

Justiça Restaurativa e sistema penal: apontamentos para a construção de um novo modelo de justiça criminal no Brasil

Daniel Achutti

RESUMO

O presente trabalho aborda a crise do processo penal na sociedade contemporânea a partir de seus pressupostos epistemológicos para, então, apresentar a Justiça Restaurativa como uma alternativa concreta para o sistema de justiça criminal brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal. Justiça Restaurativa.

Restorative Justice and penal system: Notes for the construction of a new model of criminal justice in Brazil

ABSTRACT

The present paper addresses the crisis of penal procedure in the contemporary society from its epistemological basis to, then, present the Restorative Justice as a real alternative to the Brazilian criminal justice system.

Keywords: Penal procedure. Restorative Justice.

1 INTRODUÇÃO

Desde que tivemos contato com as lições de Luigi Ferrajoli, começamos a pensar o processo penal não como um simples meio para aplicar o direito penal e punir os cidadãos acusados da prática de um delito, mas, antes disso, como um instrumento imprescindível para a aplicação dessa punição, como o caminho necessário a ser percorrido quando se pretende acusar, condenar e punir alguém.

No entanto, estruturado em pressupostos modernos, nasceu fadado ao fracasso, uma vez que tais pressupostos estão ancorados epistemologicamente na Idade Média. Como se tentará demonstrar, uma “troca de embalagem” foi realizada, e as coisas continuam exatamente como sempre foram. E essa crise aponta, necessariamente, para novos pensamentos e novos caminhos. Se não foi possível produzir os *efeitos* desejados com a atual estrutura processual penal, o que nos impede de pensar em alternativas? Nada, entretanto, deverá ser colocado em prática antes de uma longa e séria discussão com os interessados: quanto a isso, concordamos com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:¹ não é possível brincar com a liberdade dos cidadãos.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Manifesto Contra os Juizados Especiais Criminais*, pp.4-5.

Daniel Achutti é advogado criminalista. Mestre e Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS). Professor de Direito Penal na FACOS. Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS. Conselheiro do Instituto de Criminologia e Alteridade (ICA). Membro da Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. E-mail: dachutti@terra.com.br

Porém, pensamos também que não é mais possível nos mantermos passivos quanto a este problema: devemos pensar em novas e concretas alternativas ao processo penal. E é justamente isso o que tentamos fazer neste trabalho, em relação à Justiça Restaurativa, a fim de iniciarmos uma discussão que, acreditamos, está apenas se iniciando.

2 O PROCESSO PENAL E A SUA ESTRUTURA: DA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO SÉCULO XVI À CONTEMPORANEIDADE

De acordo com Ruth Gauer, a revolução científica do século XVI, uma das mais importantes e influentes do pensamento humano, esteve indissolúvelmente ligada ao nome de Galileu Galilei, cujo “pensamento estruturou o pensamento moderno e abalou o suporte do saber medieval que tinha por base o critério da fé e da revelação.”² Para Fritjof Capra, trata-se do “pai da ciência moderna”,³ que possibilitou aquilo que Max Weber chamava de “desencantamento do mundo”, ou seja, os fenômenos da natureza que antes eram explicados pela vontade divina e tinham como porta voz a Igreja, passavam a ser explicados por uma lógica racional.

Aos poucos a racionalidade científica foi adquirindo um grau extremo de legitimidade e, portanto, barreiras morais e éticas não poderiam servir de empecilho à construção do conhecimento. Sendo a natureza um mero objeto do conhecimento científico, poderia ser utilizada como instrumento para a melhora da vida humana no mundo. Ao invés da contemplação, importava, então, a intervenção e a domesticação da natureza para melhorar as condições de vida. Refere Salo de Carvalho que

a racionalidade científica da modernidade postulou, desde seu nascedouro, através do controle da natureza, a criação de mecanismos capazes de gerar felicidade aos homens. O projeto da modernidade é centrado nesta busca do gozo constante e na satisfação ilimitada dos desejos, como se a possibilidade de supressão da falta gerasse (ou fosse sinônimo de) felicidade.⁴

Dessa forma, é possível afirmar que

o racionalismo, poder exclusivo da razão de discernir, distinguir e comparar, substituiu o dogmatismo medieval, assumindo uma atitude crítica e polêmica perante a tradição. O antropocentrismo eliminou o pensamento teocêntrico, possibilitando ao homem moderno colocar-se a si próprio no centro alterando, assim, a visão de mundo.⁵

² GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Construção do Estado-Nação no Brasil: a contribuição dos egressos de Coimbra*, p.101.

³ CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física. Um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*, p.25.

⁴ CARVALHO, Salo de. *Criminologia e Transdisciplinaridade*, pp.311 e 312, respectivamente.

⁵ GAUER, Ruth. *A Construção do Estado-Nação no Brasil: a contribuição dos egressos de Coimbra*, p.102.

Desde que Descartes começou a questionar as formas de ver o mundo impostas pela Igreja Católica (fruto da oficialização da religião católica pelo *Estado*⁶ por volta do século IV⁷), o mundo não é mais o que era antes: questionando se o homem não poderia *pensar o mundo e se pensar no mundo* sem a influência das interpretações eclesiásticas das sagradas escrituras, o filósofo francês deu impulso a uma nova visão de mundo para os humanos.⁸ O pensamento moderno, portanto, foi construído sob uma lógica de dominação que possui como fundamento o esclarecimento, o conhecimento e a razão em detrimento da ilusão, dos mitos, da fé e da crença religiosas, produzidos fundamentalmente pelos católicos.

Conforme Franklin Baumer, de acordo com a visão de Galileu, “a natureza continuava a ser pictórica, mas era agora descrita, de modo crescente, não como um organismo, mas como uma máquina ou um relógio, que prendeu a imaginação europeia durante os duzentos anos seguintes.”⁹ Um determinismo rigoroso consolidou-se na visão que se tinha do mundo: “Tudo o que acontecia possuía uma causa definida e gerava um efeito definido: o futuro de qualquer parte do sistema poderia – em princípio – ser previsto com absoluta certeza se se conhecesse em todos os detalhes seu estado em determinada ocasião.”¹⁰ A base filosófica originou-se a partir da divisão entre *res cogitans* e *res extensa*, realizada por Descartes: acreditava-se ser possível explicar o mundo sem qualquer influência do observador humano, de forma objetiva e universal.¹¹

Essa cosmovisão mecanicista foi defendida por Isaac Newton, “que elaborou sua Mecânica a partir de tais fundamentos, tornando-a o alicerce da Física clássica. Da segunda metade do século XVII até o fim do século XIX, o modelo mecanicista newtoniano do universo dominou todo o pensamento científico.”¹²

Toda essa construção do pensamento e do conhecimento moderno (re)instaurou uma concepção de busca pela *verdade de todas as coisas* (já presente no período medieval) que, desde então, domina a prática científica do mundo ocidental, excluindo quaisquer outras formas de saber não racional e espalhando-se por todos os campos do conhecimento. Gauer salienta ainda que “a vinculação do conhecimento ao modelo galilaico-newtoniano e a consideração da ciência como campo privilegiado para a revelação da verdade fundam a matriz de conhecimento mais relevante da tradição ocidental moderna.”¹³

Ao desencantar o mundo e despi-lo dos mitos que o configuravam, a ciência atribuiu a si o local privilegiado de revelação da verdade e ao fazer isso se mitificou. Substituiu

⁶ Note-se que o termo Estado, aqui, não deve ser conceituado da mesma forma como o é hoje, em virtude da separação temporal de mais de quinze séculos entre os séculos IV e XXI.

⁷ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Direito Penal Brasileiro – I*, pp.169-173.

⁸ Na esteira de Ruth GAUER, vale referir que “a obra de Descartes é aqui lembrada, pois foi incentivadora da criação de um sujeito racional, pensante, consciente, o centro do conhecimento, o chamado *sujeito cartesiano*.” (In: *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*, pp.139-140).

⁹ BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno. Vol. I*, p.67.

¹⁰ CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física*, p.50.

¹¹ CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física*, p.50.

¹² CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física*, p.25.

¹³ GAUER, Ruth. *Conhecimento e Aceleração (mito, verdade e tempo)*, p.1.

um mito por outro, a saber, de que a racionalidade científica podia dar conta e explicar todos os fenômenos do mundo. Conforme Ricardo Timm de Souza, “o ser humano acabou por fazer da ciência a sua verdade racional, tendendo, especialmente na cultura ocidental, a fazer dela o seu ídolo ao qual tudo mais – especialmente outras formas de racionalidade – é sacrificado.”¹⁴

O direito, por sua vez, operando dentro da mesma concepção cientificista e, para além disso, mantendo a mesma lógica que movia o processo inquisitorial do medievo, mas com a única diferença que, agora, havia uma justificativa racional para a realização do objetivo fundamental do instrumento, consagrou o processo penal como local privilegiado de revelação da verdade de um evento pretérito: com o processo de codificação e a consequente simplificação dos fenômenos sociais, nada mais poderia escapar ao projeto unificador e de coerência e completude da “ciência jurídica”.¹⁵

E é neste mundo que estamos contextualizados: o cientificismo moderno e a ciência jurídica deixando de dialogar com a incerteza e com o *reino profano* da *desagregação*. Se a *totalidade*¹⁶ é, também, o que sacraliza o direito, é possível dizer que desde sua capitulação moderna isso foi potencializado: nada mais importa(va), a não ser a própria norma e seus mandamentos, o que resultou na constituição de uma suposta *ciência* que basta(va) por si própria, independente de tudo o que poderia vir a lhe dar suporte. Qualquer elemento que estivesse fora dos pressupostos da racionalidade científica não tem (tinha) validade.

A transposição irrestrita dos conhecimentos e da metodologia das ciências naturais para a ciência do direito a condicionou e estabeleceu tetos epistemológicos de significação e produção de sentido. Assim, a *ciência jurídica* passou a trabalhar numa concepção racionalista, mecanicista e meramente instrumental, ou seja, desvinculada de quaisquer outros fins que pudessem *atrapalhar* o progresso do conhecimento jurídico e, dentro do nosso tema, de elucidação da verdade no processo penal. O direito funciona(va) da mesma forma que a ciência: ele mesmo é a sua própria fonte de legitimação.

2.1 Da troca de embalagens no Processo Penal: o abandono das justificativas teológicas e a manutenção de sua finalidade

Embora muito se fale de uma nova postura científica a partir dos séculos XVI e XVII, parece-nos que pouco (ou nada) mudou em sede processual penal: as categorias hoje existentes refletem nada mais nada menos do que traços medievais travestidos de cientificidade.

¹⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como Fundamento: uma introdução à ética contemporânea*, p.34.

¹⁵ Citamos como exemplo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

¹⁶ As palavras *totalidade* e *desagregação* foram parafraseadas do trabalho de SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

Com a laicização de determinadas práticas, pode-se dizer que o moderno direito processual penal apropriou-se da maneira de busca da verdade como a Igreja realizava nos períodos dos Impérios Merovíngio e Carolíngio: utiliza-se da *visitatio*, então realizada estatutariamente pelo bispo, quando percorria sua diocese: ao chegar aos locais, realizava a *inquisitio generalis*, que consistia em colher dados gerais acerca do que ocorrera na sua ausência e que pudesse confirmar práticas delituosas;¹⁷ a seguir, no caso de uma resposta positiva, o bispo realizava a *inquisitio specialis*, “que consistia em apurar quem tinha feito o que, em determinar em verdade quem era o autor e qual a natureza do ato.”¹⁸ Esse método apresenta-se como uma espécie de instrumentalização do procedimento que viria a ser utilizado pela Igreja a partir do século XIII com os referidos Tribunais da Inquisição.

A justificativa predominante do processo penal no Brasil – apresentada como “o objeto” do processo penal por alguns autores e como a “finalidade”, por outros – não mudou essencialmente da justificativa apresentada pelos inquisidores na Idade Média, qual seja, a busca da verdade (real).

Exatamente como nos procedimentos utilizados pelos Tribunais da Inquisição, ainda se praticam os atos de interrogatório, de inquirição de testemunhas, de reconstituição de fatos, dentre outros. Para Salo de Carvalho, “na lacuna entre os projetos [medieval e moderno], pode-se perceber que não há, necessariamente, ruptura.”¹⁹ Alexandre Morais da Rosa, por sua vez, refere que “as matrizes do ‘Direito Canônico’ ganharam nova embalagem, mantendo, contudo, em seu hermetismo e multiplicidade de métodos (ditos) científicos, a censura e o adestramento sobre o que pode e deve ser dito.”²⁰ O que antes era dito/revelado pelo Papa, agora é traduzido pelos especialistas do Direito, ou pelos “juristas de ofício”.²¹

Com propriedade, Paolo Grossi afirma que “simplismo e otimismo parecem ser os traços que mais caracterizam o jurista moderno, fortalecido no seu coração pelas certezas iluministas”:²² simplifica-se uma situação complexa e, ancorados no (moderno) aparelho jurídico-penal, emerge entre os juristas uma onda de otimismo, acreditando-se que o sistema penal possui condições, por si só (eis que é autojustificável), de dar conta dos problemas sociais contemporâneos.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p.70; BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Direito Penal Brasileiro – I*, p.234.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p.70.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Criminologia e Transdisciplinaridade*, p.316.

²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, p.32.

²¹ “Por possuir as ‘chaves do céu’, o Papa acomete o poder de julgamento a seus bispos, já que é detentor da ‘geração da palavra divina’ e seu avalista. A artimanha se completa porque ele assume o papel do ‘Ausente’, possuidor de qualidades plenas.” A seguir, o autor continua: “Os guardiães, os pastores, enfim, os ‘juristas de ofício’ logo irão cercar as possibilidades interpretativas, garantindo por suas autoridades o *verdadeiro sentido do texto*, porque deles se afastar, lembre-se, é pecado. (...) O Direito, por seus especialistas, pretende possuir as chaves do céu e da produção de subjetividade, os únicos a revelar a palavra do *Outro*. (...) Resultado disso são os discursos jurídicos com pretensão de plenitude, que vendem a ideia de respostas corretas e seguras, prometendo a ilusão da segurança jurídica...” (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, pp.28 e 32-33, respectivamente).

²² GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, p.15. Segue o autor: “Mas são muitos os problemas evitados, as interrogações que não se quis pôr, assim como é muito fácil sentir-se satisfeito ao contemplar um mundo povoado por figuras abstratas, projetadas por uma lanterna mágica muito bem manobrada.” (GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas...*, p.15.).

E com esse latente *amor à Lei*²³ e uma aparente *ojeriza* ao que lhe é estranho, o direito passa a operar em uma lógica de autossuficiência, de autoprodução: códigos, leis e artigos (meros *textos*) como imperativos legais na aplicação do direito, resultando em pouca (ou nenhuma) reflexão acerca do fenômeno jurídico enquanto fato social, cultural, histórico, político, etc. Ou seja, enquanto um fenômeno essencialmente transdisciplinar. O ensino jurídico, por sua vez, é tomado pelas rédeas da codificação e levado a transmitir apenas “o que diz a lei”, levando muitos juristas de diferentes gerações a considerar a norma como a Justiça *em si*.

Em tal processo de autoenclausuramento do saber jurídico, o direito e o processo penal, justificáveis por si mesmos e autônomos em relação ao mundo real, seriam os mais eficientes²⁴ meios para se *proteger* a humanidade (e, para o seu futuro²⁵).

No processo penal, especificamente, os atores jurídicos, praticamente à unanimidade, não admitem a fragilidade epistemológica desse (in)falível método. Daí que se aceitam os resultados dos processos penais como *verdades absolutas*, “como se fossem a emanção daquilo que efetivamente ocorreu no mundo da vida, por ser o resultado de um método (dito) científico, trazendo o selo de qualidade: *cientificamente comprovado*.”²⁶

Nesse contexto de pureza jurídica e soberba do direito para o enfrentamento dos problemas, o processo penal é, portanto, apresentado como a *fórmula mágica* para a solução dos conflitos na contemporaneidade: através de seu arcabouço teórico cientificamente legitimado, assume lugar de destaque e habilita-se como meio eficiente

²³ Sobre o *amor à Lei*, conferir LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*.

²⁴ Importante mencionar a diferenciação entre *eficiência* e *efetividade*, realizada por Jacinto Coutinho (In: *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*, pp.145-146): enquanto a primeira está ligada aos meios utilizados para alcançar o resultado desejado, a segunda vincula-se aos fins visados. Para Gilberto Thums, “sustenta o professor Jacinto que a eficiência, aliada ao tempo, pode ser sinônimo de exclusão de direitos ou garantias. Esta observação é precisa, visto que os recentes movimentos nos Estados Unidos encaminham-se para, em nome da pseudoeficiência no combate ao terrorismo, suprimir direitos e garantias individuais (THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*, p.43) Nesse sentido, o *Patriot Act*, editado logo em seguida aos ataques de 11 de setembro de 2001 e, mais recentemente, o *Military Commission Act*, são exemplares, uma vez que, neste último, o procedimento secreto e até a tortura são autorizados para a malfadada *busca da verdade*. Sempre em nome da *segurança da nação*, ou *para o bem da pátria*...

²⁵ Na esteira de Salo de Carvalho, lembramos Jorge de Figueiredo Dias, que pode ser considerado o *carro-chefe* dessa *ode* ao direito penal, quando menciona que “se cabe ao direito penal proteger os principais bens jurídicos da humanidade, como poderia eximir-se do enfrentamento de (possíveis) ações que colocam em risco o seu futuro? Como deixaria de atuar em situações limite que ameaçam as gerações vindouras?” (In: *O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'*, p.58. Apud CARVALHO, Salo de. *A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*), p.200). Vale citar a crítica de Carvalho: “... a potência da fala tende a cegar o prolator, impedindo-o de perceber suas limitações e sua real capacidade de ação. O sonho narcísico de resolução das grandes questões da civilização, tutelando a Humanidade de sua própria extinção, ao mesmo tempo em que entorpece o pensamento jurídico-penal, ofusca a realidade, fornecendo elementos irreais para anamnese e, conseqüentemente, prognose. (...) Uma dupla falência na criticada sistemática do direito penal é gerada. A ineficácia desnudada pelas ciências sociais do controle penal nas demandas relativas aos direitos liberais e sociais é agregada uma nova expectativa (tutela dos direitos transindividuais). O resultado parece anunciado: inefetividade operacional decorrente da falta de novos mecanismos para enfrentar novos problemas. Todavia, a narcose retórica impede o dar-se conta do problema, criando outra crise, desta vez na própria estrutura genealógica do direito penal liberal, pois, ao ser flexibilizada para alcançar os novos fins, acaba por aumentar a ineficácia primeira. Neste quadro, o discurso penal fica perdido, estagnado em uma crise circular.” (In: *A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*), p.200).

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal...*, p.54.

para a reconstrução de um evento pretérito, a atribuição de culpas no presente e a determinação de uma pena a ser cumprida no futuro.

Em um ambiente onde o indivíduo é pensado acima de tudo, nada mais lógico do que inverter a lógica do processo inquisitorial de *proteção divina* para se estabelecer a lógica da *proteção individual*. A inversão que a secularização propõe é visível no moderno processo penal, uma vez que deixa-se de lado a busca de uma verdade para se buscar a proteção do indivíduo face ao poder punitivo estatal. O perigo, no entanto, é deixar tal estrutura à mercê de uma pureza metodológica, como queria o positivismo jurídico.

Conforme Luigi Ferrajoli,

*el proceso, como la pena, se justifica precisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas.*²⁷

Nota-se que o processo penal, para o autor, teria uma finalidade protetiva dos acusados da prática de delitos, que não podem ser penalizados antes de serem processados. Não seria possível, portanto, efetivar-se a punibilidade de um acusado sem que, prévia e formalmente, tenha sido ele levado a julgamento. E mais: tal julgamento não pode ser realizado sem a observância dos instrumentos de proteção dos acusados – traduzindo: dos direitos e das garantias individuais, que, no caso brasileiro, podem ser encontradas na Constituição da República.

No entanto, embora o Código de Processo Penal brasileiro deva ser, necessariamente, compatibilizado com a Constituição, o que se percebe, na prática, é não só um enorme desrespeito pela Constituição por parte das regras do CPP, como também uma considerável não aplicação das regras constitucionais por parte dos juízes (em primeiro e em segundo graus, e também nos Tribunais Políticos). E partindo de uma leitura constitucional do processo penal, entendemos o mesmo como um espaço democrático de debates (acusação e defesa) e julgamento a que tem direito de ser submetido todo cidadão acusado da prática de um crime: trata-se, portanto, de um instrumento a serviço do cidadão (direito subjetivo) frente ao poder punitivo do Estado, e não de um método cientificamente legitimado para *se correr atrás da verdade*.

3 O SÉCULO XX E O FIM DAS CERTEZAS

Acontece que, no direito – mormente nos direitos penal e processual penal – a arrogância²⁸ de seus operadores e doutrinadores impede o reconhecimento da falência do

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p.604.

²⁸ "... nas ciências sociais, notadamente nas jurídicas, o homem é arrogante, petulante, audacioso (soberbo) e ao mesmo tempo temerário, ao afirmar que busca a verdade real absoluta no processo penal." (THUMS, Gilberto.

atual modelo estrutural de processo penal, baseado e fundado na lógica inquisitorial, e de difícil conciliação com o que dizem os críticos do modelo científico moderno.

Conforme Ruth Gauer, ao final do século XIX e “início do XX, várias foram as expressões sobre o horror trazido à humanidade pela ciência e pela técnica baseadas em um suposto império da razão, (...) o qual levaria a humanidade ao paraíso construído na Terra, pela racionalidade científica”.²⁹ Porém, desde a chuva de bombas inaugural da Primeira Guerra Mundial, foi possível perceber que a técnica e a ciência não servem somente para a *evolução* da espécie humana, podendo servir, igualmente, para a sua aniquilação.

Tal percepção desvelou um mundo sujo, ganancioso, violento, que, antes, pensava-se poder ser *corrigido* com a ciência, em princípio somente pensada para *o bem da humanidade*. Mas a máscara caiu: o projeto moderno da *salvação* entrou em crise; não há mais que se pensar no *futuro*, mas no *presente*, viver cada minuto como se fosse o último. Para Edgar Morin, é preciso “ensinar e propagar a má notícia: *não há salvação neste mundo*”.³⁰

Uma forma única de pensar foi imposta, excluindo-se as demais apenas por ser aquela considerada *científica*. Salo de Carvalho assevera que “a crença na unidade do discurso e na potência dos métodos científicos forjados na modernidade ofusca o olhar do pesquisador, impedindo-o de perceber a dimensão das revoluções e dos desafios (riscos) contemporâneos”.³¹

O velho paradigma newtoniano pressupunha um espaço absoluto, universal e estável. “Todas as mudanças verificadas no mundo físico, eram descritas em termos de uma dimensão separada, denominada tempo; essa dimensão, por sua vez, também era absoluta, sem qualquer vínculo com o mundo material e fluindo suavemente do passado através do presente e em direção ao futuro”.³²

Nesse sentido, acreditava-se que era possível, ao fazer história, poder “apreender um reflexo exato do passado. (...) Ao olhar para trás, o historiador apreendia os tempos dessas saliências, e o instinto da história era delimitado por esse eixo harmônico inalterável”.³³ Ou seja: pensava-se ser possível apreender um determinado “espaço de tempo” do passado no presente e esmiuçá-lo, até que fosse revelada a verdade – autorizada *porque* científica.

Novamente lembrando Capra, percebe-se que “duas descobertas no campo da física, culminando na teoria da relatividade e na teoria quântica, pulverizaram todos os principais conceitos de visão do mundo cartesiano e da mecânica newtoniana”.³⁴ Primeiramente, cumpre salientar que a partir do momento em que Einstein, percebendo

Sistemas Processuais Penais, p.186).

²⁹ GAUER, Ruth. *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*, p.137.

³⁰ MORIN, Edgar. *Para Sair do Século XX*, p.276.

³¹ CARVALHO, Salo de. *Criminologia e Transdisciplinaridade*, p.312.

³² CAPRA, Fritjof. *O Tao da Física*, pp.48-49.

³³ GAUER, Ruth. *Falar em Tempo, Viver o Tempo!*, p.18.

³⁴ CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*, p.69.

a impossibilidade de o observador estabelecer a ordem temporal dos acontecimentos no espaço – não havendo na natureza velocidade superior à da luz, para medir a velocidade faz-se necessário conhecer a simultaneidade dos acontecimentos –, põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço, ele rompe com a cosmovisão moderna. Einstein demonstra que a simultaneidade dos acontecimentos distantes não pode ser verificada, tão-só definida e, dada a arbitrariedade das medições, a hipótese de contradição dos resultados é forçosamente incorporada. Sob esse aspecto, uma nova concepção de conhecimento afeta a visão do tempo que lhe será associada.³⁵

Segundo Norbert Elias, “As correções trazidas por Einstein para o conceito newtoniano de tempo ilustram essa mutabilidade da ideia na era moderna. Einstein mostrou que a representação newtoniana de um tempo único e uniforme, através de toda a extensão do universo físico, não era sustentável”.³⁶ Ao dizer que é impossível ao “observador estabelecer a ordem temporal dos acontecimentos no espaço (...) – põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço”,³⁷ rompendo incisivamente com a cosmovisão moderna: “o tempo no mundo, ao tornar-se incerto, torna-se, por consequência, diferente do tempo das ciências modernas, onde era definido pela possibilidade de definir leis universais e eternas da natureza”.³⁸

Desde então, pensar o tempo como um fator absoluto, universalmente válido, tornou-se complicado, ocasionando importante ruptura com o modelo cosmológico newtoniano, em que o tempo era o mesmo para todos. “Em outras palavras, a teoria da relatividade sela o fim do conceito de tempo absoluto!”,³⁹ afirma Stephen William Hawking, considerado por muitos o sucessor de Galileu, Newton e Einstein.

A história (e qualquer outra *ciência*) não pode mais ser produzida partindo da ideia de que irá relatar exatamente a “verdade” do que ocorreu naquele espaço-tempo pretérito, sendo forçada a assumir que resgatará apenas um fragmento do fato, a partir dos pontos de vista dos historiadores (e nas demais ciências, têm-se juristas, psicólogos, etc.). Tal consequência revela-se fundamental para o processo penal, quando a “pequena história” do conflito em jogo⁴⁰ não pode mais ser resgatada integralmente, como se fosse um mero objeto à espera de seus sujeitos.

E não podemos deixar de mencionar, ainda, o que foi percebido por Werner Heisenberg em 1926: o *princípio da incerteza*. Conforme Hawking,

a fim de prever a posição e a velocidade futuras de uma partícula, devemos ser capazes de medir, com precisão, sua posição e velocidade atuais. O procedimento

³⁵ GAUER, Ruth. *O Reino da Estupidez...*, pp.174-175.

³⁶ ELIAS, Norbert. *Sobre o Tempo*, p.35.

³⁷ GAUER, Ruth. *Conhecimento e Aceleração (mito, verdade e tempo)*, p.6.

³⁸ GAUER, Ruth. *Conhecimento e Aceleração...*, p.6.

³⁹ HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros*, p.44.

⁴⁰ Nesse sentido, conferir PLETSCHE, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

para se obter esta medição é projetar luz sobre a partícula. Algumas ondas de luz se dispersarão pela partícula indicando sua posição. Entretanto, não seremos capazes de determinar a posição da partícula de maneira mais precisa do que através da distância entre as cristas das ondas de luz, de forma que será preciso usar luz de ondas curtas para se ter um grau razoável de confiabilidade no resultado do experimento. Mas, segundo a hipótese quântica de [Max] Planck, não se pode usar uma quantidade arbitrariamente pequena de luz; temos que usar pelo menos um quantum. Este quantum perturbará a partícula e mudará sua velocidade de forma não previsível. Quanto mais precisamente se medir a posição, mais curto o comprimento de onda de luz necessário para atingir a mais alta energia de um único quantum. Assim, a velocidade da partícula será perturbada por uma quantidade maior. Em outras palavras, quanto mais precisamente se tentar medir a posição da partícula, menos precisamente se pode medir sua velocidade, e vice-versa.⁴¹

Em termos mais próximos à realidade, percebe-se que não seria possível prever as consequências de nossas ações. “O princípio da incerteza teve profundas implicações na forma de percepção do mundo que, mesmo ultrapassados cinquenta anos, ainda não foram completamente examinadas pelos filósofos e se mantêm na pauta de muitas controvérsias”.⁴²

Nesse sentido, não há mais que se falar em previsibilidade de resultados, possibilidade de êxito e/ou derrota, etc.: o que há são probabilidades, e essas não são passíveis de previsibilidade ou determinação. Para Hawking,

o princípio da incerteza assinala o fim do sonho de Laplace de uma teoria da ciência, um modelo de universo completamente determinístico; não se pode certamente prever eventos futuros com precisão, uma vez que também não é possível medir precisamente o estado presente do universo!⁴³

Essas descobertas e observações não só colocam em xeque toda a estrutura do pensamento moderno como delineiam a urgente necessidade de se repensar o próprio pensamento, como quer Morin.⁴⁴ A estrutura do pensamento jurídico, nesse contexto – e, dentro da nossa abordagem, a estrutura do processo penal – é colocada sob suspeita. Urge a necessidade de se repensar totalmente o que se pode entender por processo penal.

Como primeiros passos para se pensar em uma nova prática científica, Carvalho aponta “eximir-se da pretensão de busca de verdades definitivas e exortar as unidades totalizantes próprias dos projetos da Modernidade (...)”.⁴⁵ Agindo de outra maneira, o cientista estaria voltando a incidir no mesmo problema dos modernos: pretender

⁴¹ HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo...*, p.87.

⁴² HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo...*, p.87.

⁴³ HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo...*, pp.87-88.

⁴⁴ MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *Criminologia e Transdisciplinaridade*, p.311.

buscar apenas *uma* verdade e *unificar* o método. A epistemologia da certeza com a qual trabalhamos resta, outrossim, questionável.

Dilui-se, assim, tudo o que é *subjetivo e criador*.⁴⁶ A redução da complexidade mundana a meras leis matemáticas acaba por apresentar uma simplificação insustentável quando se trata de enfrentar uma ciência social aplicada, como o direito, cujos fenômenos não podem ser descritos através de fórmulas ou símbolos, sob pena de um reducionismo que beira a irracionalidade.⁴⁷

Nesse sentido, pensar o processo penal como meio para se buscar a verdade real de um fato pretérito não só vai de encontro às últimas interpretações das ciências exatas como também evidencia o conservadorismo característico da dogmática atinente ao tema.⁴⁸ A insistente natureza *reveladora* do processo penal submete os acusados em geral a um procedimento injustificável cientificamente, sustentado apenas pela crença no que se pode chamar de *ilusão moderna*, qual seja, a de que o homem é capaz de reconstituir, através da memória (testemunhal e/ou documental) um fato pretérito e, ainda, formar um juízo de certeza acerca do mesmo, baseado (sempre) no método cartesiano.

O que seria o processo penal, afinal, senão uma *fórmula redutora de complexidade*, ou exatamente aquilo que Salo de Carvalho chama de *método de despedaçamento*?⁴⁹

3.1 A lógica da exclusão do Processo Penal: entre o cidadão e o estrangeiro

Desde essa posição crítica, em que o processo penal tem suas raízes colocadas sob suspeita, a necessidade de um (re)questionamento da estrutura (moderna) do próprio processo penal resta mais do que necessária: as pessoas diretamente envolvidas nos conflitos possuem uma função secundária, enquanto aqueles que nada podem fazer para *solucionar* o conflito ou para, pelo menos, *apaziguá-lo*, emergem como protagonistas no cenário processual.

Acusado e vítima não possuem local de fala, enquanto juiz, acusador e defensor “dialogam” interminavelmente entre si, atribuindo àqueles um papel meramente

⁴⁶ Esclarecedor é o que Morin traz em nota de rodapé: “O pensamento que recorta, isola, permite que especialistas e *experts* tenham ótimo desempenho em seus compartimentos, e cooperem eficazmente nos setores não complexos de conhecimento, notadamente, os que concernem ao funcionamento das máquinas artificiais; mas a lógica a que eles obedecem, estende à sociedade e às relações humanas os constrangimentos e os mecanismos inumanos da máquina artificial e sua visão determinista, mecanicista, quantitativa, formalista; e ignora, oculta ou dilui tudo que é subjetivo, afetivo, livre, *criador*” (MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*, p.15.).

⁴⁷ “(...) a simplicidade das leis constitui uma simplificação arbitrária da realidade que nos confina a um horizonte mínimo para além do qual outros conhecimentos da natureza, provavelmente mais ricos e com mais interesse humano, ficam por conhecer.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente...*, p.72.).

⁴⁸ “... o homem das ciências naturais a cada dia busca desvendar novos horizontes, eis que se encontra diante de desafios constantes, enquanto o homem das ciências jurídicas ainda não acordou para os ‘novos tempos’. O Direito, como ciência social, apesar da necessidade de acompanhar a evolução da sociedade e de seus fenômenos que exigem normatização, não consegue cumprir o seu papel, manifestando exagerado apego ao conservadorismo, refletido nas leis e nas decisões dos tribunais.” (THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*, p.8).

⁴⁹ In: *Criminologia e Transdisciplinaridade*, p.311.

coadjuvante, pois *não possuem o conhecimento técnico necessário para enfrentar o processo penal*. Evidentemente que não possuem o referido conhecimento técnico, pois justamente *não são técnicos em direito processual penal*. Não poderia mesmo ser diferente. E essa exclusão, típica dos modernos e, especialmente, dos juristas, inviabiliza uma justiça criminal menos dolorosa e mais dialogal: a dor vem com a técnica, e o silêncio, com a desculpa do desconhecimento científico. Como se vê, nada mudou nos últimos mil anos...

Albert Camus, do alto de sua fenomenal percepção mundana, demonstra perfeitamente o sentimento daquele que nada fala no processo penal:

Mesmo no banco dos réus, é sempre interessante ouvir falar de si mesmo. Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime. Eram, aliás, assim tão diferentes estes discursos? O advogado levantava os braços e admitia a culpa, mas com atenuantes. O promotor estendia as mãos e denunciava a culpabilidade, mas sem atenuantes. No entanto, uma coisa me incomodava vagamente. Apesar das minhas preocupações, às vezes eu ficava tentado a intervir e meu advogado dizia, então, 'cale-se, é melhor para o seu caso'. De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se rolava sem a minha intervenção. Acertaram o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando, tinha vontade de dizer: 'Mas afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer.'⁵⁰

O que se percebe dessa narrativa é a absoluta falta de atenção para com aquilo que os envolvidos diretos no conflito possuem e que pode (ou não) ser útil para o deslinde da causa. O olhar desconfiado do cientista o impede de transcender a barreira da modernidade e, portanto, o *iluminado* não pode deixar o *irracional* participar do diálogo: impossível dar voz àqueles que não têm luz, os envolvidos, pois estes não possuem o afastamento necessário para não deixar as suas doces e desmedidas emoções atrapalharem a sua dura e quadrada Razão. Não é de se estranhar que todo aquele que tenta ultrapassar essa barreira – em qualquer área do conhecimento – é tratado como um poeta, como um artista, como um teólogo, ou ainda como um “sonhador”, e sempre de forma pejorativa, pois a rigorosa Razão não admite esse tipo de posicionamento.

Apesar da narrativa demonstrar o pensamento de um acusado, pode-se dizer que, muito mais do que esse, as vítimas nos processos penais, quando não são mortas, igualmente não possuem fala. E quando são chamadas a falar no processo penal, são consideradas como meras *informantes*, pois o seu “lado emotivo” estaria interferindo o seu “lado racional” e, certamente, irão querer vingança contra os acusados: seria a emoção (novamente) se sobrepondo à Razão... Como modernos que somos, isso não é possível de se admitir, por óbvio.

⁵⁰ CAMUS, Albert. *O Estrangeiro*, p.102.

Mas, para tentarmos dar um passo além de nossa arrogância jurídico-moderna, há outra alternativa que não o processo penal? É possível estabelecermos um diálogo *no* processo penal sem que com isso sejamos obrigados a abrir mão dos direitos humanos – tão duramente conquistados? É a que se propõe o debate em seguida.

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O RESGATE DO DIÁLOGO NA TENTATIVA DE ENFRENTAMENTO DAS SITUAÇÕES PROBLEMÁTICAS

Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?

(Jacques Derrida, in *Força de Lei*)

Nesse contexto de incessante questionamento de tudo aquilo que se entende por ciência moderna e, portanto, por todos os seus frutos, necessário pensarmos, relativamente à ciência jurídica e, mais especificamente, quanto ao processo penal, formas alternativas à sua mecânica engrenagem.

Por esses motivos, importante começar a pensar a respeito do modelo conhecido como *Justiça Restaurativa*. Tal modelo surge como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, tendo como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal, a fim de restaurar o máximo possível do *status quo* anterior ao delito.

Frontalmente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, Mylène Jaccould refere que a Justiça Restaurativa deu

passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal.⁵¹

Segundo Howard Zehr,

o primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar

⁵¹ JACCOULD, Mylène. *Princípios, Tendências...*, p.4.

identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.⁵²

Na justiça restaurativa, **(a)** a vítima poderá participar dos debates; **(b)** o procedimento poderá não resultar em prisão para o acusado, mesmo que ele venha a admitir que praticou o delito e provas venham a corroborar a confissão; **(c)** há a possibilidade de acordo entre as partes; **(d)** os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas, abrindo espaço para um enfrentamento interdisciplinar do conflito interpessoal; dentre outras características.

Vale o registro de André Gomma de Azevedo, para quem

a Justiça Restaurativa apresenta uma estrutura conceitual substancialmente distinta da chamada Justiça Tradicional ou Justiça Retributiva. A Justiça Restaurativa enfatiza a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões.⁵³

Acreditamos, igualmente, que a Justiça Restaurativa “representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento (VITTO, 2005, p.3)”. E a aparição do novo paradigma reside justamente na possibilidade concreta de instauração de um diálogo entre vítima, ofensor e quaisquer outros interessados no conflito.⁵⁴ Para Eduardo Rezende Melo,

o pluralismo que um modelo restaurativo de justiça nos permite entrever é este, de que as avaliações que realizamos não se remetem logicamente a valores dos quais deduzimos as condutas que haveremos de adotar, mas se referem, pelo contrário, a maneiras de ser, de viver, de sentir que haveremos, em nossa singularidade existencial, de procurar estruturar e justificar, com tudo aquilo de que somos providos – **sentimentos, paixões, razões** –, para nos afirmarmos

⁵² ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p.198.

⁵³ AZEVEDO, André Gomma. *O Componente Mediação Vítima-Ofensor...*, p.6.

⁵⁴ Conferir ACHUTTI, Daniel. *Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal. Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

no mundo. E esta afirmação há de ser feita perante um Outro concreto com o qual nos relacionamos, com seu modo de existência todo diverso, incapaz ele também de, por si, nos entender.⁵⁵ (grifos nossos)

Vale citar novamente Melo, que sintetiza os motivos que demonstram, efetivamente, a emergência de um novo paradigma processual, a partir da Justiça Restaurativa, para o enfrentamento dos conflitos criminais: primeiramente, ela oportuniza uma outra percepção da relação entre o indivíduo e a sociedade “no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva”; em segundo lugar, salienta que a justiça restaurativa foca “na singularidade daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito”; em terceiro lugar, se o foco está mais voltado para a relação do que para a resposta punitiva estatal, o próprio conflito e a tensão relacional adquirem outro estatuto, “não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, laborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos”; em quarto lugar, “contra um modelo centrado no acertamento de contas meramente com o passado, a justiça restaurativa permite uma outra relação com o tempo, atenta também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente à vista do porvir”; e, em quinto lugar, “este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas”.⁵⁶

Para Antoine Garapon, a justiça restaurativa⁵⁷ proporciona um verdadeiro “deslocamento do centro de gravidade da justiça”, pois “atribui um rosto novo à justiça: reconstruir a relação no que ela tem de mais concreto. Tem como vizinhos homens de carne e osso, não a lei!”⁵⁸ Com a quebra da centralidade da justiça criminal no acusado, a vítima passa a ter papel fundamental neste novo cenário, de forma a intimar “o direito penal a reorganizar-se”: “quando nos concentramos na vítima e já não no autor, a malvadez como vontade má deixa de ser central, o que exerce uma influência considerável sobre o sentido da pena. Esta já não pode pretender apontar uma intenção culpada.”⁵⁹ Ainda segundo Garapon,

⁵⁵ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça Restaurativa e seus Desafios Histórico-Culturais...*, p.11.

⁵⁶ MELO, Eduardo Rezende. *Justiça Restaurativa e seus Desafios Histórico-Culturais...*, p.7.

⁵⁷ Na tradução portuguesa, o termo *justiça restaurativa* foi traduzido como *justiça reconstrutiva*. Em inglês, *restorative justice*. O autor prefere a tradução “reconstrutiva” à “restaurativa” em virtude da ideia de busca de reconstrução de uma relação destruída, por um lado, e pelo espírito no qual ela deve fazer-se, por outro, no sentido de originar-se da noção de “construtivo”. Ainda, salienta que o adjetivo “restauradora” traz consigo a noção de “um retorno ao idêntico que (...) não está conforme a ambição desta forma de justiça.” (cf. nota n.1, p.250) Não desconhecemos essa diferença, mas, para não utilizar dois termos distintos, utilizaremos o termo mais conhecido, qual seja, *justiça restaurativa*.

⁵⁸ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia. E a justiça será*, pp.253 e 251.

⁵⁹ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, pp.255 e 257.

a vítima cessa o frente a frente secular entre o criminoso e o príncipe no qual ela fazia figura de convidada e sobrepõe-lhe um outro entre ela e o criminoso. Ela obriga assim a repensar a justiça como o local de articulação não entre dois (o criminoso e o príncipe), mas três protagonistas.⁶⁰

Importante apontamento traz Leonardo Sica, quando afirma que “a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”.⁶¹ Raffaella Pallamolla, por sua vez, acentua que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”.⁶² E talvez essa construção ainda em aberto seja um ponto bastante positivo, uma vez que não há (ainda) engessamento das formas de controle social via justiça criminal e, portanto, os *casos-padrão* e as *respostas-receituário* permanecem indeterminadas – tal como devem, efetivamente, permanecer. Para Lode Walgrave,

*Restorative Justice is an unfinished product. It is a complex and lively realm of different – and partly opposite – beliefs and options, renovating inspirations and practices in different contexts, scientific ‘crossing swords’ over research methodology and outcomes. (...) It is a field on its own, looking for constructive ways of dealing with the aftermath of crime, but also part of a larger socio-ethical and political agenda.*⁶³

Nesse contexto de enfrentamento do crime, a abordagem do *agir criminoso* – aquele atribuível apenas ao humano absolutamente racional, como uma ação que resulta de uma intenção livre e individual – pode deixar de isolar os demais integrantes do cenário social do sujeito e, assim, permitir que não se o responsabilize exclusivamente como *culpado* pelo crime. Não se pretende desvincular uma ação de seu autor, mas apenas ampliar a abordagem, de forma a tentar compreender o delito como algo maior e mais complexo do que apenas uma *conduta humana livre e consciente direcionada a determinado fim*.

Isso não significa que *tudo será permitido*, antes pelo contrário: a identificação de um determinado contexto para a ocorrência de situações problemáticas complexifica a situação e permite o abandono de modelo que se quer puro e autossuficiente (teoria do delito) para buscar outra maneira de pensar tais condutas. E é nesse momento que se torna possível pensar na tradicional diferenciação entre *ilícito civil* e *ilícito penal*: a percepção, desde outros olhares, sobre o significado atribuído a determinadas condutas, variando conforme a (sub)cultura em que estiverem inseridos os envolvidos é, talvez, um dos pontos centrais a ser ponderado. Como possível consequência de uma redução

⁶⁰ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.262.

⁶¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p.10.

⁶² PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restrativa: da teoria à prática*, p.54.

⁶³ WALGRAVE, Lode. WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, p.11.

do sistema penal e da ampliação da utilização de uma justiça restaurativa, em que o foco não é o enquadramento de uma conduta em determinado tipo penal, mas no dano causado, Ezzat Fattah é taxativo:

*The measurement of harm: physical, material, and mental, will likely become the central component of social reaction to crime. The primary aims of such a response will be redress, reparation and compensation. My guess is that the arbitrary distinction between crimes and civil torts will disappear and that the artificial boundaries that have been erected over the years between criminal courts and civil courts will be removed.*⁶⁴

A superação das *fronteiras artificiais* entre as cortes cíveis e criminais, como refere Fattah, somente poderão ocorrer caso haja um novo olhar sobre a própria classificação das condutas danosas – de ilícitos penais para outro tipo de ilícito, precipuamente o civil. Tal superação permitiria, se bem estruturada, constituir-se em um freio à rotulação do ofensor como *delinquente*; resultar em uma decisão menos danosa individual e socialmente (diminuiria drasticamente as possibilidades de uma pessoa ser enviada à prisão); e, ainda, desencadear, ao final, não mais em meras sentenças condenatórias como respostas ao crime, mas em ações coletivas voltadas para a reparação do dano causado.

A Justiça Restaurativa pretende, como se percebe, apoiar-se “no princípio de uma redefinição do crime. O crime não é mais concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências”,⁶⁵ focando a atenção na possível solução do problema através do diálogo entre as partes (direta ou indiretamente envolvidas: agressor, vítima, amigos, parentes, pessoas importantes para as partes, etc.). A infração, então, deixa de ser um mero tipo penal violado e passa a ser vista como advinda de um contexto bem mais amplo, de origens obscuras e complexas, e não de uma mera relação de causa e efeito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Jacques Derrida, “o direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável (...)” Continua o autor

Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. Pelo menos, se ela a garantir de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular (...).⁶⁶

⁶⁴ FATTAH, E. *Victimology: past, present and future*, p.42.

⁶⁵ JACCOULD, Mylène. *Princípios, Tendências...*, p.7.

⁶⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, pp.30 e 44-45.

Para Garapon,

o importante não é tanto estabelecer os erros do passado quanto preparar o futuro, isto é, permitir a cada um refazer ou continuar a sua vida. Estas duas leis preferem, de seguida, o acordo à decisão imposta, sempre que possível. O juiz retira-se na ponta dos pés de certos conflitos, concebendo de futuro a sua intervenção como subsidiária. A intervenção do terceiro, dramatizada pelo processo, torna-se secundária em relação a uma justiça do frente a frente.⁶⁷

A mofada pré-determinação, via códigos, do que é e do que não é crime diluiria-se aos poucos, dando espaço, tempo e lugar aos envolvidos no problema para que decidam o que fazer, abandonando que os conhecidos “terceiros” *tomem os seus lugares e as suas dores* e digam, a partir de seus locais de vida – evidentemente *outros* – o que e como deve ser feito.

Como refere Becker, “o grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele”.⁶⁸ Com a devolução do conflito às partes, pode-se romper com condutas *a priori* proibidas para pensá-las apenas a partir da interpretação dos envolvidos no episódio, de forma a se permitir a *apresentação* dos envolvidos e suas variáveis subjetivas que, na justiça penal tradicional, não encontram espaço de valorização.

Não se pretende, com isto, a abolição imediata da justiça penal, mas, quiçá, a sua significativa redução. A justiça restaurativa, justamente por não ser um produto pronto e acabado, ainda não tem condições de ter uma pretensão puramente abolicionista, mas nada impede que seja utilizada com a finalidade de redução da atuação do sistema penal e de toda a dor que este proporciona às partes. Além disso, pode se constituir em importante ferramenta para a estruturação de um sistema de justiça criminal que propicie a instauração, entre os envolvidos, de um verdadeiro *encontro*.⁶⁹ Concordamos com Garapon, para quem a justiça restaurativa não se funda nem exclusivamente no ato delitivo (violação da lei – modelo retributivo), nem na pessoa do autor visando a sua educação (modelo reabilitativo),

mas no evento do seu encontro, gerador em si mesmo de créditos e débitos novos.

O encontro não se reduz ao acto, que é o evento visto do agente, tal como não se confunde com o sofrimento, a sua vivência pelo paciente da acção, ou com a transgressão que lhe é a qualificação abstracta. Nenhuma dessas abordagens lhe esgota totalmente o sentido.

⁶⁷ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.261.

⁶⁸ BECKER, Howard S. *Outsiders*, p.25.

⁶⁹ Conferir SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como Fundamento. Uma introdução à ética contemporânea*.

Com a sua parte de sorte, de imprevisto, de transcendência, com o acidente, a catástrofe, o encontro transcende a intenção de quem lhe tomou a iniciativa. Tal como as suas consequências para a vítima ultrapassam a unidade do tempo, de lugar e de acção na qual se queria contudo encerrá-la. Um encontro transborda sempre sobre si mesmo: é tão imprevisível para a vítima quanto, em certa medida, o é para o autor. A injustiça nasce aí, nesse mal-entendido da vida, nesta diferença entre a acção desejada e o drama calhado em sorte, entre duas versões do vivido que não podem conciliar-se. A justiça saberá encontrar equivalências satisfatórias para saldar esta conta que o acaso estabeleceu?⁷⁰

Invariavelmente, refere Garapon,⁷¹ a ideia central da justiça restaurativa está na pretensão de atribuir aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os recursos suficientes para reagir à infração. Já que não é mais possível “pretender saber *a priori* melhor que os próprios interessados o que é bom para eles”, melhor então “despertar as suas competências particulares, adormecidas pelo paternalismo das instituições”.⁷²

O que se quer, portanto, é oportunizar que se construa “uma resposta inteligente ao pluralismo moral próprio de toda a sociedade democrática”,⁷³ ou seja, que esse novo modelo de justiça criminal permita pensar a questão para além do anacrônico modelo causal do *crime-castigo*.

Trata-se, essencialmente, de uma importante ferramenta, diversa ao processo penal tradicional, que opta por não tratar o acusado e os demais envolvidos no conflito como Estrangeiros indesejados, mas como Estrangeiros-cidadãos, portadores de voz, direitos e humanidade. Tratá-los com dignidade e respeita os seus direitos é um pressuposto para a sobreposição de um novo modelo processual, para muito além do penal.

Assim, a Justiça Restaurativa, apesar de alguns problemas que devem ser discutidos, sinaliza para um novo caminho para o enfrentamento dos conflitos criminais, mas que, necessariamente, não poderá ser implementado sem uma mudança substancial no que se entende por direito penal e processual penal atualmente.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal. Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- AZEVEDO, André Gomma. O Componente Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição

⁷⁰ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.269.

⁷¹ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.313.

⁷² GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.318.

⁷³ GARAPON, Antoine. *Punir em Democracia...*, p.313.

penal. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno. Volume I. Séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1990.

BECKER, Howard S. *Outsiders. Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CAMUS, Albert. *O Estrangeiro*. 24.ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. 14.ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

_____. *O Tao da Física. Um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. 27.ed. São Paulo: Cultrix, 1983.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinaridade. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. WUNDERLICH, Alexandre (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma Leitura de Certa “Efetivação” Constitucional). In: *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ELIAS, Norbert. Sobre o Tempo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FATTAH, E. Victimology: Past, present and future. In: *Criminologie*, vol. 33, n.1, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em Democracia. E a justiça será*. Lisboa: Piaget, 2001.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e Aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A Construção do Estado-Nação no Brasil. A contribuição dos egressos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Falar em Tempo, Viver o Tempo! In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.); SILVA, Mozart Linhares (org.). *Tempo/História*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. *O Reino da Estupidez e o Reino da Razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?. In:

BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HAWKING, Stephen William. *Uma Breve História do Tempo: do big bang aos buracos negros*. 33.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

JACCOULD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça Restaurativa e seus Desafios Histórico-Culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 11.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. *Para Sair do Século XX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MORRIS, Alison. Criticando os Críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: para além da punição. In: *Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?*. ROLIM, Marcos, et. al. Porto Alegre: IAJ, 2004.

_____. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford: University of Oxford, Centre of Brazilian Studies, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

SCURO NETO, Pedro. Chances e Entraves para a Justiça Restaurativa na América Latina. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como Fundamento: uma introdução à Ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VITTO, Renato Campos de. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. Cullompton (UK) – Portland (USA): Willan Publishing, 2008.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.