelo restaurativo, considerando-se a necessidade de promover a gestão do conflito – resolvendo-o de fato, indo além da simples imposição unilateral, por parte do Estado, de uma pena – pondo-se à vista a dimensão relacional, a qual restou comprometida pelo crime.

3.1 O modelo restaurativo e seu pano de fundo

De fato, a proposta restaurativa exsurge enquanto crítica ao paradigma restaurativo, de modo que, historicamente, o próprio conceito de justiça restaurativa se constrói a partir de críticas ao sistema penal e sua administração (DESDEVISES apud CHARBONNEAU; BÉLIVEAU, 1999, p. 60).

Como já referido, pretende o modelo restaurativo, se não reparar a integralidade do dano, reduzi-lo ao mínimo possível, mediante a utilização de diversificados princípios e procedimentos voltados à gestão do conflito, tendo, segundo Jaccoud (2005, p. 163), como precursoras, as práticas integradoras de regulamento social, no bojo das quais a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio, podendo tais práticas serem observadas nas sociedades pré-estatais europeias e coletividades nativas, tais como os povos colonizados da África, Nova Zelândia, Áustria, América do Norte e do Sul.

Nessas comunidades, compreendia-se que a simples punição ou exclusão do infrator poderia representar prejuízo ao grupo, sobretudo porque, na maior parte dos casos, a produção econômica e subsistência eram coletivas, de maneira que excluir um dos partícipes do processo produtivo implicava retirar uma das peças de uma engrenagem que teria dificuldades de continuar a se movimentar sem o elemento extraído.

Em tal contexto, considerava-se o crime, ainda, como um dano capaz de atingir pessoas, ao mesmo tempo em que o infrator integrava o grupo constituído por essas mesmas, não podendo, nessa condição, ser excluído da coletividade em razão do crime. Dessa maneira, o criminoso era responsabilizado, a partir de rituais inspirados em princípios restaurativos, a fim de que restasse garantida a coesão grupal. Assim, a violação de uma norma implicava a adoção de medidas destinadas ao restabelecimento do equilíbrio. Para tanto, o infrator ficaria condicionado à reparação do dano provocado por sua conduta, fosse em relação ao prejuízo causado à vítima, fosse no que atine ao dano gerado para a comunidade, de maneira que os laços e relações existentes entre o agressor, a vítima e a coletividade restariam preservados.

Necessário ponderar que, embora alguns autores identifiquem no princípio de talião como antecedente mais antigo dos fundamentos restaurativos, a partir de uma ideia de compensação, assim como o seriam as restituições econômicas pelo cometimento de delitos durante a Idade Média, costuma-se, preponderantemente, associar o modelo restaurativo ao direito dos clãs e tribos primitivas (ACEVEDO; VARGAS, 2006, p. 154), a exemplo dos maoris na atual Nova Zelândia.

Como se vê, sobre o modelo restaurativo, pode-se dizer, portanto, que tem como baliza um redescobrimto de práticas reguladoras antigas. Dos citados maoris, rememoram-se as conferências de grupos familiares, ao passo que os círculos de cura e os círculos de sentenças são herança dos inuítes – indígenas esquimós habitantes das regiões árticas do Canadá, Alasca e Groelândia (CARIO, 2001, p. 134).

Nesse sentido, as palavras de Pranis (2010, p. 15), segundo a qual, na atualidade, as comunidades começam a se reunir, a partir de uma perspectiva circular, isto é democrática e inclusiva, com o objetivo de resolver conflitos sempre com vistas à manutenção de vínculos mútuos, realidade esta que remonta uma longa construção histórica:

Nossos ancestrais se reuniam num círculo em torno do fogo. As famílias se reuniram em volta da mesa da cozinha durante séculos. Hoje a Comunidade está aprendendo a se reunir em círculo para resolver problemas [...].

De maneira tal, assim como se verificava nas comunidades primitivas, o respeito à unidade do grupo humano consiste em meta básica da proposta restaurativa. Da mesma forma em que, conforme salienta Battle (2009, p. 39), para diversos povos africanos a coesão grupal orientava as práticas sociais, sendo esse princípio consagrado pela palavra *ubuntu*, que denomina a forma plural de *bantu*, caracterizadora dos vínculos linguísticos entre falantes de diversos grupos africanos, merecendo especial destaque o provérbio xhosa – que encontra correspondente, por exemplo, entre o povo zulu, mashi e swahili: “*Ubuntu ungamutu ngabanye abantu*” (“cada humanidade individual se expressa idealmente na relação com os demais” ou “a pessoa depende de outras pessoas para ser pessoa”). Tais concepções da tradição africana apontam para uma forma de resolução de conflitos orientada para a totalidade e integração da comunidade no sentido da recriação e recomposição do tecido social.

Para além dos antecedentes históricos mais remotos de estruturas gestoras de conflito de caráter integrador ora apontadas, constata-se que, já no século XX, em virtude da identificação das fragilidades do sistema retributivo, o modelo restaurativo tornou-se alvo de pesquisas, tendo logrado aplicação diante de situações de conflito das mais diversas naturezas, tais como comerciais, étnicos, impasses familiares, penais, ambientais e de consumo (SOUZA; ZÜGE, 2011, p. 829). Tal iniciativa, vale dizer, foi especialmente impulsionada pelo movimento da justiça reparativa no Canadá e Nova Zelândia em meados das décadas de 1970 e 1980.

De forma específica, no contexto canadense, em 1974, conforme aponta Sica (2007, p. 20-22), o programa denominado VOM – Victim-Offender Mediation (Mediação Vítima-Ofensor) experienciava suas primeiras atuações, mediante encontros em que a vítima e o ofensor estabeleciam, entre si, pactos de restituição, ao passo que, no âmbito neozelandês, um movimento inicialmente destinado a jovens infratores ganhou maior abrangência, sendo então intitulado como Family Group Conference (Conferência do Grupo Familiar), desta feita voltado não somente para a juventude, mas para conflitos envolvendo partícipes de qualquer faixa etária.

Bem assim, nos Estados Unidos, de acordo com Miranda (2013, p. 49), programas intitulados *diversion* sugerem, desde a década de 1970, medidas consideradas de tolerância

social para os violadores de normas, utilizando-se, para tal finalidade, de terapias psicológicas e sociais, sempre por intermédio da adoção de práticas extrajudiciais.

Contudo, Albert Eglash (apud DIGNAN, 2005, p. 94) é considerado o primeiro autor a empregar, propriamente, a terminologia “justiça restaurativa”, em texto datado de 1977, intitulado “Além da reparação: reparação criativa”, no qual o autor trata de três formas distintas de justiça criminal: a primeira delas correspondendo à justiça retributiva – enfática na punição dos ofensores -, a justiça distributiva – com preocupação com a reabilitação dos ofensores - e a última forma, concernente à justiça restaurativa – baseada no princípio da restituição.

De fato, a tendência das proposta restaurativa, ao pôr em foco não mais a transgressão à uma norma jurídica, mas a violação de pessoas e o dano gerado pela infração, prefigura um olhar calcado na restituição, na reparação do dano. De maneira tal, exsurge a necessidade de uma nova análise da relação existente entre a justiça e a sociedade, na medida em que se entrevê a importância de que o problema originado dentro da comunidade seja também dentro dela remediado, sendo esta a maneira potencialmente mais eficaz para reconstruir a coesão rompida, a partir do protagonismo dos sujeitos envolvidos no conflito.

Nessa esteira, uma mudança de perspectiva implica certa relativização do juiz e da justiça, posto que a existência de um juiz na base do poder monopolista do tipo estatal não é, necessariamente, o modelo mais justo ou mais racional por definição (RESTA, 2004, p. 100). É exatamente diante desse contexto que ganham relevo os denominados meios alternativos de resolução de conflitos, preconizados pelo modelo restaurativo.

Igualmente, ganha relevância o protagonismo dos partícipes da situação conflituosa, os quais já não mais são relegados à condição de expectadores de um Estado que, sozinho – apenas com interferências muito pontuais, via de regra, de caráter probatório, por parte dos sujeitos em conflito -, incumbe-se de fornecer a decisão para o caso concreto. A apropriação da gestão do conflito pelos referidos sujeitos, aliás, torna-se possível a partir do mais significativo pano de fundo da discussão do paradigma restaurativo: a redefinição do conceito de crime.

Como já referido anteriormente, falar em infração no contexto restaurativo já não diz respeito ao descumprimento de um dispositivo legal que possui como consequência necessária a resposta punitiva estatal. Cuida-se, antes, de uma violação de relações, uma

desestruturação do tecido social, que necessita ser reconstruído.

Dessa maneira, compreende-se que o modelo restaurativo parte de uma leitura relacional do fenômeno do crime (SICA, 2007, p. 165), de modo que a gestão da controvérsia deve abarcar as expectativas recíprocas de comportamento, na medida em que deve se constituir em um atividade comunicativa (SICA, 2007, p. 192).

Essa dimensão da intersubjetividade é própria de um modelo de justiça que faz recordar a importância dos relacionamentos, posto que, na concepção de Zehr (2008, p. 285), o modelo restaurativo coloca-os em primeiro plano, de maneira a fomentar a consideração do impacto do comportamento de uma pessoa sobre a outra e as obrigações geradas pelas suas ações.

Nesse sentido, compreende-se que o crime implica uma quebra da teia de relacionamentos, isto é, “o crime representa relacionamentos danificados”, na medida em que “relacionamentos danificados são tanto a causa como o efeito de um crime” (PELIZZOLI, 2008, p. 82). Afinal, apenas situações de desequilíbrio podem interromper a normalidade e, em última instância, são essas mesmas situações de desequilíbrio capazes de, reverberando, gerar ainda mais instabilidade.

A respeito do tema da justiça restaurativa, vale destacar que é Howard Zehr é mundialmente reconhecido como um dos pioneiros no estudo dessa seara do conhecimento, especialmente em virtude da sua obra denominada *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça), cuja primeira edição é datada de 1990.

A proposta apresentada por Zehr (2008) no corpo da referida obra se circunscreve na mudança da perspectiva sob a qual o crime é enxergado, de maneira que o “trocar as lentes” denota enxergar o mesmo fenômeno a partir de um posição diferente, que permite conceber um panorama igualmente diverso. De forma contrária, partir dos mesmos pressupostos, isto é, manter inalterada a compreensão do que se entende como crime, inviabilizaria pensar em respostas inovadoras para delitos.

Afinal, toda percepção é fundamentada a partir de um paradigma que permite ao sujeito enxergar em determinada direção, de modo que não se observa, não se analisa a partir do nada, de uma posição de total isenção. Existe um modelo a partir do qual é possível avaliar determinada situação, ainda que disto o observador não tenha - ou não queira ter -

consciência, isto é, o paradigma está presente na avaliação que se faz, assim como o paradigma está igualmente presente nas posturas que se adota a partir da avaliação efetuada.

Nessa linha, Zehr (2008) defende que essa mudança de lentes implica uma verdadeira revolução copernicana no campo da gestão de conflitos. Com isso, o autor pretende referir que, assim como as revoluções científicas, eventuais mudanças que se intente propor nesse campo do conhecimento seguem o exemplo da revolução encampada por Copérnico: mudam-se os referenciais quando se deixa de crer em um sistema geocêntrico para se enxergar um modelo heliocêntrico.

O exemplo, aliás, é bastante ilustrativo. Abalava-se todo um arcabouço teórico na medida em que se conseguia perceber que não o planeta Terra mas o sol ocupava o centro do sistema. A partir disso, passaram a ser supostos percursos diversos de movimentação dos planetas, postura esta que deu margem a novas teorias, que passaram a explicar os fatos de forma diversa. Afinal, Copérnico percebeu, ao promover uma crítica ao modelo ptolomaico, que o movimento da Terra poderia ser a solução de problemas astronômicos que há muito perturbavam estudiosos da temática (DAMÁSIO, 2011, p. 3).

Na mesma linha, o “potencial copernicano” do paradigma restaurativo é identificado na sua proposta de olhar o crime de forma diversa, que implica, como dito antes, uma reconceituação do fenômeno. Trata-se de uma nova forma de conceber o problema, que, por consequência, aponta para uma diferente forma de lidar com os conflitos.

Assim considera Zehr (2008, p. 170-171) que, sendo o crime uma violação de pessoas e relacionamentos e não uma simples mácula à lei – o que configura a mudança de perspectiva ou revolução copernicana aqui referida –, de modo que o exercício da administração de conflitos deve envolver a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

Pode-se dizer que integra, ainda, essa revolução copernicana, consubstanciada na reconceituação do crime, também uma reconceituação do conflito. Nessa linha, precioso o trabalho de Follet, que no início do século XX já apresentava, com particular sensibilidade, uma diferente compreensão do fenômeno do conflito, sobretudo considerando, na gestão de controvérsias, técnicas denominadas comumente de alternativas, por não se encontrarem, sobretudo à época, institucionalizadas.

Sob tal perspectiva, salienta Follet (1997, p. 298):

[...] O conflito é algo inerente às relações humanas e dele não podemos fugir, representa a diferença que habita a individualidade humana. Cada indivíduo tem propósitos, desejos e vontades pessoais que muitas vezes conflitam com os de outros. Devemos, assim, aproveitar a energia do atrito causado pela divergência de interesses, ideias e visões de mundo para construir novas realidades, novos relacionamentos, em patamares mais produtivos para todos os envolvidos no conflito. Pela Teoria Moderna do Conflito uma opção válida para solução dos conflitos é afastar a abordagem dominadora, comumente adotada, e a excessivamente concessiva para adotar uma terceira forma, a integradora de interesses de forma construtiva.

Observa-se, assim, que, para a autora, o dissenso e o atrito que lhe é próprio já não devem ser considerados como maus em sua essência, mas merecem ser contemplados como forças que precisam ser canalizadas não no sentido da dominação, mas da integração dos interesses. Assume uma postura dialógica, cujo objetivo é superar o impasse, abandonando-se a polarização da relação, mediante uma solução orientada para a convergência.

De fato, não é outra a proposta restaurativa, senão a da convergência, que se encontra para além da dominação e sentido destrutivo do conflito. Por isso o pensamento de Follet se afigura particularmente importante, na medida em faz atentar para a integração de interesses, quando o mais relevante não se adstringe ao conflito em si, mas, ao contrário, o olhar se volta às diferenças que se pretende direcionar, por meio de estímulos da criatividade e do consenso, em prol de formas outras solução da questão, quando se faz possível obter alternativas jamais pensadas (ALMEIDA JÚNIOR, 2002, p. 80).

Dessa forma, na visão da autora, ignorar o conflito ou não aceitá-lo implica inviabilizar a criação de condições favoráveis à gestão do impasse. Por essa razão, faz-se imprescindível lançar luz sobre as diferenças, os desejos frustrados, as expectativas não atendidas, em um exercício franco, que evidencie, de forma clara, o problema e viabilize sua administração.

Nas palavras da autora, é indispensável “trazer os desejos de cada lado a um lugar comum, em que possam claramente ser examinados e avaliados”, posto que “a avaliação, frequentemente conduz à reavaliação”, faz reconsiderar, rever, e, possivelmente, vislumbrar soluções antes não consideradas (FOLLET, 1997, p. 79)..

São estas posturas a serem adotadas quando se pretende gerir determinada controvérsia segundo o modelo restaurativo, no qual, como visto, prepondera a responsabilização pelas consequências da conduta adotada pelo agressor, mediante a reparação dos danos causados e encontro com a vítima. Afinal, o modelo retributivo configura

uma instância alheia ao fato, que afasta o agressor da realidade gerada por sua conduta, desconstruindo a realidade do dano, excluindo a vítima da resolução da contenda, e, por fim, desumanizando a relação social na situação existente.

Naturalmente, o espaço de recepção dessa diferenciada concepção de justiça encontra diversas sortes de limitação, especialmente em virtude dos sistemas de pensamento jurídicos, que costumam - ao bifurcarem o direito em pelo menos duas grandes categorias consideravelmente díspares - resguardar à esfera civil a possibilidade de negociação, a participação mais ativa das partes na resolução do conflito, isto é, a abertura à criatividade, enfim. Diante disso, quanto aos conflitos enquadráveis no âmbito penal, dificilmente, de acordo com essa tradicional construção teórico-metodológica, poderiam eles absorver os interesses das partes conflitantes, exceto no ponto em que estes se coadunassem com o interesse público, resguardado pelo poder de punir estatal.

Em semelhante sentido, o entendimento de Pires (1999, p. 66), para quem enquanto o direito civil é imaginativo, flexível e criador, aceitando negociações entre as partes mediante a partilha em vistas da justiça e equidade, o direito penal é mal equipado e limitado no que atine às decisões possíveis para resolver o conflito, sendo-lhe atribuída apenas a função de distribuir o mal e pagar com a mesma moeda. Utilizando-se da metáfora das moscas na garrafa, que, uma vez atraídas ao interior do recipiente, não conseguem dele sair por temer o gargalo, cuja passagem é mais estreita, insistindo em se debaterem no fundo da garrafa - aparentemente mais amplo - o autor destaca que o mesmo ocorre em relação ao direito penal, pois, embora haja insatisfação em relação a ele, o medo do gargalo impede a tentativa de construir propostas diversas, de modo que as soluções que são pensadas, a partir da estrutura da garrafa, somente reforçam mais as paredes do compartimento, sendo impossível deixá-lo (PIRES, 1999, p. 67).

Grande esforço teórico, portanto, faz-se necessário no sentido de questionar uma cultura jurídica eminentemente punitiva, que jamais ousou desafiar os pressupostos de punibilidade da pena. Perguntas como “Qual o verdadeiro fundamento da punição?” ou “Há racionalidade na imposição da pena?” ou, ainda, “O retribucionismo vai além de um mero princípio de vingança?” não parecem ser formuladas e respondidas com franqueza por grande parte das teorias da pena. Diante disso, nota-se um profundo potencial sísmico em propostas de gestão de conflitos que fazem refletir acerca de pressupostos que, em regra, não costumam

ser postos em xeque.

Nesse contexto, a proposta restaurativa, calcada em uma reconceituação do próprio crime, permite considerar como ponto fulcral não mais a imposição da dor ao infrator, no ato de ameaçá-lo ou aterrorizá-lo. O objetivo, em verdade, circunscreve-se na reafirmação de uma obrigação no momento em que esta foi infringida, para fortalecer o sentido do dever, tanto do infrator quanto daqueles que testemunham o ato infracional, as pessoas que a infração tende a desmoralizar (SCURO NETO; PEREIRA, 2000, p. 7). A orientação, como se pode vislumbrar, é no sentido não da exclusão e estigmatização do infrator - com base no princípio da culpa -, mas da integração, do *ubuntu*, isto é, da valorização da premissa de que cada pessoa, para ostentar a sua condição humana, depende das demais, sem que isto, por outro lado, exclua a necessária responsabilização pela conduta perpetrada.

3.2 Pensando a Justiça Restaurativa e possíveis aportes teóricos

Se é verdade que uma comprometida e responsável análise do fenômeno da gestão de conflitos caracterizados como crimes permite entrever uma série de incoerências de ordem teórica – como o aponta a já mencionada teoria agnóstica da pena – e de ordem prática – ante a improvável e improvada eficácia do modelo retributivo – mostra-se necessário um estudo mais aprofundado da proposta restaurativa, que ultrapasse o “pano de fundo” apresentado no item anterior, a fim de se demarcar sua diferenciação em relação ao modelo retributivo e, conseqüentemente, traçar uma mais sólida conceituação da proposta restaurativa.

Com tal intento, cumpre empreender, por ora, esforços no sentido de uma fundamentação do paradigma restaurativo. Para tanto, pretende-se apontar um alicerce filosófico que sirva a tal modelo de gestão de conflitos, especialmente a partir da contribuição da obra de Paul Ricoeur.

Isto porque, como visto, o princípio da culpa encontra aporte nas obras de autores como Kant e Hegel, os quais, a partir do retribucionismo, consideram a punição autorreferencial (o que a faria prescindir de qualquer outra finalidade que não a simples imposição da pena), ao passo que a lógica da proposta restaurativa se mostra bem diversa. Por isso, quanto a este paradigma restaurativo, o presente estudo encontrou na obra ricoeuriana interessante contribuição filosófica.

Inicialmente, antes de se buscar compreender o projeto ético de Ricoeur e o seu potencial de subsidiar um modelo restaurativo de gestão de conflitos, faz-se necessário compreender aquilo que o autor entende como mal moral, isto é, ações passíveis de repreensão e imputação por se desviarem do código ético:

No rigor do termo, o mal moral, o pecado em linguagem religiosa, designa o que torna a ação humana objeto de imputação, de acusação e de repreensão. A imputação consiste em consignar a um sujeito responsável uma ação suscetível de apreciação moral. A acusação caracteriza a própria ação como violação do código ético dominante na comunidade considerada. A repreensão designa o juízo de condenação, em virtude do qual o autor da ação é declarado culpado e merece ser punido (RICOEUR, 1988, p. 23).

Vale salientar que, embora o foco do presente capítulo seja extrair, da ética ricoeuriana, elementos que corroborem com a proposta restaurativa, necessário fazer referência àquilo que o autor entende por moral, conceitos estes que não se confundem. Segundo Padilha (2012, p. 2), Ricoeur considera que esta última se caracteriza por uma forte ambiguidade, pois, se de um lado, pode significar aquilo que é estimado bom; de outro, pode representar aquilo que se impõe como obrigatório. Em função disto, Ricoeur designa “ética” a busca por uma vida boa e realizada, ao passo que “moral” implica a articulação desta intenção em normas de caráter universal e constrangedor. Tem-se, do lado da ética, uma herança aristotélica, de conteúdo teleológico, e, da parte da moral, uma herança kantiana, que parte de um ponto de vista deontológico (MAGALHÃES, 2002, p. 104).

A denominada acusação e conseqüente repreensão derivam, portanto, como referido, da violação de um dever moral, o qual a estrutura jurídico-estatal se arvora na posição de resguardar, por regra, mediante o estabelecimento de castigos e variada sorte de punições.

Nesse contexto, o castigo, segue conservando forte carga de repreensão, ou seja, de expiação, atrelado, de alguma forma, à própria ideia de pecado, pois, cuidando-se de uma resposta ao desviante social, representa uma retorsão de vingança, de medida de expiação pelo mal cometido.

Diante disso, Ricoeur (2008a, p. 187-188) conclui que essa persistência da violência-vingança implica que apenas se chegue ao sentido da justiça *a contrario sensu*: a partir do protesto contra a injustiça, de maneira que o grito “É injusto!” expressa, não raro, a verdadeira natureza da sociedade e o lugar que a violência nela ocupa com uma intuição mais certa que todo o discurso racional ou razoável sobre a justiça.

Isto quer significar que, em um contexto em que a cultura de pensamento é expressivamente punitiva, mesmo a noção de justiça é construída a partir da perspectiva da vingança, ou seja, compreende-se por justo não o que, em essência o é, mas a negação do injusto, um conceito, pois, sempre construído às avessas. A tendência disso é uma concentração de forças na violência e não no discurso sobre a justiça *de per si*.

Nesse sentido, constatando Ricoeur que é na atitude da queixa que o indivíduo se dá conta do campo do injusto e do justo, e que, perante o aparato jurídico, as pessoas continuam a se queixar, lamentam-se, pedem reparação, o filósofo sugere a necessidade de identificar o obstáculo que se interpõe, obstando um autêntico senso de justiça: o desejo de vingança, o desejo de “fazer justiça com as próprias mãos”, o qual, no mais das vezes, resulta em um “somar violência à violência” (RICOEUR, 2008a, p. 6).

Assim, se indignação perante o injusto, ao motivar o desejo de retribuição, em muitas ocasiões, paralisa e impede a formação de um senso de justiça autêntico, o pensamento ricoeuriano propõe contrapor a esse conceito negativo de justiça, constituído a partir da insatisfação ante o injusto, aquilo que denomina como o “desejo da 'vida boa' com e para os outros em instituições justas”, uma noção positiva de justiça portanto (RICOEUR, 1991, p. 202). Trata-se, pondo-se em foco, especificamente, o tema do presente estudo, de uma alternativa ante a necessidade de superação da lógica da vingança que, atualmente, estrutura a resposta ao crime.

Cuida-se da composição de uma tríade, formada pelo “bem viver” - associado à ipseidade ou estima de si -, pelo “com e para os outros” - relativo à alteridade - e, finalmente, pelas “instituições justas” - na dimensão da igualdade, enquanto propriedade da justiça.

Na realidade, esses elementos constituem aquilo que se denomina pequena ética na obra da Ricoeur, a qual tem como norte a intersecção de dois eixos: o horizontal, que remete à constituição dialógica do Si, a partir de uma atitude relacional (“com e para os outros”), ao passo que o eixo vertical se baseia na ideia de bom como obrigatoriedade, como uma orientação teleológica (“querer a vida boa”), de maneira que o lugar filosófico do justo está localizado no ponto de intersecção desses dois eixos ortogonais e dos percursos que eles demarcam (RICOEUR, 2008a, p. 7)

Da máxima “desejar a vida boa com e para os outros em instituições justas”, desprendem-se diversos elementos relevantes para uma possível fundamentação filosófica do

modelo restaurativo de gestão de conflitos, sendo aqui destacadas duas dimensões: I. A aspiração pela justiça, enquanto vida boa, ou seja, a consagração do bem viver por excelência, que se forja, inclusive, por intermédio das estruturas/instituições estatais justas; e II. A alteridade contida na indicação de que o bem viver se dá a partir de uma construção conjunta (“com”) e direcionada (“para”) aos outros.

Do primeiro ponto da pequena ética ricoeuriana, elencado como aporte filosófico do paradigma restaurativo, importante compreender o que pretende significar a busca por bem viver, que encontra inspiração no conceito aristotélico de vida boa, ancorado sempre na práxis, na atitude de experienciar, ainda que a ação contenha, em si, um componente teleológico que lhe é inerente.

Existe, na concepção de Ricoeur, um horizonte ético imanente na ação, que a orienta para o bem. Nesse sentido, as palavras do autor :

É essa noção de bens imanentes à prática que a integração das ações parciais na unidade mais vasta dos planos de vida fornece uma extensão paralela. Lembramos de que maneira a teoria narrativa suscitou a tomada em conta desse grau mais elevado da integração das ações nos projetos globais, incluindo por exemplo vida profissional, vida de família, vida de lazer, vida associativa e política [...] (RICOEUR, 1991, p. 208).

Diante da existência desse elemento teleológico orientador da práxis, identifica-se um liame fundamental entre a vida boa e a justiça: a noção de justiça é conduzida pelo propósito de implementação do bem viver que a inspira. Por essa razão, a constituição de instituições justas depende do bem viver, bem assim, a um só tempo, influencia-o e, em alguma medida, determina-o.

Isto porque, para o filósofo, a intenção de “viver em instituições justas já pertence ao plano teleológico definido pela meta de vida boa” (RICOEUR, 2008b, p.66), de maneira que falar em busca por instituições justas possui rebatimentos necessários na aspiração ao bem viver.

Partindo para o segundo elemento da pequena ética ricoeuriana - neste trabalho erigido como possível contribuição filosófica do paradigma restaurativo -, no que atine, portanto, ao “com e para os outros”, denominado, pelo autor, solicitude, vale conceituá-lo como a estima do outro. Assim é uma vez que, enquanto a estima de si, primeiro momento da perspectiva ética ricoeuriana, implica a busca por bem viver, o “com e para os outros” aponta para a necessidade de que a efetivação de tal busca não exclua a alteridade, segundo momento de seu

projeto ético.

De maneira tal, a estima do outro não se ajunta de fora à estima de si, mas ambas se constituem de maneira dialógica, sem que uma possa ser pensada sem a outra (RICOEUR, 1991, p. 212). Afinal, se de um lado o indivíduo estima a si mesmo quando demonstra capacidade de agir no mundo, de avaliá-lo, de avaliar-se a si próprio, bem como quando traça para si bons planos de vida e age de acordo com tais, seguindo os padrões de excelência, de outro lado estima o outro quando o reconhece como um outro-eu, ser que age no mundo, e também ele, como o “eu”, é capaz de elaborar bons planos e cumpri-los (PINTO, 2012, p. 52).

Destaque-se que a interconexão entre a estima de si e estima do outro muito se explica pela terminologia utilizada pelo autor. Assim é uma vez que Ricoeur, não por acaso, fala de “estima de si”, no lugar de “estima de mim”. Ora, dizer “si” não significa a mesma coisa que dizer “mim”, isto é, como bem destaca o autor, “Dizer si não é dizer eu [*moi*]” (RICOEUR, 1991, p. 212).

Aliás, como é de se notar a reflexividade do “si” diz respeito a todas pessoas gramaticais, incluso não apenas o meu, mas também o teu, fator que conduz à alteridade, de maneira que outro está presente (GARRIDO, 2002, p. 13), sendo não apenas percebido, mas, igualmente, acolhido.

Essa compreensão proporcionada pela ética ricoeuriana serve de sólida base para a perspectiva restaurativa de gestão de conflitos, na medida em que, ao abordar a ideia de solicitude, consistente no movimento do si em direção ao outro, em um exercício de abertura e reconhecimento, o autor faz refletir acerca da disposição à aceitação do outro, sem a qual não é possível pensar o modelo restaurativo.

Afinal, pode-se mencionar que falar em justiça restaurativa significa ir além do paradigma retributivo - em que a imposição da sanção leva o infrator a concentrar-se em si mesmo, não em suas vítimas e na coletividade -, que não garante a efetiva responsabilização, isto é, a tomada de consciência, por parte do infrator, dos danos gerados pelo crime e o compromisso de repará-los. Isto porque, no modelo restaurativo, tenciona-se que o criminoso transponha o ato de simplesmente suportar o castigo imposto para assumir, de fato, a responsabilidade por sua conduta, com todas as consequências daí advindas.

Para tanto, o reconhecimento da humanidade do outro, por parte dos envolvidos no conflito, que supõe um movimento para fora da estima de si, mostra-se imprescindível, pois,

como visto, a estima de si e a solicitude caminham juntas, invariavelmente, sendo, inclusive, esta última decorrência da primeira, ambas, concomitantemente, componentes da perspectiva ética ricoeuriana.

É preciso, assim, que a estima do outro aflore, de modo a concretizar o movimento do si ao encontro do outro, aspiração de reciprocidade e reconhecimento. Cuida-se de uma petição ética mais profunda, da reciprocidade, que institui o outro como meu semelhante e eu mesmo como semelhante do outro (BENTES; SALLES, 2011, p. 109).

Assim como pretende a proposta restaurativa, o movimento do si para o outro implica abertura e, conseqüentemente, possibilidade de diálogo. Isto é, a partir do reconhecimento da humanidade do outro, oriundo do exercício da solicitude, já não é possível compreender uma ideia de justiça pautada na imposição da dor e da ameaça como método de expiação ante o cometimento de determinado crime.

Da mesma maneira, pensar acerca do bem viver, sem desprezar a dimensão das instituições justas que o integram, também fornece importante aporte para a proposta restaurativa, uma vez que a justiça das instituições abarca a meta de que a gestão do conflito, do ponto de vista metodológico, seja igualmente direcionada para o bem, dirigida à exclusão da vingança e da resposta violenta ao crime, ou seja, da punição pura e simples.

Isto porque, como modalidade jurídica, a justiça restaurativa, na sua tentativa de empreender a reparação do dano e reconstrução dos laços sociais rompidos, abandona a concepção meramente vingativa da vítima, e mesmo da comunidade, em relação ao infrator e se propõe, através da escuta dos testemunhos das partes no conflito envolvidas, à construção de possibilidades mais autênticas de concretização da justiça (SOUZA, ZÜGE, 2011, p. 831).

Assim sendo, as duas dimensões extraídas da obra de Ricoeur, o bem viver, que inclui as instituições justas, e o com e para os outros se interpenetram, ambos no sentido da efetivação do senso de justiça enquanto norte ético.

Importante, ainda, referir que na práxis da solicitude, afigura-se imprescindível o saudável diálogo entre o si e o outro, a fim de que, conjuntamente, seja possível construir resultados satisfatórios para ambas as partes. Afinal, a busca pela vida boa – primeiro momento da ética ricoeuriana – a partir de instituições justas, faz-se com e para o outro, não sendo simplesmente resultado de uma prática solipsista.

Cuida-se de uma mudança da estrutura da consciência, a qual abandona a tendência

totalizadora. Identifica-se, assim, que tal orientação segue a tendência ao abandono do modo de subjetivação que predominou na modernidade, então marcada pela hegemonia do solipsismo da relação sujeito-objeto, em detrimento da noção de interdependência.

Nesse sentido, Rossato (2008, p. 30) esclarece que:

A solicitude, em relação à estima de si, requer que uma ação seja considerada boa apenas quando for praticada em favor de outrem; e em relação ao senso de justiça, eleva a bondade ao patamar de qualidade ética presente no curso das ações. Assim, longe de ser impulsionada pelo desejo egoísta e pelo culto exacerbado do eu, a solicitude, de outro modo, avança no sentido do reconhecimento mútuo e na perspectiva da vida boa com e para o outro em instituições justas.

Na mesma senda, o paradigma restaurativo se vale de formas não violentas de solução de conflitos para lograr resultados satisfatórios para todos os envolvidos no impasse, a partir da abertura ao outro que, no conflito, interpela o “si”.

Assim, a proposta restaurativa, precisamente porque representa alternativas a um modelo tradicional de responsabilização que se pauta, preponderantemente, na imposição da dor – e, portanto, da violência - como missão precípua da justiça criminal, pretende lograr o rompimento do ciclo da violência, incluso a institucionalizada no aparato criminal retributivo, mediante técnicas não-violentas de gestão de conflitos, que facilitem o diálogo e o acolhimento do outro.

Como se pretende demonstrar adiante, a justiça restaurativa representa um caminho de solidificação do diálogo na gestão de conflitos. Cuida-se, nessa medida, de um exercício de solicitude, na construção de uma vida boa, com e para o outro – em comum, portanto -, mediante instituições justas, tal como aponta a pequena ética ricoeuriana.

É possível observar, ainda, no pensamento ricoeuriano, importante tema que, ali, ganha contornos de transversalidade: a denominada regra de ouro, apontada como uma norma de transição entre a solicitude ética e a regra moral, isto é, entre uma dimensão teleológica e outra de caráter deontológico, ou entre o desejo de bem viver e o respeito devido a normas obrigatórias (SALLES, 2013, p. 106-107) .

Inicialmente, importante destacar que a denominada “regra de ouro”, também conhecida como ética da reciprocidade, consiste em um princípio encontrável entre diversas religiões, numerosas culturas e mesmo no campo da filosofia, segundo o qual um indivíduo não deve fazer ao outro aquilo que não quer que se faça consigo mesmo.

Intensamente difundida pelo cristianismo, a fórmula, no entanto, é muito mais antiga

do que a cristandade e talvez, a regra não seja nem mesmo transmitida, mas reinventada por cada povo a cada novo ciclo cultural, posto que, já no século VI a.C., é encontrada no zoroastrismo, sob a forma da assertiva “a natureza humana é boa somente quando ela não faz aos outros qualquer coisa que não seja boa para ela” (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 1).

Como dito antes, segundo a análise de Ricoeur, existe, na denominada regra de ouro, um elemento de moralidade, a partir do qual o autor sugere-a como um substitutivo do imperativo categórico kantiano, apontado, anteriormente no presente trabalho, como fundamento filosófico do modelo retributivo de administração de conflitos.

A distinção entre as duas propostas é especialmente demarcada pelo fato de que a compreensão ricoeuriana não se esgota no princípio da autonomia, que, ao pressupor que os indivíduos são livres para agir ou não em conformidade com as regras morais, justifica a regra da punição como imperativo categórico.

Em Ricoeur, ao contrário, a problemática do conflito e sua gestão não é considerada a partir de uma perspectiva solipsista, própria da noção de autonomia (o indivíduo, podendo comportar-se em consonância com a regra moral, optou por descumpri-la), mas o oposto disso: considera o aspecto intersubjetivo da ação humana, no que destoia da proposta kantiana, a qual sustenta, de forma monológica, a regra de universalização de máximas morais, desconsiderando as relações entre as pessoas, elemento fundamental da análise do conflito (SALLES, 2013, p. 109).

A riqueza do olhar de Ricoeur reside, portanto, em recepcionar a dimensão da intersubjetividade. Tal como se extrai da ideia de solicitude tecida pelo autor e já neste trabalho apresentada, que assimila a intersubjetividade à proposta ética do autor, as considerações feitas pelo filósofo acerca da problemática do conflito apontam, de sua parte, para uma postura de acolhimento do outro quando da efetivação da justiça, a partir do que Ricoeur denomina lógica do dom.

No pensamento ricoeuriano, identifica-se uma tentativa de compatibilização entre a chamada ética da reciprocidade – que se baseia em uma lógica da equivalência, de não fazer aos outros o que não se quer que façam eles a si - e a lógica do dom ou da superabundância, isto é, da troca de dons (presentes), que quer significar o respeito mútuo de um para com os outros (RICOEUR, 2006, p. 164).

Pode-se dizer, assim, que o esforço de Ricoeur parte de duas “lógicas”, a da

reciprocidade, que governa o sentido da medida própria da justiça, e a do dom, que orienta a ausência de medida própria do amor, de maneira que há uma dupla referência : amor, tal como expresso no mandamento evangélico de amar os inimigos e a justiça, segundo a reciprocidade própria da regra de ouro (SALLES, 2013, p.107).

Trata-se de uma reorientação hermenêutica de uma lógica da equivalência, que passa a ser ressignificada, direcionada pelo mandamento do amor (amar mesmo os inimigos):

Desligado da Regra de ouro, o mandamento de amar os próprios inimigos não é ético, mas supra-ético, como toda a economia do dom ao qual ele pertence. Para não tender ao não-moral, até mesmo ao imoral, ele deve reinterpretar a Regra de ouro e, ao fazer isso, também ser reinterpretado por ela (RICOEUR, 1996, p. 180).

Essa proposta supraética apresentada no pensamento ricoeuriano, encontra-se associada à ideia de justiça que, para o autor, relaciona-se com a regra de ouro. Enquanto a justiça tende a apresentar uma resposta de equivalência, de simetria, a lógica do dom ou da superabundância é calcada na não-reciprocidade, isto é, funda-se no reconhecimento da interdependência dos indivíduos e, em consequência disso, preza pelo reconhecimento mútuo, solidariedade, todas essas práticas relativas a uma lógica de generosidade, da gratuidade própria ao dom.

Como visto antes, quando se tratou especificamente da chamada pequena ética ricoeuriana, isto é, do “desejo de bem viver, com e para os outros, em instituições justas”, nota-se que a obra deste autor é marcada pela presença do elemento denominado solicitude, identificado precisamente na vida “com e para os outros”. Compreende-se, da forma antes vista, como um conteúdo de acolhimento ao outro e de solidariedade, perfeitamente identificável com uma proposta de gratuidade e convivência acolhedora, assim como o propõe a lógica do dom.

A partir, portanto, da reorientação da regra de ouro sugerida por Ricoeur, que implica uma reconfiguração da própria ideia de justiça, ao se inserir o dom como elemento necessário desse conceito, permite-se divisar uma nova proposta de gestão de controvérsias, desta feita calcada em uma construção “com e para os outros”, quer dizer, em uma prática que reconhece a interdependência entre os indivíduos e o exercício da solicitude.

De fato, a economia da dádiva ou do dom, no pensamento ricoeuriano, orienta para uma práxis sedimentada na gratidão, a partir da atitude de reconhecimento mútuo, como medida destinada à construção de relações éticas. Isto porque a meta de Ricoeur é substituir a

ideia de luta (busca pelo reconhecimento, isto é, que os outros o reconheçam) pela noção de dom (buscar, antes, reconhecer o outro, construindo-se um reconhecimento recíproco, mútuo).

Dessa maneira, propõe-se suplantar a ideia de luta para dar lugar ao reconhecimento mútuo, a partir de formas não-violentas, que busquem não inflamar o conflito (GRZIBOWSKI, 2014, p. 111), a partir de uma tentativa de sair do “eu dominador, do eu quero, eu posso, eu violento, para a inversão ou a tentativa determinada pelo mandato do outro” (GRZIBOWSKI, 2012, p. 109).

3.3 A cultura de paz e suas interpenetrações na proposta restaurativa

Inicialmente, antes mesmo de se adentrar nas reflexões que constituem a centralidade deste tópico, necessário, ante a pretensão de abordar a ideia de cultura de paz, compreender em que consiste o conceito de cultura.

Não se trata de tarefa simples. A esse respeito, destacando a inexistência de um conteúdo inequívoco no referido conceito, delineou Bauman (1999, p. 16-20) que a ideia de cultura que ganhou notabilidade no fim do século XVIII reflete uma ambivalência em torno da permissão e restrição - caráter inconclusivo que os autores que se aventuraram na temática intentaram, sem sucesso, eliminar -, afinal, o conceito permanece na fronteira entre criatividade e regulação normativa, amalgamando uma ideia compósita: de invenção e preservação, descontinuidade e prosseguimento, rotina e quebra de padrões, isto é, constitui-se por uma paradoxalidade incurável.

A noção de cultura encerra, assim, um caráter eminentemente dialético, que reconhece que, a um só tempo, ela representa o impulso da criatividade e funciona como instrumento de rotinização da vida, de modelação e conformação social, isto é, em última instância, de estabilização.

Nesse contexto, exsurtem e são decantadas formas de agir no mundo em resposta às necessidades humanas. Assim se expressa a vida por intermédio da arte, das tecnologias, da linguagem ou do conhecimento científico, por exemplo.

Se cultura - na etimologia da palavra - significa lavoura, cultivo agrícola, isso sugere que se trata de um movimento de regulação e, concomitantemente, de crescimento espontâneo, de maneira que o cultural representa aquilo que pode ser mudado, mas, bem assim, aponta que o material a ser alterado tem sua existência autônoma., a qual então lhe

empresta algo de recalcitrância da natureza (EAGLETON⁹, 2005, p. 13).

Diante desse quadro, em que se admite a cultura como ambiente de abertura ao novo e, ao mesmo tempo, de engessamento, o conceito de cultura de paz se afigura, da mesma forma, enquanto processo de construção e estabilização de valores.

A denominada cultura de paz é assunto que toca, diretamente, a temática da justiça restaurativa, posto que guarda, em seu bojo, um conteúdo humanístico, pois, segundo se compreende, deve ser assimilada não apenas como a simples ausência de violência, mas como a constante e crescente construção de práticas de respeito aos direitos humanos. Porquanto se trata de uma cultura, é passível de progressivo *cultivo*, pelos agentes sociais, cujas ações, e aspirações podem, gradativamente, forjar e estabilizar uma nova forma de ser e estar no mundo.

Aliás, na mesma linha posicionou-se a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura) ao tratar sobre o tema, reconhecendo a cultura de paz enquanto práxis e regulamento social, ao estipular, pela Resolução nº 53/25, o decênio internacional da promoção de uma cultura de não-violência e da paz em prol das crianças do mundo (UNESCO, 1998, p. 1):

A Cultura de Paz se constitui dos valores, atitudes e comportamentos que refletem o respeito à vida, à pessoa humana e à sua dignidade, aos direitos humanos, entendidos em seu conjunto, interdependentes e indissociáveis. Viver em uma Cultura de Paz significa repudiar todas as formas de violência, especialmente a cotidiana, e promover os princípios da liberdade, justiça, solidariedade e tolerância, bem como estimular a compreensão entre os povos e as pessoas.

Pode-se afirmar, portanto, que construir uma cultura de paz implica promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio governante de todas relações humanas e sociais, transformações estas que vão desde a dimensão dos valores, atitudes e estilos de vida até a estrutura econômica e jurídica, as relações políticas internacionais e a participação cidadã (MILANI, 2003, p 31).

Este reconhecimento da paz como cultura de implementação de direitos e garantias relativas à dignidade humana, perpassa pela ideia de que, a paz, assim como a violência, é

9 Importante salientar as orientações ideológicas diversas dos autores mencionados na constituição da ideia de cultura utilizada neste trabalho: Eagleton com seu viés marxista – ainda que apresente uma tendência à desconstrução - e Bauman, visto como ex-marxista – embora guarde, em verdade, alguma essência do pensamento de Marx. Mesmo diante da consciência de que ditos autores partem de olhares diversos, encontra-se, em alguma medida, consonância no que diz respeito à visão da cultura enquanto processo ambivalente, de abertura à criatividade e, a um só tempo, de estabilização mediante a rotinização.

parte da condição humana que é, ao mesmo tempo, criada e controlada pela cultura (GÓMEZ, 2003, p. 18), de maneira que a experiência da paz pode ser construída, cotidianamente, mediante a promoção de valores como a justiça, liberdade, igualdade e solidariedade.

Como anteriormente destacado, a justiça restaurativa, enquanto caminho de solidificação de práticas de resolução de conflitos pautadas na participação dos sujeitos, respeito a seus dizeres, reconhecimento da autonomia das partes na administração das soluções para o caso, etc., afigura-se alinhada à denominada cultura de paz, isto é, à lógica da não-violência.

Compreendida a paz não como um conceito negativo, mas como estrutura e processo, ou seja, como valores de paz (justiça social, participação, diversidade cultural, etc.) que trilham um processo de fortalecimento (CABEZUDO; HAAVELSRUD, 2010, p. 269), observa-se que ela se configura como infraestrutura necessária à implementação dos próprios direitos humanos e chega mesmo a se confundir com tais direitos. Por tal razão, entende-se que a busca pela implementação da paz é, antes, um exercício de luta pelos direitos humanos. A respeito destes, a propósito, vale tecer algumas reflexões.

Entende-se por direitos humanos, na configuração atualmente conhecida, aqueles que localizam a vida humana na posição de valor-fonte, os quais, a partir do século XVIII, passaram a ser positivados em declarações, tais como a Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Trata-se de direitos referentes à existência humana, não restritos a um determinado povo ou coletividade. Tanto assim, que as primeiras declarações dessa natureza representaram, precisamente, a inovação de, embora emanadas no bojo de determinado país, destinarem-se à categoria humana de maneira geral.

Inicialmente, tratava-se da tutela de direitos civis e políticos, de cunho liberal e individualista, considerados de primeira dimensão. Pressupunham o absentéismo estatal, razão pela qual são intitulados de direitos negativos.

Posteriormente, os ordenamentos jurídicos passaram a tutelar direitos de segunda dimensão, de caráter social, econômico e cultural, marcados por um modelo de Estado intervencionista, em superação do liberalismo extremo da dimensão anterior. Localizados no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, afiguraram-se como resposta às demandas que à ocasião surgiam, de atuação estatal direta e positiva, ante a clara falência do modelo liberal-

burguês de economia.

Por fim, fala-se em direitos de terceira dimensão, de natureza transindividual ou difusa, caracterizados por pertencerem a todos os indivíduos concomitantemente, ao mesmo passo que não pertencem a nenhum indivíduo de forma específica. São direitos titularizados por toda a coletividade, a exemplo do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁰.

Como se vê, as mencionadas dimensões são cumulativas: à medida que uma sucede à outra, passam a integrar um rol em constante expansão, convivendo entre si. De maneira tal, as dimensões de direitos não suplantam umas as outras mas se complementam¹¹.

Diante de tais direitos, que constituem, juntos, a ampla categoria dos direitos humanos, afigura-se a cultura de paz como um contexto de práticas e valores que, em última instância, se ocupam de assegurar o respeito a referidos direitos, na medida em que inexiste paz, em seu sentido efetivo – paz positiva e não apenas negativa -, em um contexto de negação de direitos.

A esse respeito, pode-se dizer que a paz positiva implica a existência de justiça social, quer dizer, não se limita à ideia de livrar-se de algo, mas, ao contrário, abrange a perspectiva de estabelecer algo ainda inexistente (CABEZUDO; HAAVELSRUD, 2010, p. 262), o que exige uma postura proativa, seja no campo institucional, seja no social.

Nesse contexto enquadra-se a justiça restaurativa como uma medida de garantia de implementação de direitos – ou, em último caso, como mecanismo para solidificação de uma cultura de paz -, especialmente por se tratar de uma abertura ao acesso à justiça e à preservação da dignidade dos envolvidos no conflito, na medida em que, inseridos no processo de resolução e reparação do dano gerado, já não mais são relegados à condição de meros expectadores da atuação estatal.

Assim, é possível visualizar que tal modelo de justiça se propõe a, por intermédio da inclusão dos sujeitos no desfecho do processo de implementação da justiça, que a vida humana e sua dignidade ocupem, de fato, a posição de valor-fonte do sistema de resolução de

10 Autores como Paulo Bonavides defendem a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que podem ser conceituados como direitos humanos efetivamente tutelados pelo ordenamento jurídico. A esse respeito, consultar: BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 570.

11 Destaque-se, inclusive, a utilização, no presente trabalho, da terminologia “dimensões” dos direitos humanos, no lugar de “gerações”, posto que esta última expressão costuma se afigurar equívoca, uma vez relacionada à noção de substituição de uma geração pela outra. A fim de se evitar tal associação errônea, portanto, optou-se pelo emprego da primeira terminologia.

conflitos.

Assim é porque se entende que o primeiro passo na defesa dos direitos humanos se constitui no respeito a esses direitos já quando da própria escolha do meio que se pretende usar para defendê-los (MULLER, 2006, p. 14), de modo que a justiça restaurativa, em especial, se coaduna com tal ideal, na medida em que se erigem meios centrados na manutenção da coesão grupal, isto é, porque se pauta na busca pela harmonização social.

Neste ponto, identifica-se a interface entre o modelo restaurativo e a a cultura de paz, vez que destinados ambos, em última caso, à efetivação de práticas de respeito aos direitos humanos, posto que, enxergando-se o crime como violação de pessoas e vislumbrando a necessidade de se reparar o dano gerado, aponta-se para a figura humana como ocupante da centralidade de todo o sistema de gestão de conflitos.

Diante das reflexões já efetuadas, faz-se possível, agora, trazer à análise as práticas restaurativas que, no Brasil, são passíveis de aplicação, no âmbito judicial ou não, em virtude de conflitos classificáveis como de ordem penal, o que será feito no capítulo subsequente.

4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS NA SEARA PENAL BRASILEIRA

*No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto
(...)
mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos
saem todos a passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas.
(Paulo Leminski)*

Uma vez apontados alguns aspectos teóricos relevantes acerca do paradigma restaurativo, permite-se, agora, que se adentre em uma dimensão prática – embora se utilize, metodologicamente, de uma análise documental essencialmente bibliográfica - que considere a realidade de concretização do referido modelo de gestão de conflitos.

O intento consiste em refletir sobre a inserção dos princípios restaurativos na práxis, considerando suas múltiplas formas de implementação, para, no último capítulo da pesquisa, observar os pontos de intersecção entre os referidos princípios e o ideal de acesso à justiça.

Nesse sentido, considerando o recorte teórico empreendido neste trabalho, confere-se enfoque aos conflitos considerados de caráter penal, embora, como já referido, o presente estudo não ignore que tal categorização configura mera convenção, vez que inexistente diferença ontológica entre os conflitos alcançados pela legislação penal e os tratados pela legislação cível, cuidando-se, em verdade, de uma escolha política por tratar a situação conflitual de tal ou qual forma.

Sobre tal compreensão, aliás, inolvidável o pensamento de Christie (1998, p. 13), para quem “os atos não são, eles se tornam alguma coisa”, de maneira que o crime não existe por si: ele é criado, posto que consiste em uma atribuição de significado a determinados atos

Conferindo-se prosseguimento à presente empreitada analítica, consideram-se as práticas restaurativas já efetuadas no país – em grande medida influenciadas pelas experiências internacionais -, seja em âmbito judicial, seja em contextos extrajudiciais, sendo

abrangidas não apenas as consideradas integralmente restaurativas, mas também aquelas que apenas parcialmente apresentam potencial restaurativo, conforme, adiante, procura-se esmiuçar.

4.1 Práticas restaurativas institucionalizadas no âmbito do judiciário nacional

As práticas restaurativas configuram uma proposta de implementação de formas não-violentas – isto é, de consolidação da cultura de paz – diante de situações de conflito. No caso brasileiro, especificamente, tais práticas encontram-se relacionadas a projetos descritos como de modernização da justiça.

Os objetivos dessa política dizem respeito à ampliação do acesso à justiça, à redução da morosidade do aparelho judiciário, à redução do formalismo da justiça, bem como ao incentivo à participação comunitária nos processos de resolução de conflitos, encontrando um modo de promoção no país através da Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, através do incremento técnico e a humanização do sistema de justiça brasileiro (SCHUCH, 2008, p. 501). A implantação da justiça restaurativa no Brasil insere-se nesse eixo, reunindo a necessidade de modernização da justiça mediante a promoção da paz e ensejando a criação de novos procedimentos de produção de soluções concretas.

Com o intuito de implementar esse paradigma de justiça com promoção da paz, exsurtem diversas técnicas de mediação, conciliação ou transação. É possível identificar, assim, variadas formas de aplicação dos princípios restaurativos, conforme se explicitará adiante.

No que atine à aplicação da proposta restaurativa no contexto da resolução de conflitos de natureza penal, há quem enxergue óbices para tanto, especialmente em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa pública.

A bem da verdade, no ordenamento jurídico nacional, vigem os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade deste tipo de ação, consistindo o primeiro na vinculação do Ministério Público, que deve promover a ação penal uma vez identificada a ocorrência de conduta típica e antijurídica, por força do art. 129 da Constituição Federal, o qual confere ao *Parquet* a condição de *dominis litis* da ação penal de iniciativa pública¹² (BRASIL, 2014b). A seu turno, a indisponibilidade se caracteriza por, uma vez oferecida a denúncia, não mais se

12 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

afigurar possível ao Ministério Público, desistir do livre seguimento do processo, conforme a letra do art. 42 do Código de Processo Penal Brasileiro¹³ (BRASIL, 2014c).

A despeito dos mencionados princípios, que representam, em alguma medida, uma restrição à utilização de métodos diversos da persecução penal na resposta ao crime, observa-se uma tendência à sua flexibilização, especialmente diante da possibilidade da suspensão condicional do processo e da figura da transação penal, com o advento da Lei nº 9.099/95. Também nas infrações cometidas por adolescentes, com o instituto da remissão, confere-se considerável discricionariedade ao órgão do Ministério Público (PINTO, 2005, p. 29), debilitando-se os imperativos da obrigatoriedade e indisponibilidade.

Vale referir a impertinência de se mencionarem, aqui, os denominados substitutivos penais tais como as penas restritivas de direitos, as quais consistem em uma substituição da pena privativa de liberdade, com possibilidade, no entanto, de efetivação do encarceramento em virtude do descumprimento da reprimenda substitutiva¹⁴. Dita impertinência reside no fato de que tais substitutivos penais não dizem respeito a uma tendência de efetiva minimização do projeto encarcerador mas, muito ao contrário, reforça-o, na medida em que remanesce a possibilidade de prisão na hipótese de descumprimento das determinações alternativas, sendo esta ameaça o que a estas confere garantia (CARVALHO, 2010, p. 133).

Diante disso, preconizando-se pelo enfoque de institutos introduzidos no sistema penal brasileiro por força da Lei nº 9.099/95, expressivas as palavras de Pinto (2005, p. 29):

Mas com as inovações da Constituição de 1988 e o advento, principalmente, da Lei nº 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico do Brasil, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo em nosso país mesmo sem mudança legislativa.

Como se pode observar, há uma progressiva tendência, acompanhada pela própria legislação, à relativização das instâncias judiciais formais na gestão dos conflitos, a partir do que se depreende a possibilidade de inserção dos métodos restaurativos, com esteio no princípio da oportunidade regrada ou discricionariedade regrada.

No processo penal, mencionado princípio configura uma mitigação ao mandamento

13 Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

14 Sobre o caráter substitutivo das penas restritivas de direito, dispõe o art. 44 do Código Penal Brasileiro estatui: “ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando [...]§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão” (BRASIL, 2014)

da obrigatoriedade que, como regra, vincula a atuação do membro do Ministério Público. Isto porque as medidas de caráter despenalizador acolhidas no Brasil, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.099/95 – através da transação penal e suspensão condicional do processo -, sob o império do princípio da oportunidade regrada, apontam para uma certa discricionariedade que se atribui ao órgão acusador, a qual relativiza a obrigatoriedade inarredável do ajuizamento de ação penal de iniciativa pública.

Neste particular, é possível apontar a influência do instituto do direito comparado, denominado *plea bargaining*, o qual constitui modelo de justiça criminal consensual no direito estadunidense que se caracteriza, em linhas gerais, pela negociação entre a acusação e a defesa, em momento anterior ao julgamento, de modo a garantir a responsabilização do infrator, o qual admite a culpa ou opta por, mesmo sem discuti-la, assumir a medida que lhe seja atribuída. Em qualquer hipótese, o objetivo é de lograr algumas concessões conferidas pelo órgão julgador, como por exemplo, a redução das penas a serem aplicadas ao réu.

No primeiro caso, isto é, na hipótese de admissão de culpa, fala-se em *guilty plea*, enquanto no caso de não discussão da culpa, cuida-se do *nolo contendere*, espécies de produção negociada de soluções ou de verdades processuais.

Assim sendo, o regime de verdade no bojo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos repousa sobre a ideia de que a verdade é fruto de uma decisão consensual sistematicamente negociada, isso é válido para ambos os casos: *guilty plea* e *nolo contendere*, respectivamente quando a barganha que se faz entre a promotoria e a defesa, quando o réu se declara culpado, ou nas hipóteses em que a decisão que encerra a arbitragem, pelo judiciário, dos conflitos em que o réu não se declara culpado (LIMA, 1997, p. 171) .

De tal maneira, é possível afirmar que, influenciados pelo modelo estadunidense de produção de verdades processuais, os mencionados institutos jurídicos de despenalização no contexto brasileiro, ante a inexigência de declaração formal da existência de culpabilidade ou não do alegado infrator, apresentam-se como porta de entrada para as práticas restaurativas.

Afinal, a imposição de pena e culpabilização já não configuram consequências imprescindíveis do conflito de natureza penal, isto é, em alguma medida, ainda que timidamente, visualizam-se soluções alternativas que interrompem a normalizada violência anômica, trivializada pelas instâncias judiciais em suas respostas punitivistas .

É possível vislumbrar, assim, uma nova opção, apresentada ao membro do Ministério

Público, à denúncia, mediante a transação e suspensão condicional do processo previstas na Lei nº 9.099/95¹⁵ (BRASIL, 2014d):

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(...)

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Ainda que tais medidas demonstrem baixo conteúdo restaurativo, posto que pouco reintegram o ofensor à comunidade, assim como o potencial de reparação da vítima e de outros eventuais envolvidos na situação de embate costuma se apresentar de pouca monta, é possível constatar que constituem um indicativo de um prisma diverso de gestão de conflitos mesmo no interior do próprio judiciário.

Se, como já referido, as medidas de despenalização já previstas na legislação possuem caráter reparativo de pouca expressão – mas nem por isso desmerecedor de consideração – apontam elas para um novo horizonte institucional, reconhecido, inclusive, pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Poder Judiciário e dotado de poder regulamentar.

Assim, de acordo com a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo mencionado órgão, acerca da política nacional do judiciário destinada ao tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, dispõe que (BRASIL, 2014e):

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses

15 Não se olvide que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz instituto semelhante, aplicável a atos infracionais cometidos por adolescentes. Porém, porquanto não possui caráter propriamente penal (aqui se enquadram apenas os crimes e contravenções penais), não será analisado em profundidade. De qualquer sorte, ilustrativo o dispositivo pertinente: “Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo” (BRASIL, 2014).

serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Como se vê, os mecanismos consensuais de gestão de controvérsias passam a gozar de um reconhecimento ainda não experimentado na própria política do judiciário nacional, de maneira que a lógica restaurativa encontra, muito mais claramente, acolhida.

Nessa linha, vivencia-se a criação de câmaras de conciliação, mediação e arbitragem, assim como de núcleos de mediação comunitária, os quais representam um movimento de experimentação de práticas restaurativas, muito embora, não raras vezes, sejam enxergados, pelos profissionais da área jurídica, simplesmente como válvulas de escape na tentativa de desafogar as instâncias judiciais tradicionais de resolução de conflitos.

De qualquer sorte, nesses espaços, observa-se que, sob alguma orientação e controle do poder judiciário, conferindo apoio ao cumprimento dos acertos promovidos por conciliadores, mediadores ou agentes comunitários, mediante homologação ou execução de acordos ou decisões arbitrais. Vale destacar, porém, como referido anteriormente, que os espaços de cunho negocial de gestão de conflitos costumam ser reservados a assuntos de ordem civil, já que situações caracterizadas como penais costumam ser efetivamente judicializadas, aplicando-se-lhes, quando muito, o procedimento da Lei 9.099/95, antes mencionado.

Não obstante isso, há, no conteúdo da citada resolução do Conselho Nacional de Justiça, a possibilidade de os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania se estruturarem para gestão de conflitos que toquem a temática penal. Nesse sentido, a dicção da Resolução nº 125/2010:

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

De certa forma, a concretização desta meta, perpassa por um rearranjo, a partir de uma reformulação da cultura punitivista, cultura esta que inadmite o diálogo e negociação em temas dessa espécie. Faz-se necessária uma modificação na maneira de se pensar e agir diante da questão criminal.

O revanchismo arraigado nos procedimentos referentes a situações com implicações

no direito penal configura uma resistência na aplicação de métodos alternativos de gestão de controvérsias, sobretudo quando o papel acusatório do Ministério Público finda por sobrepujar qualquer possibilidade de acordo, sob o principal argumento de que, em matéria penal e tratando-se de crimes cuja ação é de iniciativa pública, vigora o princípio da indisponibilidade, que vincula o órgão ministerial à apresentação de denúncia.

De mais a mais, a necessária judicialização da integralidade conflito já não aparece como via irredutível, mas, ao contrário, aponta-se um caminho não unívoco, que permite formas outras e agentes diversos no processo de gestão das controvérsias, a exemplo de experiências implementadas na Europa Continental, onde a utilização de procedimentos de mediação nos estágios finais do processo judicial é um recurso típico de projetos e programas de justiça restaurativa (SCURO NETO, 2008, p. 15), os quais buscam adaptá-la às possibilidades existentes na própria legislação, na medida em que esta prevê mecanismos de despenalização.

4.2 A justiça restaurativa para além das instituições jurídicas formais

A par do panorama institucional apresentado, apontados os atuais instrumentos formais que indicam a inserção das práticas restaurativas no contexto nacional¹⁶, cabe, por ora, mencionar algumas iniciativas dessa natureza que, no contexto nacional, buscam implementar métodos restaurativos para além das instâncias judiciais, em ambientes, por exemplo, educacionais ou outros espaços comunitários.

Afinal, como já referido em outros momentos no presente trabalho, as instâncias jurídico-penais se afiguram apenas como uma – dentre outras possíveis – das formas de controle social. Especialmente em se tratando da implementação de práticas restaurativas que, em diversos casos, implicam a relativização da justiça institucionalizada, imprescindível que o presente subtópico se dedique a lançar luz sobre as diversas formulações de tais medidas, implementadas extramuros do aparato jurídico formal.

16 Optou-se por não se abordar o Projeto de Lei nº 7.006/06, cujo objeto diz respeito a inserção de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal pátrio, na medida em que, embora represente uma tendência de reconhecimento do modelo restaurativo de gestão de controvérsias, ainda não logrou aprovação não obstante tramite em regime prioridade. Atualmente, encontra-se o referido projeto aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), conforme acompanhamento de projetos de lei de que dispõe o sítio da Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 26 maio 2014.

No caso brasileiro, exemplos significativos da aplicação de práticas restaurativas para além das estruturas do Poder Judiciário se materializam no Programa de Justiça Comunitária, apoiado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, e pautado na mediação comunitária de conflitos, educação para os direitos e fortalecimento de redes sociais, no sentido da coesão da comunidade, superando-se fragmentações e polarizações em seu seio, ocasionadas pelas controvérsias, na contramão da atomização da sociedade civil.

O quadro abaixo é, nesse sentido, ilustrativo, na medida em que apresenta, por acréscimo, alguns mecanismos concretos de efetivação do modelo de justiça em foco:

Lugares de Aplicação da Justiça Restaurativa					
Casual ou informal	Sob controle judiciário		Sob controle judiciário	Judiciário	Pós-judicial
	Detenção	Registro de uma queixa policial	Registros dos chefes de acusação (antes do pronunciamento da sentença.	Pronunciamento da sentença	Depois do pronunciamento da sentença
Características					
Encaminhado pelos cidadãos ou por representantes de estabelecimentos não penais (escolas, org. comunitário, empresa, etc.)	Encaminhado pelos Policiais	Encaminhado pelo promotor público	Encaminhado pelo juiz ou pelo promotor Público	Exercido pelo juiz	Encaminhado pelos serviços correccionais e diversos Interventores.
Ex.: projeto de mediação de distrito, de mediação escolar, escritório de direito	Ex.: comitê de justiça	Ex.: sanções extrajudiciais	Ex.: círculo da Sentença	Ex.: sanções Restaurativas	Ex.: encontros entre os condenados e as vítimas nas prisões (" diálogo sensoriais")
Não adoção de mecanismos jurídicos			Adoção de mecanismos civis	Adoção de mecanismos jurídicos	

Fonte: Jaccoud, 2005, p.174¹⁷.

Considerando-se que há ambientes judiciais e extrajudiciais de aplicação da proposta restaurativa, é possível referir a existência de diferente níveis nos quais se podem efetivar as práticas desse paradigma de gestão de conflitos, sendo eles o policial (antes da apresentação de denúncia ou queixa), o nível acusatório (após a denúncia ou queixa), o nível processual

17 O comitê de justiça citado no quadro diz respeito a um comitê comunitário, a exemplo daqueles existentes em Québec, Canadá, constituído com o fim de implementar práticas restaurativas de caráter extrajudicial.

(momentos antes da existência de sentença) e, por fim, o nível de execução, como alternativa ao encarceramento (UNODC, 2006, p. 13). Afinal, pode-se afirmar que um programa de justiça restaurativa se destina a qualquer das etapas do sistema de justiça penal, não sendo necessário utilizá-lo unicamente para fins de desjudicialização (DATIMER; DOWDEN; MUISE, 2001, p. 3).

Note-se que o quadro apresentado, a nível jurisdicional, apresenta diversas outras opções que ultrapassam o recorte operado no presente capítulo, como, por exemplo, os denominados círculos de sentença ou os diálogos sensoriais. Na realidade, o quadro aponta experiências restaurativas experimentadas, inclusive, em outros países, muitas delas não implementadas em solo nacional. Mostra-se útil, no entanto, especificamente no que atine ao enfoque que se pretende, agora, empreender: o de apontar determinadas práticas restaurativas que, no Brasil, são realizadas à revelia do ambiente jurisdicional formal, isto é, nos lugares casuais de aplicação da justiça restaurativa.

No contexto brasileiro, aponta-se a justiça restaurativa em âmbito escolar como experiência pioneira, cujo marco temporal no país é o ano de 1998, época na qual empreendeu-se a iniciativa denominada “Projeto Jundiaí”, no bojo do qual, com o intuito de identificar mecanismos de prevenção da violência em escolas públicas, implantou câmaras restaurativas, que consistem em um encontro de protagonistas de um incidente, que se reúnem na presença de um coordenador para deliberar sobre as consequências do evento e as suas implicações futuras, sendo os encontros “pareados” (vítima + apoio; infrator + apoio), possuindo o coordenador *status* de autoridade – conferida, por um código de regras concebidas coletivamente (SCURO NETO, 2008, p. 5-7).

Para além das chamadas câmaras restaurativas, pode-se mencionar três processos claramente identificados como restaurativos, quais sejam, a mediação de infrator e vítima, reuniões com grupos de familiares e os círculos.

A mediação caracteriza-se pelo encontro entre vítima e ofensor na presença de um facilitador treinado para a discussão sobre a resolução do problema; ao passo que a reunião aumenta o número de participantes no encontro, que conta com a presença de partidários dos dois polos do conflito; enquanto os círculos, de sua parte, são também integrados por representantes da comunidade, quando os participantes, sentados em círculo, que passam, um a um, a “peça da fala”, de modo que apenas à pessoa que segura o artefato é permitido falar

(PARKER, 2005, p.248-249).

Em qualquer dos métodos apresentados, identifica-se, como ponto em comum o caráter participativo e integrador dos envolvidos na controvérsia, mas, sobretudo, nota-se uma busca por resultados efetivamente restaurativos, que sanem o dano oriundo do conflito ao mesmo tempo em que logrem evitar eventuais novos embates. Trata-se, em última instância, de uma preocupação com soluções eficazes, úteis, em resumo, justas em essência. Diante disso, faz-se necessário pensar na contextura de uma noção de justiça que abarque tais matizes: utilidade, eficácia e prestabilidade da solução conferida ao conflito.

Assim, porquanto apresentadas algumas linhas de práticas restaurativas aplicáveis ao contexto brasileiro – sem qualquer pretensão, ressalte-se, de se esgotar as referidas espécies – pode-se partir a um outro momento do presente estudo, consistente em reflexões acerca do conceito de acesso à justiça

5 REFLEXÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

*A qualquer hora, o que se chama vida
pode mudar da água pro vinho. Ou vice-
-versa. Cada palavra proferida —
uma sentença grave, uma tolice —
pode retornar feito um bumerangue
capaz de destruir o que encontrar.
E nada que se funde em carne e sangue
escapa dessas bólides de ar:
o amor e demais estados de graça,
reputações, ações, fazendas, gado,
longos corredores, salas de espera —
tudo à mercê do que afinal não passa
de ar comprimido, aos poucos exalado,
que logo se dissipa na atmosfera.
(Paulo Henriques Britto)*

O presente capítulo, com o intuito de tratar da temática do acesso à justiça – que, adiante, será confrontado com o modelo restaurativo - e no sentido de buscar uma mais profunda reflexão sobre o tema, propõe-se a uma espécie de “dissecação” do conceito, dele extraindo, inicialmente, a ideia de justiça. A respeito desta, na realidade, inexistente uniformidade de conceituação, motivo pelo qual se mostra ainda mais necessária uma análise em separado da compreensão de justiça neste trabalho adotada.

A partir da construção da ideia de justiça na presente pesquisa assumida, será possível compreender em que consiste o movimento de acesso, o qual motiva uma reestruturação do próprio judiciário, com rebatimentos, naturalmente, nas práticas de gestão de conflitos. Nesse sentido, aliás, importante notar que desde o ano de 2007, a Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, definiu a democratização do acesso à justiça como eixo prioritário para as ações e iniciativas que se pretendia empreender nos próximos anos. Cuida-se de uma política nacional no sentido de implementar uma verdadeira realidade de democratização ao acesso que não se restringe ao ingresso perante as instituições judiciais, mas, antes, intenta reformular o próprio aparato judicial, na sua estrutura e funcionamento.

Nesse contexto, o capítulo presente se propõe a apresentar, ademais, as denominadas ondas de acesso à justiça, que dizem respeito ao progressivo alargamento da garantia de acesso, sendo apontados três principais momentos nesse itinerário: o primeiro deles se

caracterizando pela busca da assistência judiciária aos mais pobres, enquanto o segundo momento intentou assegurar formas associativas de tutela, para proteção dos interesses coletivos e difusos, ao passo que a denominada terceira onda traz como corolário a existência de procedimentos predispostos e adequados à tutela dos direitos.

A partir da análise das mencionadas ondas, adiante, intenta-se construir um conceito de acesso à justiça que considere os elementos trabalhados em cada um desses momentos, de maneira a, em momento subsequente, operar-se um cotejo entre o conteúdo principiológico do ideal de acesso à justiça e os fundamentos do modelo restaurativo, dada sua proposta de efetivação da justiça.

5.1 Observações sobre a ideia de justiça

Evidentemente, é pressuposto de um estudo com pretensão de alguma profundidade procurar trabalhar conceitos prévios, necessários a uma mais detalhada visão do tema em foco. No caso da presente investigação, pensar acesso à justiça pressupõe, a fim de subsidiar a compreensão deste, tecer considerações sobre a noção de justiça, elemento integrante do referido conceito.

Não obstante o caráter aparentemente intuitivo da ideia de justiça, não se pode incorrer, por óbvio, na ingenuidade de se imaginar tratar-se de uma noção unívoca, a respeito da qual seja possível entrever definições prontas e categóricas. De fato, no senso comum, há uma tendência de se considerar justiça um equilíbrio de interesses, isto é, quando se verifica o respeito pelo direito de terceiros, quando se fazem cumprir os deveres a cada pessoa correspondentes.

O caráter acadêmico desta pesquisa, no entanto, exige que se supere uma noção simplesmente intuitiva de justiça. De tal forma, com o objetivo de traçar um indicativo para a tessitura de uma ideia de justiça alinhada com as análises aqui empreendidas, será retomado o pensamento ricoeuriano, abordado no segundo capítulo, a fim de, a partir dele, extrair-se uma adequada construção da referida categoria conceitual.

Inicialmente, importante volver à multicitada pequena ética ricoeuriana, sintetizada na busca pelo bem viver com e para os outros em instituições justas. Desde este ponto de partida, pode-se extrair a ideia de justiça apresentada pelo autor, que, de certa forma, encontra-se amalgamada na sua proposta ética.

Na realidade, a justiça, em Ricoeur, apresenta uma dupla perspectiva, qual seja, a justiça como virtude e como instituição. No primeiro caso, tem-se o plano do sujeito individual, que no esforço pelo bem viver, pauta-se em uma sabedoria prática, através da qual busca a melhor ação dentre as ações possíveis, de maneira que a justiça possibilita o bem viver entre desiguais, enquanto a amizade favorece a boa partilha e o viver junto entre iguais (CÉSAR, 2004, p. 312). No segundo caso, isto é, tratando-se da justiça como instituição, tem-se uma noção que ultrapassa a estrutura do Judiciário, na mesma medida em que o justo não se encontra reduzido ao legal (VILLELA-PETIT, 2013, p. 173).

De tal maneira, pode-se referir que, em Ricoeur, o conceito de justiça, em sua dimensão institucional, não se restringe, em uma perspectiva reducionista, ao aparato estatal formalizado. Na mesma linha, as palavras do próprio autor, para quem o sentido de falar em justiça a partir de um enfoque ético, implica ir para além das instituições formais, posto que este olhar, “não se esgota na construção de sistemas jurídicos que ele suscita” (RICOEUR, 1991, p. 164). Ao contrário disso, o que se entende por justiça, ao assumir um sentido amplo, revela-se como a estrutura do bem viver em coletividade, em um sistema referente a direitos e deveres, responsabilidades e poderes (CÉSAR, 2004, p. 313).

Ambas as perspectivas apresentadas – a justiça como virtude e como instituição - se orientam num sentido de compatibilização, numa perspectiva dialética, através da qual se constrói uma noção de justiça que implica uma opção feita pela pessoa, devido às suas aspirações de vida boa, isto é, uma virtude aplicada ao outro, assim como engloba a instituição enquanto mediadora da liberdade individual, no sentido de garantir a aspiração da vida boa para cada um (RAPOSO; CÉSAR, 2008, p. 4). Dessa maneira, trata-se de um conceito tecido a partir do sujeito e, a um só tempo, da alteridade que se forja no seio da instituição que seja considerada justa e legítima.

É de se observar, aqui, a distinção já operada antes entre a moral e a ética. A visada da vida boa ou bem viver, que integra a concepção de justiça, sob a perspectiva do sujeito, trabalhada por Ricoeur, situa-se no plano ético, não se confundindo, portanto, no simples cumprimento de uma regra moral, de caráter constrangedor. Por isso, do pensamento do autor, extrai-se a prioridade da ética sobre a moral e, diante disso, é possível, ainda, concluir que não basta à justiça, enquanto instituição, preconizar pelo legal – cumprimento da regra moral -, mas faz-se imprescindível que, no plano institucional, aspire-se pelo ético, pois, do contrário,

não se mostra possível a concretização do adágio “viver bem, com e para os outros, em instituições justas”.

Nessa medida, como se pode notar, o terceiro elemento da pequena ética de Ricoeur, isto é, o “em instituições justas”, incumbe-se, em última instância, da busca primordial pelo bem viver. Para tanto, as instituições se destinam a mediar a ação dos sujeitos em sociedade. Em qualquer caso, portanto, o objetivo é lograr a finalidade pretendida no bojo do projeto ricoeuriano, o qual determina, um conteúdo ético que, necessariamente, deve orientar a práxis institucional. Afinal, “[...] o bem viver não se limita às relações interpessoais, mas se estende à vida das instituições¹⁸” (RICOEUR, 1990, p. 227, tradução nossa).

Dessa forma, no pensamento do autor, a justiça como instituição não diz respeito a uma relação com o tu – relação interpessoal -, mas refere-se a cada um, dada a universalidade da justiça, o que quer dizer que esta ultrapassa a dimensão do face a face.

A reflexão, no entanto, ganha contornos de maior profundidade. Isto porque falar, no caminho ético ricoeuriano, em instituições justas, como sugere Corá (2010, p. 192), implica enxergar, por um lado, a instituição como ponto de aplicação da justiça e, por outro, a igualdade como conteúdo ético da ideia de justiça.

O horizonte ético que integra a justiça das instituições é, nesses termos, necessariamente atravessado pelo critério da igualdade. Nas palavras do próprio Ricoeur (1991, p. 236): “a igualdade, de qualquer maneira que a modulemos, é para a vida nas instituições, o que a solicitude é nas relações interpessoais”. Assim, se, no plano do face a face, as relações, pretensamente éticas, devem se pautar na solicitude, no plano institucional, a orientação deve ser a igualdade, de maneira que seja atribuído a cada um o que lhe compete, estabilizando-se, assim, possíveis desequilíbrios ou conflitos.

Diante das considerações apresentadas - que, devido à limitação imposta pelo objeto de estudo deste trabalho, tem seu desfecho, embora com a ciência de que não possui o condão de encerrar as discussões ora levantadas -, podem-se arrematar essas linhas gerais sobre o conceito de justiça em Ricoeur, referindo-se que o importante legado que do autor se extrai para a presente pesquisa se circunscreve na compreensão de que a justiça, especialmente quando considerada sob seu viés institucional, carrega, ínsito, um conteúdo ético, pautado em um critério de igualdade, o qual aponta, sobretudo, para a busca pelo bem viver no corpo das

18 “[...] le vivre-bien ne se limit pas aux relations interpersonnelles, mais s'étend à la vie des institutions”.

próprias instituições. Tal realidade apresenta notável proximidade com o que se compreende por acesso à justiça, nos termos trabalhados no item subsequente.

5.2 Ondas do acesso à justiça: vagas no extenso mar dos direitos humanos

A partir das considerações sobre a justiça apresentadas no subtópico anterior, adentra-se agora no tema do acesso à justiça enquanto movimento, no campo dos direitos humanos, no sentido da sua efetivação e implementação, especialmente em face das situações de conflito. Nesse sentido, alguns elementos de ordem histórica precisam ser apresentados.

Como já mencionado antes, historicamente, tendo em conta a apropriação, por parte do Estado, da gestão do conflito, na exata medida em que essa administração estaria, necessariamente, albergada nas instâncias estatais, extirpou-se, por regra, do domínio da coletividade, o ato de ministrar o conflito¹⁹.

Diante do monopólio estatal da jurisdição – que se pode traduzir, de forma simplificada, como, a exclusividade na missão de aplicação da lei - natural que se esperasse desse mesmo Estado a capacidade de responder a todos os conflitos que se lhe apresentassem, posto que beiraria à esquizofrenia, incumbir-se da solução e, ao mesmo tempo, ser incapaz de fornecê-la a tantos quantos necessitassem do pronunciamento jurisdicional.

No princípio do século XX, tanto na Áustria como na Alemanha, foram frequentes as denúncias de discrepâncias entre a procura e a oferta de justiça, sendo várias as tentativas para a minimizar tal descompasso, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil, levada a cabo de Franz Klein, na Áustria), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis, quando, durante pós-guerra essa questão ganhou mais significativa notabilidade (SANTOS, 2003, p. 167).

Forjou-se, nessa linha, o conceito de acesso à justiça, que desde os primeiros estudos na década de sessenta do século passado, passou por uma evolução a que se convencionou chamar “ondas de acesso à justiça”, que, insertas no grande tema dos direitos humanos (por isso, aliás, o título do presente tópico, o qual pretende apontar para a relação de pertencimento do acesso à justiça e suas ondas no bojo dos direitos humanos, na amplitude que estes

¹⁹ Ilustrativa, nesse sentido, a disposição do Código Penal Brasileiro, que, em seu art. 345, veda a autotutela, isto é, torna imprescindível o papel do judiciário na gestão dos conflitos, ao estatuir: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa (BRASIL, 2014a).

caracteriza), encontram-se marcadas em três momentos.

A primeira delas se caracterizou pela garantia de assistência judiciária aos mais pobres, proporcionando-lhes serviços advocatícios gratuitos, de forma que, aos considerados, em lei, como pobres, incapazes de arcar com o custo da contratação de um advogado, seriam fornecidos serviços de profissionais para lhes defender os interesses sem que, para tanto, houvessem de suportar o ônus financeiro a isto correspondente.

A denominada segunda onda se caracterizou pela realização de reformas com o intuito de superar a tradicional postura individualista do processo civil, objetivando pôr um fim às violações de direitos difusos, que incidiam sobre categorias inteiras de pessoas, mormente os consumidores, os quais não possuíam - cada desses indivíduos isoladamente - força suficiente para se contrapor à outra parte significativamente mais forte. Assim que se buscou a criação de formas associativas de tutela, por meio das quais se pudesse ampliar a legitimação para proteção dos interesses coletivos e difusos. De tal modo, esta legitimação foi concedida a órgãos públicos, privados ou a representantes individuais autorizados a litigar em nome do grupo.

No caso específico do Brasil, é de se notar que essa passagem de uma dimensão para a outra, isto é, da busca pela assistência judiciária para as formas associativas de tutela, tanto em termos da produção acadêmica como no que diz respeito a reformas jurídicas, acompanhou os denominados países centrais, mas por motivos diversos. Afinal, no país, tais discussões:

[...] são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde. [...] tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanham o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais (JUNQUEIRA, 1996, p. 390-391).

De qualquer sorte, também no Brasil, a terceira onda²⁰ se caracterizou por um novo enfoque do conceito de acesso à justiça, tendo como corolário a existência de procedimentos

20 Vale salientar que existem aqueles que identificam, ainda, uma quarta onda do acesso à justiça, a qual consistiria no acesso às carreiras jurídicas e à questão de como garantir que, uma vez inseridos na carreira, os profissionais do campo jurídico tenham acesso à justiça, perspectiva esta que se encontra atravessada pelo tema da qualidade da profissionalização em tal campo do conhecimento. Cf. ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (Org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 61-76.

predispostos e adequados à tutela dos direitos. Nesse sentido, destaca Gomes Neto (2005, p. 93):

Enquanto que nas fases anteriores do acesso à justiça o obstáculo a ser transposto eram as espécies de pobreza econômica e organizativa, o adversário passou a ser a própria estrutura do sistema processual em seus pontos de incompatibilidade com a efetivação dos novos direitos, passando-se a buscar alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.

Cuida-se de um alargamento gradual do conteúdo da mencionada garantia de acesso à justiça, a exemplo da experiência dos direitos humanos, na sua generalidade, que, igualmente, apresentam um processo histórico de expansão, dada sua “tendência a se suceder em cascata” (HUNT, 2007, p. 147).

Tanto assim que, no campo da teoria dos direitos humanos, fala-se em dimensões, conforme as considerações tecidas no capítulo segundo do presente trabalho. As mencionadas dimensões são cumulativas, de modo que as sucessoras não suplantam as antecessoras, da mesma maneira em que as ondas de acesso à justiça representam garantias que se somam, ou seja, implicam em um estiramento do conceito, daí a metáfora contida no subtítulo que abre o presente subtópico: “Ondas do acesso à justiça: vagas no extenso mar dos direitos humanos”, no qual ditos momentos do acesso à justiça representam ondas que se seguem e, a um só tempo, misturam-se – sem exclusão –, no bojo do largo mar dos direitos humanos.

Afinal, a garantia de acesso à justiça, inserida na realidade dos direitos humanos, pode ser considerada como um direito que é base para os demais, uma vez que o movimento do acesso à justiça é tratado como um problema político, social, econômico e cultural, e não apenas como um problema pontual do poder judiciário (MORALLES, 2006, p. 51).

De tal modo, identifica-se, a partir desta compreensão, duas finalidades precípua do sistema jurídico: a universalidade de acesso e a produção de resultados socialmente justos, os quais buscam aproximar o processo, leia-se a técnica processual, da justiça social (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Assim, o estudo do acesso à justiça passa a ser desvinculado de uma acepção formal, que o equipara ao direito de ação previsto nos Códigos de Processo, sendo algo muito mais denso, indo além de simples garantia da institucionalização do conflito através de um procedimento judicial.

Em tal contexto, assumida essa última perspectiva acerca do ideal de acesso à justiça,

preciosa é a lição de Cintra, Dinamarco e Grinover (1998, p. 33) os quais salientam que o conceito de acesso à justiça sugere o oferecimento de uma ordem jurídica justa e não apenas a simples abertura do judiciário às pretensões que se lhe apresentem os jurisdicionados. Por este ângulo, defendem: “Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à *ordem jurídica justa*”.

Na mesma senda, Watanabe (1988, p. 128) aduz que o acesso à Justiça não pode ser visto “nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

É neste sentido que Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 13) defendem ser o acesso à ordem jurídica justa não apenas um direito social fundamental, mas é ele também “o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

Em âmbito brasileiro, importantes marcos legislativos apontam para a recepção das chamadas ondas cappellettianas mesmo antes da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito ao primeiro e segundo estágios. São exemplos a Lei 1.060/50, no bojo da qual são estipuladas normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados; a Lei nº 6.938/81, que, ao tratar da Política Nacional de Meio Ambiente, conferiu legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados, para a propositura da ação de responsabilidade civil e criminal por danos ambientais; bem como a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

De fato, tais diplomas legislativos são indicativos concretos de uma preocupação pela efetivação do acesso à justiça em duas direções: a primeira destinada à facilitação do ingresso nas instâncias formais, mediante a disponibilização de procuradores aos pobres na forma da lei; ao passo que a segunda direção apontava para a constituição de formas associativas de tutela, em atenção à ênfase dos direitos difusos, impulsionados, de forma especial, pela proteção ao meio ambiente, na medida em que se notabilizaram as teorizações e debates acerca da necessidade de preservação ambiental aproximadamente no final dos anos sessenta e início dos anos setenta.

A denominada terceira onda do acesso à justiça, em terreno nacional, é temporalmente enquadrada em momento bem mais recente, a partir da sanção de diplomas legislativos com o escopo de tratar de problemas tais como a morosidade processual e falhas estruturais no próprio corpo do Poder Judiciário.

Nessa linha, são exemplos a se citar o advento de juizados nos quais, *a priori*, o acompanhamento de advogado era dispensável, assim como se preconizava pela informalidade, conforme a previsão da Lei nº 7.244/84 – atualmente não mais em vigência, vez que revogada pela Lei nº 9.099/95 -, destinada à criação dos juizados especiais de pequenas causas, também no sentido de uma popularização da prestação judiciária.

Afinal, objetivava-se a celeridade processual, disponibilizando-se, com tal intento, recursos alternativos de gestão de conflito, capazes de minimizar o tempo necessário para solução da lide. Acrescente-se, no mesmo sentido, as Leis nº 10.259/2001 e 12.153/2009, responsáveis, respectivamente, pela criação dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal e os juizados especiais da Fazenda Pública.

Marco inolvidável da terceira onda de acesso à justiça consiste nas reformas constitucionais proporcionadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, também conhecida como a emenda da reforma do judiciário, que demonstrou uma preocupação legislativa com aspectos atinentes à duração do processo, ao quantitativo de juízes frente a demanda populacional, para além de assentar a necessidade da disponibilização ininterrupta do serviço jurisdicional e criação do Conselho Nacional de Justiça.

Essas alterações introduzidas pela referida emenda constitucional, na sistemática do judiciário brasileiro, são destinadas não somente à viabilização do acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas à abertura a uma ordem jurídica justa, especialmente pela adequação entre esta e a realidade socioeconômica do país; mediante uma justiça adequadamente organizada, pré-ordenados os instrumentos processuais para que sejam capazes de promover a objetiva tutela dos direitos (RIBEIRO, 2008, p. 470).

A figura do Conselho Nacional de Justiça, vale acrescentar, enquanto órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário, é representativa da tendência de controle administrativo, financeiro e de fiscalização dos deveres institucionais dos membros do referido poder, no sentido da potencialização dos seus resultados e aumento de sua efetividade, mediante a responsividade e transparência na prestação do serviço jurisdicional.

Como se vê, verifica-se a recepção, no ordenamento jurídico brasileiro, das garantias propiciadas pelo movimento de acesso à justiça e suas ondas, isto é, a garantia de assistência judiciária, a previsão de formas associativas de tutela e, finalmente, a garantia de procedimentos adequados à efetivação de direitos, através de um serviço jurisdicional de qualidade.

Diante das considerações realizadas acerca das denominadas ondas cappellettianas, torna-se possível introduzir uma mais detida conceituação de acesso à justiça, a ser utilizado no presente trabalho, apresentando-se, na oportunidade, bases teóricas mais sólidas, bem como localizando o tema, de forma especial, no debate dos direitos humanos, tal como se fará no item que segue.

5.3 Acesso à justiça: reflexões sobre um conceito

Ao se retomar a denominada terceira onda do acesso à justiça, observa-se, de fato, que ela demarca um novo momento da ideia. Alargando a amplitude assumida pelo conceito – que, neste trabalho, apresenta especial importância - transpõe a resumida noção de mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo, na medida em que, para se possa falar em efetividade do processo, com a plena consecução de sua missão social de gerir conflitos, minimizando-se o impulso violento e maximizando o diálogo como meio de administração de controvérsias, é preciso que sejam superados, dentre outros obstáculos, a dificuldade de garantia da utilidade das decisões, conforme aduzem Cintra, Dinamarco e Grinover (1998, p. 34-35)²¹.

Especialmente a respeito da utilidade das decisões, identificam-na com a perspectiva de que todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem direito de obter. De tal modo, não podem as medidas judiciais se tornarem inúteis ao fim a que se prestam.

Sendo esse o quadro, o acesso à justiça se antecipa aos outros direitos, no sentido de que ele é pressuposto dos demais. A partir desta compreensão é que, no contexto do pós-guerra a ideia de acesso à justiça ganha corpo, tendo em conta a consagração, à época ascendente, dos direitos econômicos e sociais. Uma vez destituídos de mecanismos que

21 Bem além da utilidade das decisões como parâmetro para a garantia da efetividade do processo, os citados autores enumeram, na mesma obra, a necessidade de eliminação das dificuldades econômicas contra o ingresso em juízo, a observância ao devido processo legal e contraditório, assim como a justiça das decisões.

fizessem impor o seu respeito, os novos direitos não passariam de meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.

Daí decorre, então, a constatação de que a organização da justiça e de modo especial a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, dita socialmente neutra, na linha das concepções da teoria processualista até então desenvolvida.

A esse respeito, interessante destacar que a noção de acesso à justiça não poderia ser estudada nos estreitos limites de acesso aos órgãos jurisdicionais já existentes, mas, ao contrário, deveria ser considerada levando-se em conta os elementares direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial (WATANABE, 1988, p. 134).

Nesse sentido, destaca Santos (1996, p. 405) que nascia a necessidade de se investigarem as funções sociais da tomada de uma determinada postura teórica, assim como as opções técnicas que no seu seio veiculavam escolhas a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos.

Essa realidade faz despertar para um outro conteúdo ínsito na ideia de acesso à justiça tal como até agora tecida: diz respeito à problemática da judicialização dos conflitos e da cultura do litígio atualmente experimentada. Dito de outra forma, questiona-se acerca da crença de que as instâncias formais do judiciário são os locais por excelência de efetivação do acesso à justiça, desprezando-se os demais ambientes de gestão de conflitos – onde as práticas restaurativas costumam se desenvolver -, os quais conduzem a uma relativização do judiciário na administração dos conflitos.

De fato, a litigiosidade, especialmente no Brasil, afigura-se como uma realidade crescente. Instaure-se a cultura do litígio, que aponta a juridicização dos conflitos como solução mais recomendada, quando, na realidade, afiguram-se necessárias outras opções para gestão do conflito, que implicam uma passagem da litigiosidade para a consensualidade.

Em países como os Estados Unidos, por exemplo, que, na década de setenta do século passado, constatavam profunda insatisfação social em relação à administração da justiça, principiaram por identificar a necessidade de não mais se pensar o poder judiciário como um sistema hermético, composto por juizes, partes, promotores e advogados, ocasião em que começou a ser concebido o *Multidoor Courthouse System* – Sistema das Múltiplas Portas, tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, mediante a disponibilização de mecanismos diversos de administração de

controvérsias (SALES; SOUZA, 2011, p. 206-207).

Nesse sentido, previu-se um sistema com várias “portas” de resolução de conflitos, sendo cada demanda diagnosticada e direcionada à porta considerada mais adequada para equacionamento do problema, sendo tal compreensão efetivamente implantada em diversas cortes estadunidenses desde os anos oitenta do século passado (SALES; SOUZA, 2011, p. 208), a partir da utilização das técnicas da mediação, negociação, arbitragem, dentre outras, considerada uma taxonomia das disputas, que possibilitava apontar quais portas se mostravam mais apropriadas ao tratamento de determinada demanda (OLIVEIRA; SPENGLER, 2013, p. 70).

Em linha semelhante, a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, materializada, de forma especial, na já citada Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, compreende a efetivação da garantia do acesso à justiça mediante a utilização de mecanismos de solução de conflitos, sempre que possível, de natureza consensual. De maneira tal, a referida política corrobora com ideia já trabalhada pela doutrina jurídica, por autores, tais como Grinover (2007), de que a garantia de acesso à justiça, se resumida simplesmente na universalidade da jurisdição – isto é, na recepção, pelo judiciário, dos litígios -, incorre no acúmulo de processos e faz gerar uma reação em cadeia, abarrotando-se o Poder Judiciário, constituindo-se uma verdadeira “bola de neve”.

Isto porque o conceito de acesso à justiça não se vincula somente a uma acepção formal, que o equipara ao direito de ação previsto nos Códigos de Processo, sendo algo muito mais denso, indo além de simples garantia da institucionalização do conflito através de um procedimento judicial. A perspectiva do fortalecimento dos métodos alternativos e restaurativos de gestão de conflitos não representam, assim, uma medida destinada a, tão só, “desafogar” os espaços formais de jurisdição, mas caminha, sobretudo, para a constituição de uma cultura de diminuição da litigiosidade. Afinal, observa-se que “ao se propiciar uma estrada de excelentes condições, haverá inevitável aumento do tráfego e isso, por fim, acabará tornando-a congestionada e ruim” (ZANFERDINI, 2012, p. 241).

Assim, pode-se referir que, em face da proliferação de litígios, uma "forma de reduzir o número de casos judiciais é explorar formas alternativas de resolução de litígios fora dos

tribunais²²" (SANDER apud ROOKE, 2010, p. 11, tradução nossa).

Como se vê, trata-se de uma tendência de revisitar o conceito de acesso à justiça, no momento atual da chamada terceira onda, como visto anteriormente, para, do seu bojo mesmo, retirar a necessidade de oferecimento de métodos diversos de gestão de conflitos, como medida necessária para a consolidação da própria garantia de uma ordem jurídica efetivamente justa.

De fato, quando se menciona o ideal de acesso à justiça, que encontra previsão constitucional no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, não se estatui que todo e qualquer conflito deverá, necessariamente, ser judicializado para que se possa constatar o cumprimento do referido princípio. Faz-se imprescindível uma leitura consciente do conteúdo do referido dispositivo, segundo o qual: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2014b).

De pronto, é possível visualizar que se cuida de um comando destinado ao legislador, que, em sua atividade de elaboração de leis, não pode excluir situações da apreciação judicial, o que não pode ser confundido com uma regra voltada à coletividade, isto é, não se trata de uma “previsão ou incentivo para a judicialização de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito” ou uma “vedação ou restrição a que as controvérsias sejam auto ou heterocompostas, fora e além da estrutura judiciária estatal” (MANCUSO, 2009, p. 24).

Dessa maneira, facilmente, diante da fundamentação ora apresentada, torna-se possível se depreender, da garantia constitucional do acesso à justiça, a previsão de métodos restaurativos de gestão de conflitos como mecanismos de efetivação de uma ordem jurídica justa, em especial a partir da concepção de que os métodos paraestatais de administração de conflitos conduzem à redução da litigiosidade, em superação à arraigada cultura de que as soluções possíveis devem, necessariamente ser adjudicadas, partindo de terceiros, desconsiderando-se as impressões, as íntimas necessidades e aspirações dos envolvidos no conflito.

A conceituação apresentada faz entrever, diante da amplitude do que se compreende por acesso à justiça, sua inserção no tema dos direitos humanos, enquanto direito à efetiva e adequada prestação jurisdicional.

O segundo capítulo do presente estudo já insere o tema dos direitos humanos, na

22 “[...] way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts.”

perspectiva, no entanto, da cultura de paz no bojo do paradigma restaurativo. Por ora, apresenta-se um outro olhar, desta feita, destinado à localização do direito de acesso à justiça no grande tema dos direitos humanos.

Destaque-se, inicialmente, no campo dos direitos humanos, o primeiro documento internacional no sentido do reconhecimento do direito à tempestiva e efetiva prestação jurisdicional, qual seja, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, publicada em 1950, que em seu artigo 6º, I dispõe, que todo indivíduo tem o direito à prestação jurisdicional equitativa, dentro de prazo razoável, fornecida por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (CONSELHO DA EUROPA, 1950). Dito documento prefigura, no âmbito internacional, importante indicativo da importância que o instituto do acesso à justiça passa a representar.

Por outro lado, aponta-se, em momento bem mais recente, a Convenção sobre Acesso Internacional à Justiça, destinada à facilitação do acesso à justiça na esfera internacional, em matéria cível e comercial. Nesse sentido, dispõe o seu artigo primeiro que os nacionais e os habitualmente residentes em qualquer dos Estados contratantes terão direito de receber assistência judiciária para procedimentos judiciais, nas mesmas condições que receberiam caso fossem nacionais ou residentes habituais daquele Estado (CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, 1980). Na mesma senda da Convenção Europeia de Direitos Humanos, documento este que reitera a relevância da abertura da justiça e constituição de uma ordem jurídica justa.

Ocorre que não apenas a simples positivação da garantia de acesso à justiça confere-lhe a condição de direito humano. Ao contrário: é precisamente porque consiste, antes, em um direito humano que a referida garantia se encontra, nas mencionadas convenções, inserida.

De fato, falar em acesso à justiça implica tratar, em última instância, de um direito humano, na medida em que se presta à salvaguarda de outros direitos, constituindo uma espécie de garantia que antecede as demais. Acrescente-se, ainda, que, se, como visto antes, consiste em um direito positivado, encontra-se inserido, para além da categoria dos direitos humanos, integrando o campo dos direitos humanos fundamentais.

No mesmo caminho, o pensamento de Cappelletti e Garth (1988, p. 11-12), ao

afirmarem:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Como se pode observar, a garantia do acesso à justiça encontra-se indelevelmente incluída dentre o rol dos direitos humanos, na exata medida em que propõe-se a preservar a efetivação de outros direitos sempre que sejam estes violados ou ameaçados.

Assim, o posicionamento de Fontainha (2009, p. 34) também se coloca na linha de que o acesso à justiça “tem a função dual de ao mesmo tempo ser uma garantia fundamental inerente à cidadania e também velar pela realização de todas as demais garantias individuais e sociais”.

Dessa maneira, uma vez localizado o acesso à justiça no plano dos direitos humanos, torna-se possível relacioná-lo à primeira categoria conceitual de relevância do presente estudo, qual seja, a justiça restaurativa, o que se fará na sequência.

5.4 Uma tentativa de interseção entre o acesso à justiça e o paradigma restaurativo

Como visto anteriormente, o movimento de acesso à justiça preconiza, em última instância, o acesso a uma ordem jurídica justa, isto é, pela existência de procedimentos predispostos a assegurar o bem viver em coletividade, não se resumindo à reducionista possibilidade de acessar o Poder Judiciário. Se é imprescindível contar com um sistema jurídico justo, para que se possa falar em acesso à justiça, é igualmente indispensável estruturar o aparato judicial de tal modo que possa ele corresponder a essa demanda.

Nesse sentido, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, ao erigir o acesso à justiça como uma de suas principais preocupações, instituiu, inclusive, através da Portaria nº 604/2009²³, a Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, destinada à promoção de medidas de capilaridade e democratização do acesso à justiça, destinadas ao aperfeiçoamento dos serviços judiciais prestados à população.

23 Nesse sentido, conferir: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº 604/2009**, de 07 de agosto de 2009. Cria e revoga comissões no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/321-portarias/11866portaria-n-604-de-7-de-agosto-de-2009>>. Acesso: 06 ago. 2014.

Na mesma linha, a Resolução nº 125/2010²⁴ do CNJ – Conselho Nacional de Justiça institui a política pública de tratamento adequado dos conflitos e interesses como forma de assegurar a efetivação do acesso à justiça, em busca de soluções que atendam à natureza diversa e peculiaridades próprias de cada controvérsia.

A mencionada resolução aponta para a via da instituição de políticas públicas que representem respostas adequadas às demandas recebidas pelo Poder Judiciário, sejam elas adjudicadas no corpo de uma sentença, sejam obtidas por outros mecanismos de gestão de controvérsias, mas sempre com vistas à boa qualidade dos serviços e propagação da cultura da pacificação social (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Notabiliza-se, assim, a compreensão de que o usuário do sistema de justiça precisa ser considerado como referência, de modo que suas expectativas e sua satisfação com os resultados obtidos merecem destaque. Nessa seara, o desempenho do Judiciário e a prestação oferecida aos jurisdicionados precisam se pautar em políticas voltadas à estruturação e aparelhamento das instâncias para a adequação do tratamento de gestão de conflitos.

Dessa maneira, torna-se relevante a “justiça na prestação”, admitida como corolário do direito fundamental do acesso à justiça, consistindo no direito do cidadão de receber a prestação da justiça, mas não de qualquer forma, senão mediante a reunião de condições suficientes para propiciar a maior satisfação do consumidor do serviço de justiça (DEOCLECIANO, 2010, p. 88) e, principalmente, a efetivação da justiça, no seu sentido lato, isto é, enquanto construção real – e realista – do bem viver em sociedade.

A pretensão de maximização do acesso à justiça nos termos admitidos pelo Conselho Nacional de Justiça encontra-se atravessada por uma inspiração notadamente democrática, especificamente pelo que se pode denominar democracia participativa, compreendida esta como a participação direta dos cidadãos no processo decisório, de controle e de exercício de poder.

A terminologia costuma, normalmente, encontrar-se relacionada ao poder político, embora não seja rara a sua associação com realidades outras que, igualmente, representem a gestão participativa, ainda que em searas diversas, como no caso da administração de

24 Para mais detalhes, verificar: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

conflitos. Afinal, o caráter democrático de uma sociedade se pode aferir a partir do maior ou menor grau de autoritarismo que suas instituições refletem²⁵, incluindo-se não apenas o aparato político, mas, igualmente, abrangendo-se o sistema de justiça que ostenta.

Note-se que, entre os sistemas de democracia, é possível apontar três categorias: o sistema democrático direto, no qual o povo dirige por ele mesmo, sem representantes, os poderes políticos governamentais; o sistema democrático indireto, periódico e limitado, em que o povo exerce, por meio de representantes, o poder político; e o terceiro modelo, o sistema democrático participativo, que, não obstante consista um sistema cuja base decisória de poder se dá por via oblíqua (indireta), os cidadãos, nele, também exercem diretamente, em certas circunstâncias, e, por instrumentos decisórios conjugados ou diretos, os poderes governamentais (AIETA, 2006, p. 193-194).

O modelo participativo, também denominado deliberativo, consiste em uma terceira via, que compatibiliza elementos da estrutura representativa e da democracia direta, fornecendo uma solução intermediária. De fato, a democracia participativa, como a própria terminologia sugere, permite uma participação imediata dos indivíduos nos direcionamentos, bem como no exercício do poder, quadro este que pode ser transplantado para a dimensão do sistema de justiça, enquanto *locus* de manifestação de poder, porquanto se lhe atribui a gerência do conflito.

Na mesma senda, a opinião de Marinoni (1993, p. 19), para quem se experimenta um momento cujo objetivo consiste em somar a técnica da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta, democratizando-se a democracia, mediante a participação dos sujeitos, isto é, otimizando-se a participação no processo de decisão e efetivação da cidadania.

Outra interpretação, aliás, não seria possível, na medida em que o sistema judicial consiste, inevitavelmente, em um “instrumento através do qual o poder é exercido”(MARINONI, 1993, p. 156), motivo pelo qual se mostra plenamente aceitável – e mesmo necessário - o emprego do modelo participativo de democracia no âmbito do sistema de justiça.

Na mesma senda, conforme Christie (1977, p. 8), é preciso integrar, sobretudo as vítimas, na contramão de uma justiça criminal que trata a vítima como “uma não-pessoa em

25 A esse respeito, conferir: ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

uma peça de Kafka”.

Para aferição do grau de participação direta em uma dada sociedade, na opinião de Fung (2006, p. 66), deve-se observar aquilo que o autor denomina como *cubo da democracia*, constituído por três dimensões em torno das quais se integram as formas de participação direta: a primeira, que diz respeito a quem participa; a segunda, a qual especifica como os participantes trocam informações e tomam decisões; e a terceira, por fim, a qual diz respeito à extensão da autoridade.

Os três pontos enumerados pelo autor constituem, de fato, relevantes balizas para a formação de instituições democráticas, com base na possibilidade de participação dos indivíduos, no grau de intervenção que se lhes faculta no percurso dos processos institucionais, bem como na viabilidade de influência nas decisões obtidas.

Ao se transplantar tal raciocínio ao campo do sistema de justiça, e, especificamente, aproximando-o com o tema da justiça restaurativa, à luz do enfoque do presente estudo, cada um dos três vieses obtidos a partir do chamado *cubo da democracia*, merece ponderações em particular.

Nessa linha, no campo da gestão de conflitos, o primeiro ponto a considerar diz respeito àqueles que efetivamente tomam parte do processo de administração da controvérsia, isto é, àqueles que são escolhidos para integrar esse contexto, sendo possível delimitar graus de participação maiores ou menores.

Na realidade, mostra-se viável que a gestão do conflito apenas diga respeito à atuação de expertos, como juízes, promotores e advogados, ou se mostre inclusiva, mediante a participação pessoal e direta dos interessados - ofensor, vítima e comunidade (TIVERON, 2013, p. 176).

Como visto anteriormente, os mecanismos comuns de gestão de conflitos – especialmente os de natureza penal – historicamente marcados por um conteúdo adversarial, apresentam-se, no mais das vezes, herméticos, seja em virtude do já mencionado princípio da indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, seja em razão do papel secundário que se atribui a ofensores, vítimas e comunidade afetada, no curso no procedimento penal. Em regra, a estes, apenas a posição de espectadores é garantida, ao passo que o protagonismo, a intervenção direta e a colaboração para soluções encontra-se reservada a juízes, advogados e promotores, em suas atuações representativas.

Por outro lado, ainda se tratando do eixo participação, do *cubo da democracia*, é de se notar que a proposta restaurativa representa um sentido de participação consideravelmente mais expressivo, na medida em que viabiliza a intervenção direta dos envolvidos no conflito. Na mesma senda, Tiveron (2013, p. 176) compreende que, na justiça restaurativa, o grau de participação é máximo e, de forma especial, na modalidade restaurativa dos círculos de sentença, ele é ainda maior, pois se reúne um grupo mais amplo de participantes, acrescentando-se pessoas ligadas aos envolvidos, tais como familiares, amigos e colegas de trabalho.

No que atine ao segundo eixo, refere-se ao *modus* através do qual os participantes do processo de gestão do conflito interagem. Afinal, falar em participação implica um grau de interação entre os agentes do processo de administração da controvérsia, cuja interação não teria sentido sem a construção dialógica de soluções, mesmo porque seria duvidosa, questionável em sua finalidade, uma participação inerte, incapaz de influir no gerenciamento do processo.

Pode-se dizer, assim, que, nesse processo deliberativo, verificam-se práticas de interação e troca, para, ao fim, traçar-se um acordo, com base em razões, argumentos e princípios, de modo que tal maneira de proceder que tem sido defendida como um ideal de democracia deliberativa, enquanto estudiosos da resolução de conflitos têm descrito tais processos como negociação e construção de consenso (FUNG, 2006, p. 67).

Finalmente, quanto ao terceiro e último eixo do *cubo da democracia*, tem-se o nível de empoderamento de um dado sistema, ou seja, a capacidade dos participantes do processo de, em seu bojo, exercerem certo grau de autoridade, que é própria do exercício de poder.

Assim, salienta Tiveron (2013, p. 176) que, no âmbito do Judiciário, a decisão costuma ser exclusiva do julgador ou julgadores – na hipótese de se tratar de órgão colegiado –, ao passo que aos demais envolvidos resta a escuta da decisão tomada pelos atores centrais, sendo nula sua influência nas diretrizes estabelecidas, facultando-lhes apenas, em situação de insatisfação, a ferramenta dos recursos.

É sabido, por outro lado, que, no paradigma restaurativo, forjam-se muitas outras possibilidades de intervenções de caráter deliberativo, em que os implicados, ao serem ouvidos, podem sugerir e influir nos rumos da decisão.

Como se pode ver, o conteúdo democrático do paradigma restaurativo, fundamentado

nos três elementos constituidores do denominado cubo da democracia, é maximizado pelo caráter participativo e dialógico do referido método de administração de controvérsias. Tal elemento de legitimidade democrática do sistema de justiça - necessário salientar – consiste em aspecto muito caro ao tema do acesso à justiça, na medida em que o acesso à uma ordem jurídica justa perpassa, necessariamente, uma discussão acerca da legitimidade democrática dos mecanismos de administração de conflitos.

Afinal, o tema do acesso à justiça deve ser estudado em conformidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, de maneira que deve indicar a concretização das finalidades do Estado e garantia dos direitos humanos, sem olvidar a liberdade, igualdade e protagonismo dos sujeitos, mediante sua participação na gestão do bem comum.

A esse respeito, isto é, quanto à participação dos sujeitos como mecanismo de efetivação de uma proposta democrática, aduz Grinover (2007, p. 26) que “a participação popular na administração da Justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa”.

Ainda de acordo com a compreensão de Wolkmer (2001, p.331), urge “[...] o reexame desmistificador de uma cultura política autoritária, centralizadora e dependente, impregnada pela constante presença do Estado”, a fim de se estabelecer uma cultura jurídica pluralista que considere “[...] a adequação entre determinados arquétipos ou padrões arraigados a nossa forma de ser e 'novos' valores que terão que ser assimilados e cultivados, como a democratização, descentralização e participação”.

Na mesma linha, o pensamento de Abreu (2008, p. 303):

A percepção do Estado democrático de direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. São justamente a democracia como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um locus efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

Indispensável, porém, considerar-se, - não sem as pertinentes críticas e questionamentos – que certo grau de fechamento do sistema é comumente associado a uma necessidade da própria organização do judiciário. De maneira tal, que a hermeticidade do

sistema jurisdicional, segundo sua conformação atual e predominante, encontraria justificação no seu próprio funcionamento, isto porque, em um sistema de soluções, em regra, adjudicadas por um terceiro, em que a participação dos envolvidos no conflito é mínima, naturalmente, o fechamento ao protagonismo dos destinatários opera em favor do cômodo funcionamento do sistema.

Torna-se preferível, a fim de se manter a integridade do sistema, cuja decisão final permanece imune à influência dos implicados no conflito, que seja mantido o fechamento do aparato jurisdicional, inviabilizando-se não somente a participação dos referidos sujeitos, mas, igualmente, imunizando-se a coercitividade do sistema, isto é, seu potencial de convencibilidade e impositividade das medidas em seu bojo determinadas.

Tal tendência à hermeticidade do sistema jurisdicional como mecanismo de funcionamento do próprio sistema é amplamente trabalhada na obra do sociólogo Pierre Bourdieu, para quem o sistema jurídico possui uma tendência ao fechamento, centralização e monopolização do poder, que consiste como um mecanismo de autopreservação. Nessa linha, elucidativas as palavras de Bourdieu (1989, p. 212):

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

Do pensamento do autor, extrai-se que um sistema de pretensões monopolizadoras, imbuído por um instinto de autopreservação de seus critérios de funcionamento, tende a reproduzir seu fechamento, vedando a democratização de seus processos de participação e decisórios. Constitui-se uma casta de profissionais autorizados ao exercício da jurisdição, ao mesmo passo em que se encontram completamente destituídos de tal exercício de autonomia os envolvidos no conflito.

Dessa maneira, uma consequência lógica de tal postura é a de que a jurisdição passa a ser encarada como um fenômeno eminentemente estatal, posto que os agentes judiciais, detentores da palavra jurídica autorizada e legítima são enxergados como integrantes da estrutura burocrática do Estado, reservando a este a faculdade de produção e interpretação

oficial do direito (MEDEIROS; SILVA NETO, p. 1691).

Nesse ambiente de produção oficial do direito, constata-se que o mecanismo de coercitividade por excelência se identifica com o desconhecimento e mistério, que tornam inacessíveis, aos considerados leigos (aqueles que não são expertos no conhecimento jurídico), os mecanismos de funcionamento do sistema, e, em virtude disso, viabilizam o exercício do que Bourdieu denomina poder simbólico. Na realidade, dito de uma outra forma, o mistério que envolve o sistema torna possível o exercício da violência que lhe é intrínseca de uma forma velada.

Para o sociólogo, compreende-se como poder simbólico uma forma transfigurada e legitimada de outras formas de poder, que se encarrega de uma eufemização, a qual transubstancia as relações de força, fazendo ignorar-reconhecer a violência que elas encerram objetivamente, de modo em que passam tais relações de força a se efetivarem enquanto poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia (BOURDIEU, 1989, p. 15). Assim sendo, segundo Bourdieu, o poder simbólico consiste em um exercício de força de forma sutil, muitas vezes imperceptível para os que a ela são submetidos, capaz de conformar condutas sem, por exemplo, fazer necessário o emprego de força física, posto que o desconhecimento gera uma espécie de cumplicidade dos que estão submetidos.

A necessidade de certa medida de ignorância, conforme apresentado, porém, apenas se justifica quando a monopolização é fundamento do sistema e a solução do conflito é determinada, necessariamente, por um terceiro. Isto não se aplica, naturalmente, a uma proposta de uma gestão compartilhada dos conflitos, incompatível, em sua essência, com o desconhecimento dos participantes que se pretendem protagonistas da administração da controvérsia.

Assim, se a meta do acesso à justiça, em seu sentido amplo, inspira o sistema de resolução de conflitos, não se é possível conviver com o fechamento do referido sistema, afigurando-se inarredável a necessidade de uma abertura democrática. E não seria razoável, aliás, esperar algo diferente disso, na medida em que, ao se falar em acesso à justiça, tem-se a análise da problemática da administração de conflitos sob uma nova perspectiva, posto que o problema central já não consiste na preocupação em garantir, irremediavelmente, o monopólio da gestão do conflito, mas, ao contrário, em assegurar a participação dos implicados.

Nessa senda, pode-se referir que essa participação perpassa pelo (re)empoderamento

do ato de fala, mediante a utilização do diálogo, que, de certa forma, representa um rompimento com a juridicidade tributária de dinâmicas judiciosas, eminentemente hierarquizadas e fechadas - em virtude do monopólio da fala aos detentores de poder-saber oficial – no sentido da superação de procedimentalidades castradoras e de solução de conflitos com a produção de dor adicional (SALM; LEAL, 2012, p. 201).

A consequência necessária da garantia da participação dos implicados na gestão do conflito é, naturalmente, que, no lugar do desconhecimento, próprio do exercício do poder simbólico engendrado no modelo retributivo, preze-se pela abertura e conhecimento, em uma atitude de desvelamento sem a qual se afiguraria impossível promover a administração democrática de controvérsias.

De fato, não restam dúvidas de que o ambiente do sistema judiciário é espaço de concretização de direitos e exercício de cidadania, de modo que a compreensão do acesso ao referido sistema não pode se encontrar apartada do sentido de democracia. De maneira tal, tratar do acesso à ordem jurídica justa é abordar, igualmente, a legitimidade democrática do processo de gestão de conflitos, seu grau de abertura à participação dos implicados, a viabilidade da colaboração destes no processo de administração de conflitos e a possibilidade de influírem nas decisões.

5.5 Justiça restaurativa e o acesso a uma justiça restaurada: considerações a partir do fenômeno do neoconstitucionalismo

Como visto no subtópico anterior, no qual se tentou realizar uma aproximação entre o paradigma restaurativo e a garantia do acesso à justiça, exsurge como uma preocupação inseparável desta, a disponibilização de um sistema de justiça efetivamente justo, no bojo do qual se viabilize a implementação dos direitos humanos.

Tal meta implica, invariavelmente, na consideração de valores nas discussões jurídicas, isto é, permite entrever a necessidade de que a fundamentação do jurídico, sua interpretação e aplicação, seja permeada por elementos ético/morais, diante do catálogo de normas de proteção a direitos fundamentais, dotadas de coercitividade, dentre as quais se encontram inseridas a garantia de acesso à justiça e os ideais democráticos de participação e respeito à autonomia e dignidade humana.

De fato, observa-se um movimento no sentido da crítica a um modelo jurídico

positivista, que resumia o fenômeno da jurisdição a um movimento de subsunção do fato à norma. Neste padrão positivista, estreitou-se a experiência jurídica à aplicação restritiva de leis, apartada de qualquer juízo de valor, de qualquer sorte de influência axiológica. Foi esta, seguramente, uma influência liberal, marcada por uma forte tendência, herdada desde o período da Revolução Francesa, quando a descrença no judiciário – comumente associado ao Antigo Regime – fazia surgir a necessidade de restringir a atuação judicial a um exercício de interpretação literal da lei, na medida em que o Poder Legislativo gozava de especial prestígio por permitir alguma representatividade à burguesia então insurgente.

A proposta positivista, fundamentada na promessa da neutralidade jurídica, defendia a “asepsia do direito”, pretendendo consolidar a crença em uma ciência isenta de elementos morais, políticos ou qualquer ordem de elementos axiológicos. A pretensão era garantir cientificidade ao direito ao saber jurídico, emprestando-lhe as características próprias das ciências naturais, por influência do cartesianismo²⁶. Nesse contexto, disseminava-se a ideia de que o direito equivaleria ao conteúdo legal – e, por consequência, a atividade jurisdicional também consistiria em mero exercício lógico - de acordo com as regras estipuladas formalmente por cada ordenamento interno dos Estados.

De fato, tal concepção serviu a um determinado momento histórico, no qual, como resposta ao Antigo Regime, preconizava-se pela separação de poderes, conferindo-se notabilidade ao papel legislativo, ao passo que a função jurisdicional se resumiria à observação literal da lei, de maneira que o papel dos juízes seria reduzido ao mínimo, ou seja, à mera aplicação do texto de lei às situações concretas e particulares, mediante a subsunção do fato à norma.

Dessa forma, pode-se citar o positivismo exegético, que, em um primeiro momento, implicou a institucionalização de uma nova ordem social, a qual se propôs a conjugar seus princípios e que pretendeu enquadrá-los, de uma vez por todas, na lei escrita (ZANNONI, 1980, p. 67-68), conforme compreendia a chamada Escola da Exegese, a qual compreendia a atividade legislativa como fonte única do direito, historicamente localizada no período posterior à Revolução Francesa.

26 Vale salientar que o pensamento kantiano, abordado mais adiante no presente trabalho, distingue a ciência jurídica das ciências naturais, considerando a primeira de caráter deontológico (dever-ser), ao passo que estas são marcadas por um conteúdo ontológico (ser). De qualquer sorte, também o positivismo normativo de Kant apregoa a necessária separação entre Direito e eventuais conteúdos de valor.

Nesse contexto, o positivismo de quase todo o século XIX teve por meta fazer da ciência do direito e da interpretação uma tarefa puramente mecânica de hermenêutica exegética, na medida em que a lei não deixaria nada ao arbítrio do intérprete, de modo que este não teria por missão criar o direito, mas tão só extrair, do bojo deste, a regra específica para o caso concreto, uma vez que todo o direito já estava feito (CELLA, 2010, p. 5486).

Grande expoente desse modelo de pensamento positivista normativista é Hans Kelsen, na sua tentativa de construção de uma teoria pura do direito, ao contemplar o direito como um fato e não como um valor, de modo que o problema da justiça seria deslocado para o campo da política, permanecendo no campo jurídico somente o que considerado como direito posto, isento de qualquer elemento metajurídico.

Aliás, do pensamento kelseniano se extrai a opinião do autor no sentido da impossibilidade de comunicação direta entre valores, tal como o valor justiça, e as normas, dotadas de coercibilidade, por incompatibilidade absoluta, conforme as palavras do próprio Kelsen (2007, p. 13): “Não se pode deduzir de um conceito uma norma, como pretende erroneamente a chamada jurisprudência dos conceitos. Uma norma pode ser deduzida apenas de outra norma, um dever-ser pode ser derivado apenas de um dever-ser”.

Como se vê, a proposta positivista, especialmente na teoria kelseniana, concentra-se no problema da validade e não no conteúdo axiológico da norma, de maneira que a norma jurídica vale enquanto integrante do ordenamento, extraíndo sua validade da obediência à hierarquia normativa (pirâmide kelseniana²⁷), de acordo com a lógica formal, independentemente de valores transcendentos.

Superada essa fase em que se reduziu o direito ao texto legal (a exemplo do positivismo exegético) ou que limitou a preocupação jurídica à verificação da validade das normas (positivismo normativo), surge o pós-positivismo, pretendendo adicionar, ao fenômeno jurídico, princípios que nortearão a aplicação do direito.

Trata-se de uma herança do período posterior à Segunda Guerra Mundial, que, na tentativa de superação das atrocidades em tal conflito cometidas, buscava estabelecer, no corpo normativo, elementos principiológicos. Afinal, a proposta do positivismo, de pretender

27 A validade da norma, no pensamento kelseniano, decorre da observância ao desenho da pirâmide normativa, no bojo da qual a norma hierarquicamente inferior busca fundamento de validade na norma de hierarquia superior, até, em última instância, figurando no topo da pirâmide, a denominada norma fundamental (grundnorm), que, ao contrário das demais normas do sistema, seria pressuposta e não posta.

excluir qualquer carga axiológica, havia se mostrado fracassada, porquanto as barbáries da Guerra e totalitarismo haviam se forjado em seu bojo.

Nessa linha, a partir da rejeição das violações aos direitos humanos experimentadas até a primeira metade do século XX, observou-se uma tendência de entronização de valores no sistema jurídico, constituindo-se catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, os quais fariam face a possíveis abusos eventualmente cometidos pelo Estado, instaurando-se, ademais, mecanismos efetivos de controle da Constituição, isto é, a chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2007, p. 4).

De tal modo, é possível se verificar que, sem que se extraia o caráter normativo do direito, passa a ser neste acrescentada a dimensão dos valores (BARROSO, 2004, p.326), isto é, passa a integrá-lo uma carga axiológica, que lhe confere maior porosidade e maleabilidade, adaptando-o à complexidade da vida, que exige do sistema de gestão de conflitos sensibilidade diante das particularidades de cada caso concreto.

De fato, ante não é suficiente um simples exercício silogístico, para a resolução dos conflitos que aportam no sistema judicial, de maneira que este passa a ser constituído por princípios, caracterizados por uma tessitura aberta, capaz de responder a uma realidade social mutável e multifacetada.

Em tal contexto, o neoconstitucionalismo exsurge como movimento de solidificação da força normativa da Constituição, assim como de uma novo método de interpretação constitucional, na medida em que se trata de um perfil no qual se observam mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador (PIETRO SANCHÍS, 2003, p. 59).

Historicamente, de forma mais precisa, é possível localizar as referências para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo na Constituição alemã, de 1949, e na criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, ao passo que, no Brasil, este processo se verificou com a Constituição de 1988 e o conseqüente processo de redemocratização (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010, p. 82).

Tal tendência de abertura do sistema jurídico a um conteúdo axiológico se consubstancia, de forma clara, no que diz respeito à elevação dos princípios à categoria de normas jurídicas, a par das regras. De fato, exsurge um contexto no qual os princípios – antes compreendidos como destituídos de uma consistente carga coercitiva - passam, assim, a não

mais ostentarem a função de simples integração do sistema, nas situações em que faltantes normas de caráter regulatório.

Necessário, antes de se tecerem outros comentários, alinhar a distinção conceitual entre princípios e regras, na medida em que os primeiros são compreendidos como “pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete”, ao passo que as regras são consideradas “prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas”, de maneira que, enquanto “os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes”, as regras, salvo exceções, “quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente” (AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27).

Diante de tais distinções, a proposta positivista sempre caminhou no sentido de reconhecer a coercitividade das regras, enquanto os princípios seriam dotados de um caráter normativo apenas subsidiário, servindo às situações de integração, isto é, ao preenchimento de eventuais lacunas do sistema jurídico.

Na atualidade, porém, a partir do fenômeno do neoconstitucionalismo, deixa de encontrar eco o raciocínio de que os princípios, diferentemente das regras, porque marcados por considerável grau de abstração e generalidade, não dispõem do mesmo nível de necessária aplicabilidade destas.

Consolida-se, assim, o entendimento de que os princípios, por si mesmos, podem incidir diretamente sobre determinado fato social, prescindindo da existência de regras mediadoras de tal incidência. Tal possibilidade, inclusive, abrange o campo das relações individuais, o que se convencionou denominar *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, princípio este pautado na incidência dos princípios constitucionais, antes direcionados apenas ao Estado – *eficácia vertical dos direitos fundamentais* - e que passam a abarcar também as relações entre particulares.

Nessa linha, ressaltando o conteúdo normativo dos princípios incluso nas relações entre particulares, o posicionamento de Perlingieri (2008, p. 589):

Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.

Noutro sentido, pode-se dizer, ainda, que os princípios representam, na seara do

neoconstitucionalismo, as bases sobre as quais se funda todo o ordenamento jurídico. Dessa maneira, permite-se dizer que, assim como um edifício tem suas vigas mestras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, conferem unidade ao todo, no âmbito jurídico, os princípios funcionam como tais vigas, que servem de apoio lógico ao edifício científico (REALE, 1994, p. 61).

Como visto, a influência dos princípios, dotados de normatividade, é um grande trunfo do neoconstitucionalismo. Dentre tais princípios, figura o acesso à justiça, dentre outros direitos fundamentais.

No campo processual, o fenômeno do neoconstitucionalismo se manifesta mediante a chamada constitucionalização do direito processual. Em um primeiro plano, é de se destacar a previsão, no rol dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, de normas jurídicas de natureza processual, especialmente a cláusula geral do devido processo legal (*due process of law*), que segue a linha de uma tutela constitucional do processo, segundo a qual é necessária a conformação dos institutos de direito processual aos princípios que derivam da ordem constitucional (TAVARES, 2013, p. 17-18).

Diante da proposta neoconstitucionalista, é possível visualizar que os princípios que passam a permear o ordenamento jurídico tocam diretamente o valor justiça, o respeito aos direitos humanos e, em último caso, mostram-se compatíveis com o modelo restaurativo, na medida em que este, conforme visto anteriormente, não resume o fenômeno jurígeno à lei, mas compreende que o direito se manifesta nas relações sociais, e, por consequência, normas de regulamento social e a efetiva solução de controvérsias pode advir do próprio seio da comunidade.

Nesse contexto de valorização do conteúdo axiológico do ordenamento, própria do momento neoconstitucionalista, o valor paz assume especial relevância, uma vez calcado o conceito de paz, como visto no segundo capítulo deste trabalho, na promoção dos direitos humanos, na garantia de respeito a esses direitos e na disponibilização de mecanismos assecuratórios eficientes para tanto.

Para tal empreitada, a implantação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, destinada à oferta de soluções pacíficas e justas para as controvérsias, constitui, inclusive, uma recomendação da Organização das Nações Unidas. Isto porque o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em sua Resolução nº 1999/26,

recomendou que os Estados considerem, no contexto de seus sistemas de Justiça, o desenvolvimento de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas de mediação e de justiça restaurativa, medidas estas destinadas ao desenvolvimento de uma cultura favorável a sistemas alternativos de resolução de conflitos nas autoridades judiciais, sociais e outras responsáveis pelo cumprimento da lei e pelo atendimento e promoção dos direitos do cidadão (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005, p. 9).

Neste ponto, necessário resgatar a conceituação já operada nesta pesquisa, em seu segundo capítulo, atinente à ideia de paz. De fato, como visto, o conceito de paz não se restringe a um conteúdo estritamente negativo, mas representa a busca pela implementação de valores como a dignidade humana, inclusão e diálogo, ou, em último caso, dos próprios direitos humanos.

Diante disso, o valor paz conduz, no plano de um modelo jurídico neoconstitucionalista, à necessidade de suplantamento da hipossuficiência organizacional, que compromete a efetividade da garantia de acesso à justiça. Com efeito, a compreensão do conceito de paz indica a necessidade do reconhecimento da autonomia dos implicados em determinado conflito, a garantia de sua dignidade no curso do processo de administração da controvérsia, a apresentação de soluções o mais justas possíveis, enfim. Para tanto, torna-se imprescindível que a própria estrutura de gestão do conflito seja capaz de garantir o respeito a tais metas. Como se vê, trata-se de uma questão que perpassa pela própria infraestrutura do sistema, a qual deve se encontrar permeada pelo objetivo da consagração da paz, em sua dimensão estrutural.

Aliás, esta representa uma fundamental contribuição do modelo restaurativo no campo do neoconstitucionalismo. Isto porque uma objeção que costuma ser apontada em face da teoria neoconstitucionalista consiste no fato de seu foco se localizar no papel do julgador, como aquele a quem cumpriria a concretização dos valores abstratamente previstos pelo legislador. Tal orientação judicialista se afiguraria antidemocrático, ante o deficit de legitimidade do Poder Judiciário, por não serem eleitos e, assim, não estarem aptos a representar o povo.

Tal crítica não encontra, todavia, terreno fecundo na proposta restaurativa, dado que esta se estrutura com base no respeito à autonomia dos sujeitos implicados, facultando-lhes - como já reiteradamente informado nesta pesquisa -, o protagonismo da gestão do conflito.

Nesse contexto, a decisão deixa de ser exclusiva do julgador ou do órgão colegiado, passando ao poder dos implicados, na medida em que podem estes influir em seus rumos, de maneira que a natureza participativa e dialógica do modelo restaurativo se deixa entrever, configurando-se sua legitimidade democrática.

Dessa maneira, na contramão de um sistema de gestão de conflitos monopolizador e excludente, que, invariavelmente, manifesta, de maneira clara, uma violência estrutural, exsurge o modelo restaurativo, apoiado em um processo participativo – neoprocessualismo -, que segue a lógica de um processo que não se encerra no exercício verticalizado do poder, mas promove a participação neste mesmo poder, ou seja, consiste em um microcosmo da democracia, uma vez que se propõe a realizar os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania (ABREU, 2008, p. 440).

Tal é, enfim, a influência do neoconstitucionalismo no campo do sistema de gestão de conflitos: garantir a observância dos valores e direitos ínsitos ao ordenamento jurídico, inclusive mediante a utilização de técnicas processuais adequadas para tanto, no sentido de assegurar a implementação de uma ordem jurídica justa – no sentido amplo de justiça .

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das reflexões efetuadas ao longo da presente pesquisa, restou possível constatar que as críticas ao atual sistema de administração de conflitos conduzem a uma necessária revisitação de seus pressupostos e fundamentos, em vistas de uma nova proposta, que se afigure apta para corresponder às demandas contemporâneas de efetividade e eficácia do modelo de gestão de controvérsias.

De fato, a fragilidade de um discurso punitivo incapaz de conter crescentes índices de criminalidade se mostra sintomática, apontando para um problema estrutural do sistema, de maneira que a garantia de acesso à justiça - meta primeira de toda a estrutura processual do ordenamento jurídico brasileiro - não se concretiza mediante a garantia de acesso a este sistema, que, em si, encontra-se maculado por incongruências e permeado pela impotência para sua tarefa de responder ao fenômeno do crime.

Com efeito, o referido descrédito dos organismos detentores do monopólio do poder de punir se evidencia, sobretudo, por se constituírem em uma instituição essencialmente violenta, em razão do seu caráter eminentemente retribucionista, conforme restou possível concluir, a partir de leituras e interpenetrações operadas a partir dos estudos sobre violência do sociólogo Michel Maffesoli.

Na tentativa de contenção da violência ínsita nas instâncias de administração de conflitos tradicionais, a contribuição da teoria agnóstica da pena se verificou inafastável para o presente estudo, na medida em que propõe reduções significativas nas medidas de aprisionamento, restringindo-se as hipóteses de aplicação, bem como reduzindo-se sua duração.

Por outro lado, encontrou-se na proposta restaurativa uma forma inovadora de administrar o conflito de natureza penal, já não presa, inarredavelmente, à lógica punitivista, mas preocupada em lograr uma ressignificação do fenômeno da violência, no sentido da restauração das relações sociais que o crime se encarregou de romper ou, ao menos, fragilizar. Nesse sentido, considerou-se que o modelo restaurativo já não se prende à linguagem da violência, qual seja, responder ao ato violento com uma retorsão igualmente violenta, não obstante, desta feita, legitimada, porquanto oriunda do aparato repressor estatal.

Com aporte no pensamento ricoeuriano, restou possível fundamentar teoricamente a proposta restaurativa, apartando-a de uma lógica punitivista, para, ao contrário, relacioná-la

ao projeto ético de Paul Ricoeur, consistente no desejo da vida boa com e para os outros em instituições justas, do qual se desprende a aspiração pela justiça, enquanto vida boa, ou seja, a consagração do bem viver por excelência, que se forma, inclusive, por intermédio das instituições estatais justas.

No pensamento de Paul Ricoeur é possível encontrar não apenas aporte teórico robusto para o modelo restaurativo, mas para o próprio conceito de acesso à justiça, na medida em que seu projeto ético consagra a exigência da justiça das instituições, o que implica, em última instância, a necessidade de garantia de procedimentos adequados à tutela de direitos, ou seja, o acesso à uma ordem jurídica justa. Cuida-se da constatação, portanto, de um primeiro ponto de convergência entre os elementos conceituais – justiça restaurativa e acesso à justiça - que este trabalho se propôs a identificar.

Em um segundo plano, identificou-se, ainda, um outro ponto de interseção entre as duas categorias conceituais em referência, consistente na meta de efetivação de princípios democráticos no bojo do sistema de administração de conflitos.

Isto porque partiu-se do pressuposto de que o sistema judiciário é espaço de concretização de direitos e exercício de cidadania, de forma que a compreensão do acesso a tal sistema não pode se encontrar apartada do sentido de democracia, o qual engloba aspectos como a legitimidade democrática do processo de gestão de controvérsias, isto é, a abertura à participação dos implicados. Também esta é uma discussão, como visto, muito própria da proposta restaurativa, marcada por preconizar a autonomia dos implicados na gestão do conflito, fator este que a dota de uma particular legitimidade democrática.

Restou apontado ainda um terceiro ponto de contato entre o modelo restaurativo e o ideal de acesso à justiça, porquanto se identificou que ambos os conceitos são mediados pela noção de neoconstitucionalismo, caracterizado este como fenômeno que reconhece a dimensão dos valores no campo jurídico, aceitando como conteúdo deste uma profunda carga axiológica.

De tal maneira, visualiza-se que, à proporção em que os princípios passam a integrar, diretamente, o ordenamento jurídico, sustentando a defesa do valor justiça e respeito aos direitos humanos, defendem, em última instância, a meta restaurativa, porquanto esta, conforme visto anteriormente, caracteriza-se por não resumir o fenômeno jurígeno à lei, compreendendo que o direito se manifesta nas relações sociais, isto é, nas normas de

regulamento social.

Diante do cotejo no presente trabalho operado, restou possível confirmar a hipótese inicial consistente na existência de compatibilidade entre as categorias conceituais “justiça restaurativa” e “acesso à justiça”, o que se logrou identificar a partir do aprofundamento dos referidos elementos conceituais, articulados mediante a utilização da técnica da análise de conteúdo do aporte bibliográfico explorado.

Dessa maneira, em síntese, é possível afirmar, diante dos resultados obtidos no corpo desta pesquisa, que a proposta restaurativa é albergada pela meta de acesso à justiça, na medida em que exsurge o modelo restaurativo apoiado em princípios que preconizam pela participação e abertura democrática no campo da gestão de conflitos, pautando-se, para tanto, em última instância, na garantia da justiça das próprias instituições, isto é, no acesso a uma ordem jurídica, em si, justa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva***. 2008. 544 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.
- ACEVEDO, Fabiola Bernal; VARGAS, Sara Castillo. **Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos teóricos y prácticos**. In: I CONGRESO DE JUSTICIA RESTAURATIVA. Costa Rica, jun., CONAMAJ: San Jose, 2006.
- AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Luiz. **O paradoxo estratégico-gerencial do nosso tempo: a centralização de poder e a busca pela humanização das empresas**. 2002. 136 f. Dissertação (Mestrado Executivo), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Paulo Pongetti & C., 1926.
- BARROS, Ligia Raposo; CÉSAR, Constança Terezinha Marcondes. Imputação e responsabilidade em Paul Ricoeur. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA PUC-CAMPINAS, 13, 2008, Campinas. **Anais...** Campinas: EDUC, 2008. p. 1-4.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BATTLE, Michael. **Reconciliation: The Ubuntu theology of Desmond Tutu**. Ohio (Cheveland): The Pilgrim Press, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Tradução de: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: José Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BENTES, Hilda; SALLES, Sérgio. Paul Ricoeur e o humanismo jurídico moderno O reconhecimento do sujeito de direito. **Études Ricoeuriennes / Ricoeur Studies**, Pittsburgo ,v. 2, n. 2, p. 106-117, 2011.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Tradução de: Cândido Furtado Maia. Brasília: UNB, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Mapeamento Nacional de Programas Públicos e não-governamentais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

BRITES, Isabel. A centralidade de Vigiar e Punir: história da violência nas prisões, na obra de Michel Foucault. **Revista Lusófona de Educação**, Lisboa, v. 10, p. 167-184, jul. 2007.

BRITTO, Paulo Henriques. **Formas do nada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul./dez. 2010

CABEZUDO, Alicia; HAAVELSRUD, Magno. Repensar la educación para la cultura de paz. In: PELIZZOLI, Marcelo (Org.). **Cultura de Paz**: restauração e direitos. Recife: UFPE,

2010.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica** – Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Vitória, v. 2, n. 2, p. 1-44, abr. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 13, 1990, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: OAB, 1990. p.144-160.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 318, p. 120-128, abr./jun. 1992.

CARIO, Robert. De la reconnaissance des droits des victimes à la justice restaurative. In: FATTAH, Ezzat; PARMENTIER, Stephan (Eds.). **Victim policies and criminal justice on the road of restorative justice: essays in honour os Tony Peters**. Leuven: Leuven University Press, 2001.

CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá**. Tradução de: Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008a.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CELLA, José Renato Gaziero. Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFCE, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. p.1-48.

CÉSAR, Constança Marcondes. **Justiça e paz em Paul Ricoeur**. In: CARVALHO, José Maurício de. (Org.). Problemas e teorias da ética contemporânea. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CHARBONNEAU, Serge; BÉLIVEAU, Denis. Un exemple de justice réparatrice au Québec: la médiation et les organismes de justice alternative. **Criminologie**, Montréal, v. 32, n.1, p. 57-77, 1999.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **The British Journal of Criminology**, vol. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de: Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

COISSI, Juliana; GALLO, Ricardo. **Tentativas de linchamentos de suspeitos de crimes se espalham pelo país**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 20 fevereiro 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1414905-linchamentos-de-suspeitos-de-crimes-se-espalham-pelo-pais.shtml>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção sobre Acesso Internacional à Justiça, de 25 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/text29pt.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 26 maio 2014.

CORÁ, Elcio José. **Reconhecimento, intersubjetividade e vida ética: o encontro com a filosofia de Paul Ricoeur**. 2010. 238 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

DAMÁSIO, Felipe. O início da revolução científica: questões acerca de Copérnico e os epiciclos, Kepler e as órbitas elípticas. **Revista Brasileira de Ensino da Física**, Araranguá, v. 33, n. 3, p. 1-7, set. 2011.

DATIMER, Jeff; DOWDEN, Craig; MUSEN, Danielle. **L'efficacité des pratiques de la justice réparatrice: méta-analyse**. Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 2001.

DEMARCHI, Clovis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. Da constituição ao neoconstitucionalismo. **Revista USCS**, ano XI, n. 18, p. 65-85, jan./jun. 2010.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. **O Conselho Nacional de Justiça e o controle**

democrático do poder judiciário: uma realidade possível? 2010. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2010.

DIGNAN, James. **Understanding victims and restorative justice**. Berkshire: Open University Press, 2005.

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

EAGLETON, Terry. **A ideia de Cultura**. Tradução de: Sandra Castello Branco. São Paulo: UNESP, 2005.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (Org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 61-76.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Fávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOLLET, Mary Parker. **Profeta do gerenciamento**. Tradução de: Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça**: Da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FUNG, Archon. Varieties of participation in complex governance. **Public Administration Review**, Washington, Especial Issue, p. 66-75, dez. 2006.

GARLAND, David. **Punishment and modern society**: a study in social theory. Oxford: Clarendon Press, 1995.

GARLAND, David. **La cultura del control**. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARRIDO, Sônia Vasquez. A hermenêutica do si e sua dimensão ética. In: CESAR, Constança Marcondes. (Org.). **A Hermenêutica Francesa**: Paul Ricoeur. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

GUIMARÃES, Áurea Maria. **A dinâmica da violência escolar**: conflito e ambiguidade. 2 ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça**. São Paulo: Jus Podium, 2005.

GÓMEZ, Leonel Narváez. A reconciliação: para prevenir a violência e construir a paz duradoura. In: BINGEMER, Maria Clara Lucchetti. (Org.). **Cultura da paz e prevenção da violência**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n.14, jul./set. 2007.

GRZIBOWSKI, Silvestre. O sujeito sem identidade em Emmanuel Levinas. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 39, n. 123, p. 107-118, 2012.

GRZIBOWSKI, Silvestre. Ética fenomenológica: do reconhecimento mútuo à alteridade em Paul Ricoeur. **Impulso**, Piracicaba, v. 24, p. 109-119, mar. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de: Luiz Sérgio Reppa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: sistema penal em questão. Niterói: Luam Ltda., 1993.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: JUSTIÇA Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 163-186, 2005.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. Tradução de: Edson Bini. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de: Alexandre Krug. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, João José. **Direito Penal Parte Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LEMINSKI, Paulo. **Toda Poesia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 9, n. 1, p.169-183, mai. 1997.

MAFFESOLI, Michel. **A dinâmica da violência**. Tradução de: Cristina França. São Paulo: Revista dos Tribunais/Edições Vértice, 1987.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**: resumo da subversão pós-moderna. Tradução de: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A Reflexão de Ricoeur sobre o Justo. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 29, n. 93, p. 103-115, 2002.

MAIA, Clarissa Nunes et al.(Org.). **História das prisões no Brasil**. v. I. Rio de Janeiro:Rocco, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona; SILVA NETO, Nirson Medeiros da. Democratização da justiça penal e a política nacional de fomento às penas e medidas alternativas: uma aproximação teórica preliminar. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFBA, XVII, 2008, Salvador. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1688-1704.

MIGLIARDI, Mario Duran. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a proposito del neo-retribucionismo del retribucionismo y del neo-proporcionalismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. **Rev. Filos.**, Santiago, v. 67, p. 123-144, 2011.

MILANI, Feizi Masrour. Cultura de paz x violências: papel e desafios da escola. In: MILANI, Feizi Masrour; JESUS, Rita de Cássia Dias Pereira de Jesus (Org.). **Cultura de paz**: estratégias, mapas e bússolas. Salvador: INPAZ, p. 31-60, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MIRANDA, Márcia. **A reabilitação do criminoso no discurso norte-americano**: uma proposta alternativa ao cárcere duro. Rio de Janeiro: Letra Capital: 2013.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade**. Porto

Alegra: Sergio Antonio Fabrizz Editor, 2006.

MULLER, Jean-Marie. **Não-violência na educação**. Tradução de: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2006.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi; SPENGLER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013.

PADILHA, Rafael Alves. **Entre o bom e o legal**: Ricoeur e a noção de justiça. 2012. 84 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2012.

PARKER, Lynette. Justiça restaurativa: um veículo para reforma? In: JUSTIÇA Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 249-268, 2005.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**: ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006.

PELIZZOLI, Marcelo. Fundamentos para a restauração da justiça: resolução de conflitos na justiça restaurativa e a ética da alteridade e do diálogo. In: PELIZZOLI, Marcelo (Org.). **Cultura de Paz**: educação do novo tempo. Recife: UFPE, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

PINTO, Larissa Nóbrega de Araújo. A tríplce constituição da perspectiva ética de Paul Ricoeur. **Synesis**, Petrópolis, v. 4, n. 2, p. 45-62, dez. 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: JUSTIÇA Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 19-40, 2005.

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 1, p. 64-95, jan./jun. 1999.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução de: Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 465-492, jul./dez. 2008.

RICOEUR, Paul. **O mal**: um desafio à filosofia e a teologia. Tradução de: Maria da Piedade Eça de Almeida. São Paulo: Ed. Papirus, 1988.

RICOEUR, Paul. **Soi-même comme un autre**. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

RICOEUR, Paul. **Si-mesmo como outro**. Tradução de: Lucy Moreira Cesar. Campinas: Papirus, 1991.

RICOEUR, Paul. Entre filosofia e teologia I: a regra de ouro em questão. In: LEITURAS 3: nas fronteiras da filosofia. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

RICOEUR, Paul. **La lutte pour la reconnaissance et l'économie du don**. Paris: UNESCO, 2004.

RICOEUR, Paul. **Percurso do reconhecimento**. Tradução de: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006.

RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução de: Ivone Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

RICOEUR, Paul. **O justo 2**: justiça e verdade e outros estudos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.

ROOKE, John Daniel. **The multi-door courthouse is open in Alberta**: judicial dispute resolution is institutionalized in the Court of Queen's Bench. 2010. 125 p. Masters Dissertation (Masters of Law) – Faculty of Law, University of Alberta, Edmonton, 2010.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

ROSSATO, Noeli Dutra. Viver bem: a “pequena ética” de Paul Ricoeur. **Mente, Cérebro & Filosofia**, São Paulo, n. 11, p. 26-33, 2008.

ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: PROBLEMAS Fundamentais de Direito Penal. Tradução de: Ana Paula dos Santos e Luiz Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de Justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá,

2009.

SALLES, Sérgio de Souza. A regra de ouro, entre o amor e a justiça: uma leitura sobre Paul Ricoeur. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v.4, n.8, p. 105-123, 2 sem. 2013.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A justiça restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência**, Santa Catarina, n. 64, p. 195-226, jul. 2012.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Microfísica da violência, uma questão social mundial. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 22-24, jun. 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. O acesso à Justiça. In: ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros (Org.). **Justiça**: promessa e realidade - O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SBT Vídeos. Rachel fala sobre o jovem vítima de 'justiceiros'. 1'30". Disponível em: <<http://www.sbt.com.br/sbtvideos/media/78cf99c94c944d84b854f6b925d908a1/Rachel-fala-sobre-o-adolescente-vitima-de-justiceiros-no-Rio.html>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

SCHETTINO, Patrícia Thomé Junqueira. **A mulher e a casa**: estudo sobre a relação entre as transformações da arquitetura residencial e a evolução do papel feminino na sociedade carioca no final do século XIX e início do século XX. 2012. 322 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SHUCH, Patrice. Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa. **Civitas**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 498-520, set./dez. 2008.

SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DA INICIATIVA PRIVADA PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE NEST/CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA BRASIL-ALEMANHA, 2000, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Centro Talcott, 2000. p. 1-19.

SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista Jurídica CCJ/FURB**, Blumenau, v. 12, n. 23, p. 3-24, já./jun. 2008.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: o novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2007.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De Jure** – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1, p. 411-449, jan./jun. 2009.

SOUSA, Edson Luiz André de; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. Direito à palavra: interrogações acerca da proposta da justiça restaurativa. **Psicol. cienc. Prof.**, Brasília, v. 31, n. 4, p. 826-839, 2011.

SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33-65, jul./dez. 2009.

SUAREZ, Marcial Garcia. **Modernidade Técnica e Violência**: considerações acerca da Técnica moderna, da Política e da Guerra. 2004. 136 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Departamento de Sociologia, Centro de Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional**: fundamentos e amplitude da legitimação da defensoria pública na tutela de direitos metaindividuais. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

TAYLOR, Charles. **As Fontes do Self: A construção da identidade moderna**. Tradução de: Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. A regra de ouro e a ética nas organizações. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, dez. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Decênio internacional da promoção de uma cultura de não-violência e da paz em prol das crianças do mundo. **Resolução n. 53/25**, de 19 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www3.unesco.org/iycp/kits/a53r025.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Handbook on Restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006.

VILLELA-PETIT, Maria da Penha. O justo e o legal na reflexão de Paul Ricoeur. **Prometeus**, Aracaju, n. 12, ano 6, p. 169-183, jul./dez. 2013.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmatica juridico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal . Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, Vol. 17, n. 2, p. 237-253, maio/ago. 2012.

ZANONNI, Eduardo. **Crisis de la razón jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZEHR, Howard; TOEWS, Barbara. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa do mundo. In: NOVAS direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, p. 419-432, 2006.

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