

NOVO PARADIGMA RESTAURADOR: POR UM DUPLO PROCESSO DE DESCONTINUIDADE

Thaize de Carvalho Correia^{1[1]}

1. Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 A UNIVOCIDADE DA SANÇÃO PENAL: UM PARADIGMA A SER QUESTIONADO; 3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O DUPLO PROCESSO DE DESCONTINUIDADE; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O Estado trata os criminosos através de uma racionalidade penal aflitiva, acreditando que impor um mal àquele que cometeu um crime, é a maneira eficaz de atender aos fins propostos pela sanção penal. A imposição de uma pena embasa-se, atualmente, nas chamadas Teorias Relativas da Pena, aquelas que justificam a intervenção penal em nome da prevenção do delito, ora acreditando que a punição de um atinge os demais membros da coletividade, intimidando e fazendo crer na força da norma desrespeitada; ora defendendo a pena como meio adequado para ressocializar o condenado. Nesse prisma, constata-se que a vítima foi esquecida por essas teorias. Ao mesmo tempo, constata-se que os fins propostos pelas doutrinas penais não conseguem respaldo prático, pois as condições penitenciárias são inadequadas, além dos cidadãos não confiarem no sistema penal, vez que são poucos os que procuram as agências de controle, especialmente quando o conflito ocorre no seio de uma relação social já estabelecida. Constatado o declínio do paradigma hermético e unívoco da sanção penal, apresenta-se a Justiça Restaurativa, como meio apto a solucionar os conflitos jurídico-penais, especialmente aqueles oriundos de relações paritárias. Embasa nos princípios da voluntariedade, complementariedade, celeridade, confidencialidade, entre outros, estes métodos possibilitam que o agressor não encampe o caminho da delinquência, bem como o processo de vitimização seja também cessado, pois as partes,

^{1[1]} Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Ciências Criminais pelo Instituto Excelência - Jusdivm. Professora de Processo Penal da Universidade Federal da Bahia e Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica do Salvador. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador.

diretamente, conscientizar-se-ão e, refazendo os elos desfeitos pelo crime, continuarão as suas vidas sem carregarem o peso de um processo penal oficial, sempre frio, hostil e artificial.

Palavras chaves: Univocidade da Pena. Paradigma em Declínio. Justiça Restaurativa. Duplo Processo de Descontinuidade.

2.INTRODUÇÃO.

A modernidade elegeu como resposta aos comportamentos taxados como criminosos uma sanção aflitiva. Essa univocidade da réplica aos delitos se perpetua na ciência jurídica, fazendo com que os aplicadores do Direito tornem-se operadores de uma suposta máquina chamada Direito.

É preciso, desde logo, abortar esta concepção equivocada do adjetivo atribuído aos juristas. Logo nos primeiros semestres da faculdade, dizem aos estudantes que eles são “operadores” do Direito, como se, em um passe de mágica, uma engenharia ultra-mega-sônica, fosse possível retirar toda carga axiológica do aplicar e interpretar, o caso submetido à apreciação judicial, através de um conjunto de significantes.

Essa postura decorre do Racionalismo e da ânsia em transpor os métodos (objetivos) próprios das Ciências Naturais para as Ciências chamadas Sociais.

Com efeito, a subsunção, pura e simples, não pode ser realizada fora da subjetividade do indivíduo, na medida em que esta justaposição dependerá da valoração do homem, enquanto ser singular e, ao mesmo tempo, múltiplo, que levará em consideração um emaranhado de conceitos e preconceitos, significados carregados de muitas variáveis, posto que não existe o monossêmico, como sustentam aqueles que acreditam no mundo do “dever ser”, espaço sempre cor de rosa e azul bebê, onde as portas das casas são de chocolate e as janelas de biscoito.

O mundo é real e polissêmico, devendo se ter em mente que toda intervenção é a exteriorização de uma carga axiológica inerente ao ser humano.

Nesse contexto, essa tentativa de responder de forma racional e objetiva os conflitos penais, solução trazida desse mundo ideal, através da razão, logo, através

de um único duto – o público, não se sustenta no tocante ao Direito Penal, por uma razão muito simples: a conta não fecha.

As promessas de redução e controle de criminalidade, através dessa sanção aflitiva não encontra ressonância nas estatísticas advindas das pesquisas criminológicas.

Por esta razão, antes de discutir a chamada Justiça Restaurativa, é preciso contextualizar a situação da Política Criminal brasileira atual. E, mais ainda, faz-se necessário ponderar que os resultados dessa forma de aplicar o Direito Penal não satisfazem. Os números demonstram que a situação dos encarcerados é deplorável, que a pena restritiva de liberdade não é capaz de atingir seus objetivos declarados, quais sejam: inibir que os demais membros da coletividade cometam crimes, desestimular àqueles que praticaram condutas descritas como criminosas e, ainda, oportunizar a ressocialização dos condenados.

A situação desumana dos presídios brasileiros, bem como a discussão sobre a efetividade do abatimento físico e temporal dos indivíduos submetidos a esta modalidade de sanção penal, bem como o suposto alcance social desta forma de educar e prevenir o crime são, a cada dia, menos fiéis às suas promessas.

Nesse prisma avassalador, é que se discute o uso do princípio da Intervenção Mínima internamente ao Direito Penal. Ampliar o uso desta norma, que atualmente é vista como farol a iluminar (apenas) o trabalho legislativo. Nessa seara, encaminhar conflitos penais para a esfera não judicial é plenamente possível, e, até mesmo, necessário. Oportunizar a mediação entre as partes diretamente envolvidas em situação problemáticas, especialmente quando o fato descrito como ocorrer no seio de relações paritárias, é adequado, e atende às finalidades de mínima ingerência do Direito Penal, além de atender, de maneira mais satisfatória, os demais fins da pena.

3.A UNIVOCIDADE DA SANÇÃO PENAL: UM PARADIGMA A SER QUESTIONADO.

As bases que justificam a forma atual de aplicar o Direito Penal, no tocante, especialmente, à sanção penal derivam das teorias da pena. Sendo estas classificadas em Absolutas e Relativas, são elas que irão autorizar a intervenção

penal através de um paradigma aflitivo², via, em regra, uma sanção privativa de liberdade, pois é esta a sanção primordial do ordenamento brasileiro, vez que, abstratamente, é uma pena desta natureza que é cominada ao comportamento indesejado³.

Jorge de Figueiredo Dias esclarece que, para o grupo de juristas que defende a Teoria denominada Absoluta: “a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta essência se esgota⁴”.

Demonstrando o que foi largamente defendido por Hegel e Kant, o autor lembra que para esta teoria:

a medida concreta da pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado facto não pode ser encontrada em função de outros pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da correspondência entre a pena e o facto⁵.

Também nesse sentido, Roxin aduz que:

La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense⁶.

Para Immanuel Kant, o homem não poderia ser instrumentalizado, devendo ser punido porque cometeu um crime, apenas por isso: “pois um ser humano nunca pode ser tratado como meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direito a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil⁷”.

Não se preocupando com a utilidade, Kant entendia que a pena não poderia ser aplicada em nome de outro bem, nem em benefício do culpado, nem da sociedade, mas contra o culpado, pela simples razão de ter delinquido, porque para o autor o homem não poderia ser tomado como instrumento para outros desígnios. E exemplifica a sua posição retributiva, quando afirma, que se uma determinada

²PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004, p. 22-36.

³Poder substituir a pena privativa de liberdade por uma (ou duas) restritivas de Direitos, não retira o caráter de principal da primeira. Situação que denota que a pena segregadora é a oficial no sistema brasileiro.

⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 43.

⁵Idem, op. cit., p. 43.

⁶ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Traducción de la 2. edición por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 82.

⁷KANT, Immanuel, **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2003, p. 174-175.

sociedade resolvesse se desfazer, o último assassino restante na prisão deveria ser executado⁸.

Esta doutrina coadunava-se com o pensamento contratualista que estavam imersos os doutrinadores no momento de sua concepção, e nesse sentido, a fundamentação da pena como exclusiva retribuição a um mal, a uma ruptura contratual, como lembra Luigi Ferrajoli, partia de uma confusão entre direito e moral, transpondo-se para o jurídico muito do religioso, especialmente, o que se relacionava com as superstições, aquilo que se acreditava baseado na fé, logo, inverificável e, portanto, inafastável, alertando, ainda, o autor, que as doutrinas retributivas: “revelam-se idôneas para justificar modelos não liberais de direito penal máximo⁹”, frisando, portanto, que eleger como fundamento apenas a Teoria Absoluta, logo, meramente retributiva: “certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento dominado por crenças supersticiosas¹⁰”.

Porém, os argumentos apresentados pela teoria retributiva (que admite a pena exclusivamente como retribuição a um mal) não encontram qualquer ressonância com um Estado Constitucional e Democrático de Direito, conforme salienta Roxin, frisando que:

“No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente”, pois: “la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales¹¹”.

Aceitar que a pena seja aplicada meramente como forma de retribuir o mal, implica em castigar por castigar, sem atender a outros fins, coletivos, que justificam a formação e legitimação do Estado, devendo, portanto, ser afastada a teoria meramente retributiva.

Isto porque, o Estado tem por objetivo propiciar as condições para a existência em sociedade, protegendo, por tanto, os bens jurídicos de fundamental importância contra os ataques de maior gravidade.

⁸Idem, op. cit., p. 176.

⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**, 3. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 240.

¹⁰Idem, op. cit., p. 240.

¹¹ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Traducción de la 2. edición por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 84.

Esta medida social negativa, imposta sem outras finalidades, não pode ser utilizada para justificar a intervenção estatal com a retirada da liberdade do indivíduo, razão pela qual, a Teoria Absoluta, não se sustentou, como não se sustenta.

De outra banda, nascem as Teorias Relativas, sustentando que as penas referem-se a um fim, pois, as sanções dirigem-se, também, a outros objetivos diversos da simples retribuição ao mal cometido, nos termos definidos por Roxin: *“La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos¹²”*, abordando particularmente a teoria da prevenção especial, pondera que:

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal¹³.

A doutrina referenciada advoga que a pena é um instrumento destinado ao delinquent, com o fim de evitar futuros delitos, não pela neutralização causada pelo encarceramento, mas pela alteração de consciência provocada pela intervenção estatal.

Neste prisma, a Teoria da Prevenção Especial, consiste na tentativa de evitar que aquele que cometeu um ato ilícito não volte a fazê-lo, através de uma atuação psíquica, diferente, portanto, da Teoria Absoluta, que até defende a ideia de inocuidade do criminoso, mas só por via oblíqua, porque o objetivo declarado é compensar um mal.

Já para a Teoria da Prevenção Geral, a aplicação da pena tem por objetivo também prevenir delitos, mas através de uma destinação à coletividade, ou seja, evita-se a prática de infrações aplicando uma pena, porém com o objetivo de alcançar os demais membros da comunidade, que não participaram na empreitada criminosa, nos dizeres de Claus Roxin a pena: *“en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación¹⁴”*.

¹²Idem, op. cit., p. 85

¹³Idem, op. cit., p. 87

¹⁴Idem, op. cit., p. 89

Assim, para os adeptos da Teoria da Prevenção Geral, a pena de destina à coletividade, se pune alguém com objetivo de atingir os seus pares, podendo-se, também, classificá-la em Prevenção Geral Negativa, que teve como um dos representantes Feuerbach, que acreditava que a aplicação da pena sobre aquele que cometeu crime, intimidaria os demais membros da coletividade, como lembra Claus Roxin:

Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán. Feuerbach derivaba su doctrina de prevención general de la llamada 'teoría psicológica de la coacción', desarrollada por él¹⁵.

Prega-se que a ameaça da pena, e a aplicação desta, amedronta os membros da comunidade, e, impede que eles pratiquem crimes, pois acredita-se: *“de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes¹⁶”*.

No tocante, ainda, a Teoria da Prevenção Geral, agora no seu aspecto positivo, defende-se a aplicação da pena como uma forma de estabilização dos elos sociais afetados pelo delito, reafirmando-se, portanto, a norma infringida através da prática de um comportamento criminoso, nas lições de Gunther Jakobs¹⁷.

Em termos teóricos, as Teorias Relativas encontram ressonância com o Estado Democrático de Direito, justificando a atuação estatal, na medida em que pregam efeitos transcendentais à mera retribuição.

Importante, ainda, apresentar a chamada Teoria Unificadora, defensora de que a pena atende tanto a um fim retributivo como preventivo. Nesse sentido, Claus Roxin se posiciona sobre essa corrente: *“Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultaneamente¹⁸”*.

Acrescente-se, também, que o Código Penal brasileiro consagrou esta fundamentação híbrida, expressamente no seu artigo 59, ao dispor:

¹⁵ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Traducción de la 2. edición por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 89-90

¹⁶Idem, op. cit., p. 91

¹⁷JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, Parte Geral**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14.

Importante registrar que para Jakobs a função do Direito Penal é a estabilidade normativa e não a tutela de bens jurídicos.

¹⁸Idem, op. cit., p. 93

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**¹⁹.

(ênfase acrescentada)

Claus Roxin, mais uma vez, afirma que essa sobreposição é natural, na medida em que nenhuma das teorias anteriormente apresentadas consagrou uma justificativa plausível ao fundamentar a sanção penal. Nas palavras do autor:

*Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general.*²⁰

Para o autor, porém, essa tentativa de unir as Teorias Relativas à Teoria Absoluta não encontra legitimidade, vez que o Estado não pode defender a retribuição como argumento válido para a aplicação da pena. Isso não implica dizer que a sanção não é, essencialmente, retributiva, pois sempre será. Essa característica é natural à pena. O que não se admite é que o Estado utilize esse argumento, de compensação, para aplicar esta sanção.

Essa diferença é decisiva. Se o Estado toma pra si a responsabilidade de se vingar, em nome do particular, ou da coletividade, sua atuação ganhará um determinado contorno. A contrário senso, assumindo o caráter preventivo do atuar estatal, as instituições penais tratarão o crime e o criminoso de outra forma, com objetivos transcendentais à mera compensação de um mal.

Por esta razão, Roxin defende que, atualmente, os ordenamentos democráticos, devem materializar sua atuação penal na consagração (e união) das Teorias Preventivas, pois, somente essas são capazes de justificar uma intervenção penal estatal, é o que o autor chama de 'Teoria Unificadora Preventiva Dialética', já que a sanção só se justifica quando objetiva proteger a liberdade individual e a ordem social²¹.

Ressocializar, portanto, é tarefa do Estado, porém, não é dever a ser cumprido a qualquer custo, pois, como assinala, mais uma vez, Claus Roxin, para que esta ocorra, se faz necessária a voluntariedade por parte do apenado, nas

¹⁹BRASIL, **Código Penal** (1940), Decreto Lei 2.848. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2012.

²⁰ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Traducción de la 2. edición por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 94

²¹Idem, op. cit., p. 95

palavras do autor: *“Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira²²”*.

Assim, negando o efeito meramente retributivo à sanção, defende-se que a pena atualmente imposta deve se destinar a prevenir delitos. Baseando-se nisso é que o processo de construção dessa resposta estatal deve ser aberto, para que os envolvidos participem de forma direta, pois tal opção, efetivamente, será decisiva no atendimento à prevenção de delitos, pois o sentimento de justiça deve ser próximo, real e visível.

Importante salientar, desde já, que nenhuma das teorias apresentadas preocupou-se com a vítima. Aliás, o ofendido perdeu espaço dentro das discussões que fundamentaram o desenvolvimento Direito Penal nos moldes atuais, voltando a ganhar lugar, mais tarde, com o nascimento da Vitimologia²³.

Essa forma objetiva de eleger a sanção sob os fundamentos apresentados, além de não alcançar os fins propostos, dá à pena privativa de liberdade uma dominação pública, revestindo-a de uma univocidade hermética e hostil, o que inviabiliza outras formas, não judiciais, de solucionar conflitos. Esse raciocínio veda o duto comunicacional, retirando as peculiaridades do caso concreto que, muitas vezes, pode ser resolvido sem a violenta intervenção penal estatal, aplicando-se, para tanto, o princípio da Intervenção Mínima internamente ao Direito Penal.

Explique-se.

O referido princípio atualmente ilumina a eleição de condutas que serão rotuladas pelo Poder Legislativo como criminosas. Leva-se em conta (em tese) se as condutas indesejadas não estão sendo evitadas pelos outros ramos do ordenamento jurídico (caráter subsidiário do Direito Penal), considerando-se, ainda, a importância do bem jurídico lesionado a justificar a intervenção do Direito Penal (caráter fragmentário).

Para que esta utilização intramuros do referido princípio se alargue, antes de qualquer coisa, é preciso encarar as limitações e ilusões humanas sobre o Direito Penal, especialmente aquelas relacionadas à sanção, sua função e eficácia.

²²Idem, op. cit., p. 95

²³O estudo da vítima, os reflexos e as consequências do delito, foi iniciado apenas no século XX, quando estudiosos como Benjamin Mendelsohn (década de 40) preocuparam-se em classificar e estudar essa figura até então mantida em um lado escuro da sala de audiência, sem o tratamento e a preocupação por parte do Estado.

Restando demonstrado que a resposta aos comportamentos taxados como criminosos não atende aos fins propostos, é evidente o declínio da política criminal eleita. As penitenciárias abarrotadas, como vem demonstrando os relatórios do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os altos índices de reincidência daqueles que cumprem pena privativa de liberdade, a desconfiança da coletividade em relação aos egressos, e, ainda, a descrença da sociedade no próprio sistema penal, incluído aí, as agências policiais, são sinais vitais que o paradigma está em declínio, devendo se pensar em novas formas de encarar os problemas jurídico-penais, pois esses problemas afastam a população do sistema oficial, a confiança acaba sendo decantada diante de tantas e tão graves falhas e incongruências do sistema.

Nesse prisma, constatando, que o pós-guerra alterou a sociologia do Direito, Boaventura de Sousa Santos pondera que o Direito, enquanto fato social, ao mesmo tempo em que mantém certa tradição, deve existir também para manutenção do bem comum, ressaltando a visão polarizada a cerca dele²⁴.

Com efeito, relata o autor, as dificuldades em acessar a Justiça são imensas, e norteadas por diversos problemas²⁵ (sociais, culturais, econômicos), o que leva a administração da justiça a atender muito mais a interesses políticos do que efetivamente a resolver conflitos jurídicos²⁶.

Baseando-se nessas observações sociológicas, o autor propõe uma reforma da política judiciária, sugerindo a criação de novos mecanismos de resolução de litígios, instituições mais leves e baratas: “localizadas de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes²⁷”.

E esta opção sociológica se dá diante da crise verificada no sistema hermético de construção da resposta ao conflito, pois a crise deste modelo é real e atual. É preciso admitir, para, a partir dessa assunção, começar a trilhar um caminho alternativo, isso porque certos paradigmas são mantidos apenas pela sua essência, mesmo que não mais aptos a alcançarem aos fins prometidos.

²⁴SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 162.

²⁵Idem, op. cit., p. 169-171.

²⁶Idem, op. cit., p. 172-174.

²⁷Idem, op. cit., p. 176.

Ciente da dificuldade de reconhecer um erro e encarar como possível e concretizável uma ideia nova, é necessário apresentar parte do pensamento do autor inglês Francis Bacon, vez que este filósofo, através de seus aforismas, alerta para a necessidade de superação de certas crenças que impossibilitam a evolução e a renovação científica.

Com efeito, Francis Bacon elenca esses obstáculos aos novos caminhos e propostas (ídolos), e aduz que eles: “são de quatro gêneros os ídolos que bloqueiam a mente humana. Para melhor apresentá-los, lhes assinamos nomes, a saber: Ídolos da Tribo; Ídolos da Caverna; Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro²⁸”.

E esclarece o autor, de maneira didática, sobre a necessidade de reconhecer essas barreiras, alertando que:

A formação de noções e axiomas pela verdadeira indução é, sem dúvida, o remédio apropriado para afastar e repelir os ídolos. Será, contudo, de grande préstimo indicar no que consistem, posto que a doutrina dos ídolos tem a ver com a interpretação da natureza o mesmo que a doutrina dos elencos sofisticos com a dialética vulgar²⁹.

Sobre os primeiros, Francis Bacon os denomina de Ídolos da Tribo, referindo-os àqueles fundados na própria natureza humana, na tribo ou espécie humana, afirmando que todas as percepções, tanto dos sentidos como da mente, guardam analogia com a natureza, nos termos do autor:

Os ídolos da tribo estão fundados na própria natureza humana, na própria tribo ou espécie humana. E falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas. Muito ao contrário, todas as percepções, tanto dos sentidos como da mente, guardam analogia com a natureza humana e não com o universo. O intelecto humano é semelhante a um espelho que reflete desigualmente os raios das coisas e, dessa forma, as distorce e corrompe³⁰.

Já sobre os segundos, o filósofo assevera a natureza interna destes preconceitos, pois os ídolos da caverna são aqueles que atormentam os homens enquanto indivíduo, pois todos tem uma cova: “que intercepta e corrompe a luz da natureza: seja devido à natureza própria e singular de cada um; seja devido à educação ou conversação com os outros; seja pela leitura dos livros ou pela autoridade daqueles que se respeitam e admiram³¹”.

²⁸BACON, Francis. **Novum Organum**. 2.ed. Trad. José Aloísio Reis de Andrade. São Paulo: Abril cultural, 1979, p. 14.

²⁹Idem, op. cit., p. 14.

³⁰Idem, op. cit., p. 14.

³¹Idem, op. cit., p. 14

No tocante aos terceiros ídolos, o autor acrescenta que eles nascem diante das associações que o indivíduo realiza ao lodo da vida. Essa troca de experiências, através da comunicação, afasta o intelecto, como classifica Francis Bacon:

Há também os ídolos provenientes, de certa forma, do intercurso e da associação recíproca dos indivíduos do gênero humano entre si, a que chamamos de ídolos do foro devido ao comércio e consórcio entre os homens. Com efeito, os homens se associam graças ao discurso, e as palavras são cunhadas pelo vulgo. E as palavras, impostas de maneira imprópria e inepta, bloqueiam espantosamente o intelecto. Nem as definições, nem as explicações com que os homens doutos se munem e se defendem, em certos domínios, restituem as coisas ao seu lugar. Ao contrário, as palavras forçam o intelecto e o perturbam por completo. E os homens são, assim, arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias³².

Por último, alertando sobre a necessidade de se ter clareza na existência dessas barreiras, o autor apresenta como obstáculo à evolução científica, os ídolos do teatro, criticando as crenças internalizadas através da observação e absorção do homem e pelo homem, ao expor que:

Há, por fim, ídolos que imigraram para o espírito dos homens por meio das diversas doutrinas filosóficas e também pelas regras viciosas da demonstração. São os ídolos do teatro: por parecer que as filosofias adotadas ou inventadas são outras tantas fábulas, produzidas e representadas, que figuram mundos fictícios e teatrais. Não nos referimos apenas às que ora existem ou às filosofias e seitas dos antigos. Inúmeras fábulas do mesmo teor se podem reunir e compor, por que as causas dos erros mais diversos são quase sempre as mesmas. Ademais, não pensamos apenas nos sistemas filosóficos, na universalidade, mas também nos numerosos princípios e axiomas das ciências que entraram em vigor, mercê da tradição, da credulidade e da negligência. Contudo, falaremos de forma mais ampla e precisa de cada gênero de ídolo, para que o intelecto humano esteja acautelado³³.

Assim, ciente de que o intelecto humano, quando assente em uma convicção, tudo arrasta para seu apoio e acordo, nos dizeres ainda de Francis Bacon, torna-se imperioso alertar que é preciso despir-se desses preconceitos, e, para tanto, é indispensável reconhecer o funcionamento da mente humana, para, a partir daí, abandonar as amarras e encarar as novas possibilidades apresentadas.

É preciso sair da inércia, reconhecer a crise, discuti-la e apresentar novas formas de tratamento ao problema, sempre com o intuito de, pelo menos, minimizá-lo. Para tanto, necessário alterar sobre o paradigma dominante, o caráter hermético e aflitivo da sanção penal, possibilitando uma transição para uma abertura dialogal no processo de respostas aos comportamentos criminosos. Para tanto, é necessário

³²Idem, op. cit., p. 15

³³Idem, op. cit., p. 15

desbancar esse paradigma dominante, no caso, a forma aflitiva e hermética de tratar os crimes e os criminosos.

Sobre o tema de transição de paradigmas, importante o pensamento de Thomas Kuhn, quando trata das chamadas Ciências Normais, definindo-as como aquelas que se baseiam em experiências passadas, e suas conclusões são largamente aceitas. Quando se adota um paradigma como dominante, todos os esforços são no sentido de mantê-lo, pois: “alguns dos problemas, tanto nas ciências mais quantitativas como nas mais qualitativas, visam simplesmente à clarificação do paradigma por meio de sua reformulação³⁴”.

Porém, a frustração desta estabilidade se dá quando essas teorias, que nascem para alcançar determinados resultados ou explicar determinadas situações, não atingem seus objetivos. Mesmo que se altere o embasamento deste paradigma, por mais de uma vez, não se obtém respostas satisfatórias. É exatamente o que vem ocorrendo com a sanção penal.

É o que se chama inicialmente de problema. Os esforços serão no sentido de relegitimar o paradigma, para mantê-lo e perpetuá-lo.

Quando tal fato não é possível, nasce à crise e, segundo Thomas Kuhn, elas podem terminar de três maneiras:

Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área ele estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação³⁵.

Em relação à sanção penal imposta de maneira absorta pelo Estado, baseando-se na racionalidade penal atual, no sentido infligir obrigatoriamente uma pena aflitiva àquele que cometeu um crime, excluindo a possibilidade de solucionar o conflito de forma não violenta, bem como afastando as partes, diretamente envolvidas no problema, da construção da réplica, verifica-se que ela (a sanção nos moldes atuais) não se sustenta.

³⁴Idem, op. cit., p. 54

³⁵KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. B. Boenira e N. Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 115.

Por esta razão, é preciso oxigenar o sistema, emparelhando os lados do debate, tornando mais célere a solução daquele conflito. Este modo de enfrentamento, além de democratizar o sistema, se adequa de uma forma muito mais justa aos anseios dos envolvidos, na medida em que o atual sistema processual penal admite recursos e mais recursos, prolongando o fim do processo e da intervenção estatal, o que, acompanhado pelas diversas falhas existentes nos órgãos públicos destinados a atuação penal, muitas vezes, mais do que neutralizar e administrar conflitos, o Estado os potencializa³⁶.

Deste modo, instalada a crise (na medida em que o paradigma chamado dominante não mais se ampara), surge a necessidade de transição do paradigma, pois é o mesmo Thomas Kuhn quem adverte: “decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua³⁷”.

Destarte, diante desta crise, necessário a apresentação de um novo modelo, que deve iluminar outras faces do evento criminoso, mesmo que isso se dê de forma lenta, se faz imprescindível defendê-lo.

4.A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O DUPLO PROCESSO DE DESCONTINUIDADE.

Nesta seara de renovação, e não apenas de lamentação do sistema penal, potencializa-se a devolução do conflito às partes diretamente envolvidas no conflito. Esta abertura possibilita a democratização dos espaços públicos, também na seara penal, especialmente quando o conflito ocorre entre pessoas que já se relacionam e continuarão a conviver após o processo e intervenção penal³⁸ (é o que Boaventura de Sousa Santos chama de relações paritárias).

Propõe-se, portanto, uma nova resposta aos conflitos jurídico-penais, defendendo-se uma participação efetiva das partes, onde elas, voluntariamente,

³⁶Constatam-se delegacias sem a mínima estrutura para investigar os indiciados. Inquéritos Policiais infundáveis e imprestáveis. Além das possibilidades de interposição de recursos que postergam o fim do processo, o que desatende o princípio mencionado. Pior ainda é a realidade da Execução Penal, com seus estabelecimentos que só corroboram com a ideia de que a pena de prisão não atende, em nenhum aspecto, a prevenção de novos delitos.

³⁷KUHN, 1998, p. 108.

³⁸É o caso de violência doméstica, briga entre vizinhos e familiares, por exemplo.

dialoguem e encontrem a melhor solução para o seu problema. Até porque elas saberão, com muito mais propriedade, quais as medidas são mais adequadas para o restabelecimento do elo partido pelo evento danoso, pois, terão oportunidade de falarem e de ser ouvidas, o que não acontece no processo oficial³⁹.

Nessa linha de argumentação, se apresenta a Justiça Restaurativa, como método adequado de solucionar delitos, especialmente os que envolvem relações paritárias.

Necessário pontuar que não há um conceito concluído de Justiça Restaurativa, afirmando-se, atualmente, que o que a caracteriza é um conjunto de práticas como assevera Leonardo Sica: “Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria⁴⁰”.

Nesse sentido, o que identifica esta modalidade diversa de resolução de conflito é a oportunidade que aqueles diretamente envolvidos no conflito tem de dialogar e chegar a uma justa e equânime solução do seu problema.

Isso porque antes do crime ser uma ofensa à coletividade, ou seja, um problema do Estado, o delito é um conflito entre duas pessoas, e precisa ser discutido por elas. Porém, as respostas oficiais atualmente só afastam esse encontro, essa possibilidade de confrontação e solidariedade, o que torna a consequência do delito algo indesejado não só pelo acusado, mas, também, pela própria vítima e até mesmo pela sociedade.

Nesse sentido, Raffaella da Porciuncula Pallamolla, ao sugerir experiências democráticas na qual os participantes falam e escutam, respeitosamente, a autora defende os métodos propostos por essa Justiça reconstrutora, pois estes beneficiam tanto a vítima como o autor do delito, vez que a primeira poderá expressar seu

³⁹Nils Christie, abordando essa forma de tratamento penal pondera que: “Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito” - CHRISTIE, Nils (entrevistado); OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de (entrevistadora); FONSECA, André Isola (entrevistador). Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 1998, p. 14.

⁴⁰SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

sofrimento enquanto o segundo pode tomar consciência do dano causado pelo sofrimento da vítima. Viver a justiça e não apenas notificá-la, conclui a autora⁴¹.

É nesse prisma que nascem as técnicas dialogais de solução de conflitos, medidas que tem por escopo, possibilitar o encontro, a confrontação e a reparação do dano pelas partes diretamente envolvidas na situação problemática.

Assim, diante das diversidades sociais, nascem os métodos aplicados pela Justiça Restaurativa que atendem, de maneira muito mais adequada, aos anseios dos envolvidos, além de possibilitar que as promessas da pena sejam, enfim, cumpridas.

A Justiça Restaurativa é, em verdade, fruto de um contexto de crises, em que se tem uma crise do modelo tradicional de justiça, juntamente com a crise do *Welfare State*, que exigiram adoção de medidas penais de menores custos sociais e a diminuição da população carcerária.

Todavia, a adoção de um sistema de justiça fundamentado na preocupação com a sociedade e a vítima, tal qual é a Justiça Restaurativa, não se configura como um fenômeno social inovador, mas sim o recrudescimento de um posicionamento anterior sobre o crime e conflito, uma vez que o sistema punitivo tornou-se dominante na nossa sociedade a cerca de três séculos.

Tem-se, desse modo, uma redefinição do crime, sendo abandonada a concepção de que este se limita a ser uma violação contra o Estado ou uma violação à uma norma jurídica. É adotada, assim, a visão de que a transgressão de uma norma implica em efeitos às pessoas e relações envolvidas, tanto que a Justiça Restaurativa se ocupa em elaborar respostas ao crime que envolvam a transformação da relação existente no sistema anterior entre o ofensor, a vítima, a comunidade e o sistema de justiça e governo.

Desse entendimento se apreende que o objeto da Justiça Restaurativa não é o crime em si mesmo, tampouco a figura do delinquente ou da reação social, o foco desse modelo são as consequências do crime e as relações sociais afetadas por ele, havendo uma espécie de perspectiva futura quanto ao crime.

Ante a tais elementos, pode-se concluir que a justiça restaurativa possui eixo fundado em três ideias básicas trazidas por Leonardo Sica como sendo:

⁴¹PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 55.

- o crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando em dano à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei;
- o objeto central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime;
- o sistema de justiça criminal deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades⁴².

Assim, diante das diversidades sociais, nascem os métodos aplicados pela Justiça Restaurativa. Necessário, também, apresentar, mesmo que com brevidade, os princípios que norteiam esta modalidade divertida de justiça negocial, mesmo inexistindo na doutrina um consenso sobre a totalidade desses princípios, de modo que os autores, ao abordarem a temática, frequentemente, indicam princípios diversos, apesar de não se constituírem divergentes entre si.

Nesse prisma, Francisco Amado Ferreira, aponta oito princípios como orientadores da Justiça Restaurativa, sejam eles: o voluntarismo, a consensualidade, a complementaridade, a confidencialidade, a celeridade, a economia de custos, a mediação e a disciplina.

O voluntarismo implica na atuação livre e esclarecida dos sujeitos envolvidos a respeito dos seus direitos, da natureza do procedimento e das suas consequências no processo de composição, inexistindo uma atuação impositiva própria do sistema judicial. Por meio desta voluntariedade, seria propiciado o desenvolvimento de uma maior compreensão, internalização e responsabilidade do agressor frente as consequências de suas condutas.

Outro princípio apontado é o da consensualidade. Por conta do procedimento de composição envolver o estabelecimento pelas partes de uma espécie de contrato que determina as regras de conduta a serem adotadas por elas, como uma forma de reconstrução das relações sociais violadas, é necessário o consenso para que tal pacto seja formado.

Para que a Justiça Restaurativa, efetivamente, apresente resultados se faz necessário, desse modo, o entendimento entre agressor e vítima, e tal situação somente é possível por meio de um consenso entre estas partes, de modo que a consensualidade se mostra como um princípio realmente necessário a essa opção penal.

A confidencialidade constitui outro princípio da Justiça Restaurativa de acordo com o autor português. Por conta deste princípio, o conteúdo dos contatos

⁴²SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33.

estabelecidos durante a mediação devem permanecer confidenciais, incluindo os fatos revelados e afirmações ditas, não sendo aproveitáveis ao Juízo penal no caso de fracasso da composição do conflito.

Em razão deste princípio, as declarações das partes não devem ser reduzidas a termo, somente sendo documentados o contrato de mediação e o acordo final, caso obtido. Pelo mesmo fundamento, não deve haver publicidade no processo de mediação, não se permitindo a abertura das sessões de mediação para pessoas estranhas ao procedimento.

O quarto princípio apontado é o da complementaridade, segundo o qual, ainda que os mecanismos da Justiça Restaurativa não evitem a continuidade do processo penal, o procedimento de composição do conflito complementa as práticas penais convencionais.

A celeridade, de igual modo, é apontada como um dos princípios da Justiça Restaurativa, isto porque este sistema possibilita uma resposta mais célere e eficaz na busca de uma solução quanto ao conflito existente.

Apesar da mediação institucionalizada envolver o cumprimento de prazos pré-determinados, tal qual ocorre no processo penal “comum”, as práticas da Justiça Restaurativa normalmente envolvem o controle da duração do processo pelas partes, de acordo com natureza e outros elementos do caso em concreto.

A economia de custos, por conta do contexto de crises institucionais no qual a Justiça Restaurativa surgiu, constitui também um princípio deste sistema. Ainda que alguns modelos adotados exijam a participação estatal, há uma diminuição dos gastos, por conta do processo criminal ser muito mais dispendioso.

Como sétimo princípio, o autor traz o da mediação. A razão de este ser considerado basilar na Justiça Restaurativa é a de que a administração e gestão dos instrumentos deste sistema se utilizam, na maioria das vezes, dos procedimentos de negociação e mediação.

Apesar da opção doutrinária, na verdade a mediação é um dos métodos propostos pela Justiça Restaurativa, já que um dos meios através do qual as partes encontraram (ou não) a melhor solução para o seu problema.

Por serem estas formas de autocomposição de interesses, estão diretamente ligados aos ideais defendidos pela Justiça Restaurativa, que se preocupa em restabelecer as relações envolvendo agressor, vítima e comunidade.

Por fim, o jurista indica como último princípio de destaque o da disciplina, haja vista que a efetividade da Justiça Restaurativa demanda a obediência das partes às medidas acordadas entre elas, havendo uma responsabilização dos sujeitos que acaba por favorecer a credibilidade desses métodos, já que a não intervenção estatal estará condicionada ao cumprimento do acordo celebrado.

Tem-se, desse modo, os oito princípios indicados pelo doutrinador português Francisco Amado Ferreira.

O Brasil, através da Conferência Internacional de Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, ratificou os princípios estabelecidos no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa por meio de documento denominado de Carta de Brasília. O referido documento indica como princípios os seguintes:

1. Plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes.
2. Autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases.
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Co-responsabilidade ativa dos participantes.
5. Atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades.
6. Envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação.
7. Interdisciplinaridade da intervenção.
8. Atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade.
9. Garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes.
10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas.
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito.
12. Facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos.
13. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo.
14. Integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação.
15. Desenvolvimento de políticas públicas integradas.
16. Interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
17. Promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas.
18. Monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos⁴³.

Em que pese a diferenciação existente entre os princípios defendidos pelos doutrinadores, ou mesmo pelos documentos oficiais, permanece a ideia central de

⁴³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 149-150.

que a Justiça Restaurativa deve ser basear em um consenso entre as partes, o qual deve decorrer de um diálogo para que se seja possível restabelecer as relações entre as partes e com a própria comunidade.

Com efeito, além de mais adequado à resolução efetiva do problema rotulado como criminoso, os métodos restaurativos, que sempre visam alcançar uma solução através do diálogo, logo, pessoalmente, atendem as complexidades dos casos submetidos a sua mediação, que será conduzida por profissional treinado para dirigir a comunicação dos envolvidos, deixando que eles, de próprio punho, estabeleçam os rumos da negociação, possibilitando a fala e a escuta de modo civilizado, sempre demonstrando as benesses daquela forma de resolver problemas.

Esta intervenção não judicial, atende de maneira muito mais adequada os anseios das partes, especialmente, repita-se, quando esse delito ocorrer no seio de uma relação já firmada, entre pessoas que se conhecem, que estão (ou estiveram) ligadas por laços afetivos, sociais.

Isso porque, constata-se que os órgãos judiciais que tratam desses eventos não fazem uma leitura do contexto em que tais comportamentos ocorreram, pois apenas se apropriam do caso penal, a fim de verificar se foram preenchidos os requisitos para a configuração do crime como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e qual a sanção correspondente será dosada, aplicada e executada.

Nesse prisma, deixa-se de considerar o impacto que aquela conduta causou na vida da vítima e do suposto agressor. Não se ouvem os envolvidos, não se auferem as necessidades das partes que participaram do episódio, que sentiram o delito de maneira própria, além da medida não cumprir aos fins prometidos.

Nessa seara, é preciso enxergar, de maneira definitiva, que o delito antes de ser um problema público, logo, autorizado a ser tratado pelas instâncias públicas de poder, é um problema que afeta pessoas, e, nesse contexto, deve ser visto desta forma, antes de qualquer atuação estatal, como lembra Selma Pereira de Santana, que:

O crime era visto como mero enfrentamento entre seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se de que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal⁴⁴.

⁴⁴SANTANA, Selma Pereira de. **Uma Visão Atualizada Das Vítimas de Delitos Diante dos Modelos das Ciências Criminais e do Processo Penal**. Revista do CEPEJ, v. 1- 1998- Salvador:

Esta necessidade de enfrentamento encontra respaldo nas novas exigências por parte das preocupações em relação à vítima e, também, em atenção ao ofendido. Lembrando que muitos casos penais não chegam às instâncias oficiais de poder, pois grande parte da população não registra as ocorrências, seja porque não confia nas agências de controle, seja porque as sanções penais não atendem aos seus anseios. É o que Louk Hulsman designou como “cifra negra”⁴⁵.

Com efeito, essas frustrações experimentadas, tanto pela vítima como também pelo agressor, devem ser levadas em consideração pelo Estado, especialmente, quando no tratamento do delito que envolve vítima determinada.

A intervenção dialógica, dirigida por um terceiro, na busca de uma construção direta e consensual de uma resposta ao conflito, implica em benefícios muito maiores do que a simples desobstrução do Poder Judiciário ou uma forma mais democrática de fazer justiça. Esse modelo, efetivamente, possibilita que o caminho de sofrimento e de estigmatização seja refeito, vez que a vítima, tomando as rédeas da situação, entende o problema de maneira global e de forma realista, deixando de se sentir uma eterna vítima; bem como o agressor, que consciente dos seus atos, tendo enfrentado o problema de forma direta e comunicacional, não receberá o estigma de criminoso, vez que não haverá condenação penal. Assim, o caminho anteriormente trilhado, será interrompido, refazendo-se os elos e oportunizando a continuidade da relação (não necessariamente nos moldes anterior).

5. CONCLUSÃO.

O paradigma aflitivo e as teorias que embasam a atual sanção penal não conseguem alcançar os fins propostos, pois não reduzem as taxas de criminalidade,

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008, p. 87.

⁴⁵HULSMAN esclarece que cifra negra é a diferença entre os crimes denunciados pelos tribunais e as estatísticas da polícia, constatando que “a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional”. Temas e Conceitos Numa Abordagem Abolicionista da Justiça criminal. In: **Conversações Abolicionistas**, São Paulo: IBCCRIM, 1997.

No mesmo sentido esclarece Salo de Carvalho, o que é cifra negra, afirmando que: “a cifra oculta da criminalidade corresponderia, pois, à lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delitos pelos aparelhos de persecução criminal”. **Antimanual de Criminologia**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

como não conseguem recuperar os condenados, nem se demonstram aptos a devolver a confiança dos cidadãos não condenados na norma infringida.

A sanção penal se funda na promessa de recuperar o encarcerado, bem como no compromisso de inibir que os demais membros da coletividade pratiquem atos rotulados como delituosos, existindo, ainda, para que os concidadãos acreditem na legitimidade estatal, procurando-o quando seus bens jurídicos forem lesionados.

Postas as principais defesas desta forma de intervenção, é público e notório que todas as obrigações assumidas através da pena, especialmente a privativa de liberdade, não conseguem ser atingidas, os números são categóricos, não há inibição, nem educação através do Direito Penal, principalmente através da pena privativa de liberdade.

Expostos os problemas, é preciso desbancar o paradigma dominante. A imposição de pena aflictiva não atende aos anseios sociais, razão pela qual se apresenta como paradigma emergente, e adequado a solucionar questões penais, primordialmente aos conflitos que brotam dentro de relações paritárias, a Justiça Restaurativa, uma prática em busca de um conceito, que vem sendo aplicada em diversos países (Canadá, Nova Zelândia, África do Sul, Portugal, entre outros), com muito mais eficácia do que a justiça oficial.

Com efeito, a forma atual de resolver conflitos jurídico-penais, um modelo hermético, impossibilita a participação efetiva dos envolvidos da construção da solução, na medida em que se pincela no mundo do “dever ser” a resposta considerada “mais adequada”, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, sem considerar os contornos do problema, sem oportunizar o enfrentamento e encontro.

A solução não pode ser encontrada nesse mundo tido como ideal simplesmente porque ela não existe assim pronta e embalada, ela é construída pelas partes, pelos sujeitos, através da interação entre os envolvidos, que juntos, e atendendo as peculiaridades do seu problema, compreenderão e construirão a resposta mais adequada.

Oportunizar que os envolvidos participam e decidam sobre o desfecho do caso penal é democratizar o espaço público, além de atender, muitas vezes, os desejos da vítima, que, muitas vezes, especialmente em conflitos paritários, quer falar, ser ouvida, entender as razões que levaram o agressor a praticar a conduta criminosa.

É preciso entender que as causas e as consequências de um comportamento rotulado como criminoso são variadas, devendo haver mais de uma forma de solucionar tais problemas. Essa diversidade é possível e recomendada pelo princípio da Intervenção Mínima, que deve ser utilizado internamente ao Direito Penal, podendo ser encaminhado para uma mediação os delitos que envolverem pessoas que já se relacionam⁴⁶.

REFERÊNCIAS

BACON, Francis. **Novum Organum**. 2.ed. Trad. José Aloísio Reis de Andrade. São Paulo: Abril cultural, 1979

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Coimbra: Coimbra, 2004
FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**, 3. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GOMES BRITO, Renato Socrates. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005

HULSMAN, Louk, Temas e Conceitos Numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal. In. **Conversações Abolicionistas**, São Paulo: IBCCRIM, 1997

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, Parte Geral**. Madrid: Marcial Pons, 1997

KANT, Immanuel, **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2003

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. B. Boenira e N. Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009

PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004

⁴⁶Importante deixar registrado que os métodos da Justiça Restaurativa podem ser aplicados a diversos delitos, independente, inclusive, da sua gravidade, pois se defende os benefícios desse encontro mediado. Nos delitos de pequena e média gravidade, a solução encontrada na mediação pode implicar em ausência de justa de causa para a apresentação da denúncia por parte do Ministério Público. Já nos delitos de alta gravidade, como homicídio ou estupro, a mediação exitosa pode ser considerada como atenuante da pena, por exemplo.

ROXIN, Claus, **Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**, Traducción de la 2. edición por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009

SANTANA, Selma Pereira de. **Uma Visão Atualizada Das Vítimas de Delitos Diante dos Modelos das Ciências Criminais e do Processo Penal**. Revista do CEPEJ, v. 1- 1998- Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010