XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

ALICE ROCHA DA SILVA

MARCOS LEITE GARCIA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: Alice Rocha da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-623-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Prevenir é sempre melhor do que remediar! No caso de conflitos sociais esta máxima é válida, mas nem sempre possível. Por essa razão, o desenvolvimento de formas de solução de conflitos é imprescindível para a busca de harmonia social e retomada do 'status quo'. Formas de solução de conflito podem ser impostas ou desenvolvida a partir da participação e consenso das partes envolvidas, sendo esta última modalidade mais efetiva para o alcance do objetivo pretendido. qual seja, a solução do conflito. No Grupo de Trabalho "FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II" foram apresentados diversos trabalhos interessantes, demonstrando o empenho da academia e dos profissionais na busca por novas práticas de solução de conflitos. Foram abordados pontos gerais do estudo da temática como nos artigos " Arbitragem e acesso à justiça", "A judicialização das relações sociais e a adoção dos meios consensuais de solução de conflitos", "Educação para a solução de conflitos por meios alternativos: conciliação e mediação" e "Aplicando a neurociência nos ADRS: a influência do efeito de ancoragem nos acordos de conciliação". Tais artigos apresentam o quanto a educação pode ser transformadora dos processos de mediação e conciliação de conflitos, sendo que a partir da neurociência, temos novos instrumentos de impulsão e transformação social.

Em seguida, áreas específicas foram destacadas no desenvolvimento das pesquisas, entre elas o direito administrativo, empresarial, civil e penal. Demonstrando por estudos teóricos e empíricos novas formas de implementação de instrumento de solução de conflitos. No direito administrativo foi apresentado "Câmaras de conciliação e mediação, no âmbito da administração pública, enquanto instrumento de efetivação do direito à saúde" e "O “Tribunal Multiportas” como instrumento de efetivação da política judicial nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses", associando conceitos teóricos com casos práticos. No campo do direito empresarial, onde temos maior vivência dos casos de arbitragem foi apresentado "Mediação empresarial como sistema de gestão de conflito: uma análise das vantagens da aplicação do método". De modo mais inovador, tivemos a apresentação dos métodos de solução de conflito no âmbito do direito civil nos artigos "A constelação familiar e sua contribuição ao tratamento consensual dos conflitos" e "Mediação transformativa no direito de família: tratando a lide sociológica". De forma bastante empírica e interligada, foram apresentados trabalhos na esfera do direito penal. Dois deles relacionados com casos de violência doméstica: "Justiça restaurativa e violência doméstica. Convivência ou rejeição? Aspectos teóricos e práticos." e "A justiça restaurativa como instrumento de acesso à justiça

penal nos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher". Para finalizar foram apresentados três artigos que demonstram uma esperança para o sistema prisional bastante prejudicado em nosso Estado: "Direito penal, humanismo e justiça restaurativa", "Mediação prisional como forma de pacificação dos conflitos internos do cárcere" e "Aplicação da justiça penal restaurativa aos adolescentes infratores".

Demonstra-se portanto a infinidade de ações que ainda devem ser construídas na implementação de soluções alternativas para a solução de conflitos, mudando o viés da busca pela solução eminentemente judicial. Novos tempos pedem novas alternativas e se não conseguimos eliminar os conflitos, devemos repensar formas de solução consensual dos mesmos.

PROFA. DRA. ALICE ROCHA DA SILVA - UniCEUB

PROF. DR. MARCOS LEITE GARCIA - UNIVALI

DIREITO PENAL, HUMANISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA

CRIMINAL LAW, HUMANISM AND RESTORATIVE JUSTICE

Rubens Lira Barros Pacheco
Daniela Carvalho Almeida Da Costa

Resumo

A partir do século XVIII observou-se uma guinada ideológica no campo do direito penal e das práticas institucionais punitivas, calcada no homem enquanto valor e na necessidade de sua proteção contra a arbitrariedade do poder estatal. Entretanto, o exercício de poder que sucedeu o período, se revelou incapaz de converter o humanismo em políticas concretas de respeito aos direitos fundamentais. O presente artigo, através dos métodos de pesquisa teórica, qualitativa e bibliográfica, busca preencher, ainda que parcialmente, o vazio existente entre o humanismo e a práxis penal, e aponta como uma das respostas possíveis ao problema a justiça restaurativa.

Palavras-chave: Direito penal, Humanismo, Justiça restaurativa, Justiça retributiva, Iluminismo

Abstract/Resumen/Résumé

From the eighteenth century onwards, there was an ideological shift in the field of criminal law and punitive institutional practices, centered on man as a value and on the need for his protection against the arbitrariness of state power. However, the exercise of power that succeeded the period proved incapable of converting humanism into concrete policies of respect for fundamental rights. This paper, through theoretical, qualitative and bibliographical research, seeks to fill, even partially, the gap between humanism and criminal praxis, and points out one of the possible answers to the problem of restorative justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Humanism, Restorative justice, Retributive justice, Enlightenment

INTRODUÇÃO

Até o século XVIII, pode-se afirmar que as características principais da práxis punitiva eram a incerteza, a arbitrariedade e a crueldade com que se aplicava a pena (FOUCAULT, 1993). A partir do século XVIII, e do momento histórico que ficou conhecido como "período humanista do direito penal", observou-se uma guinada teórica e ideológica, de matriz iluminista, no campo deste direito e das práticas institucionais punitivas. O homem passou a ser considerado como um valor em si mesmo, e sua proteção ante a arbitrariedade do poder real foi reconhecida como uma necessidade de primeira ordem. O impacto do humanismo sobre o pensamento da época determinou a forma moderna de reação ao crime: agora racionalista, imparcial e com fins políticos mais amplos que a mera destruição de corpos. Contraditoriamente, o sistema de justiça penal retributivo, dos dias atuais, não pode ser considerado um modelo humanista, dado o grau de violência com que opera e o alto custo humano que é gerado por seu funcionamento. Inevitável, então, se torna a investigação dessa aparente lacuna teórico-histórica deixada entre a influência do humanismo sobre a justiça penal retributiva, ocorrida no século XVIII, e o exercício anti-humanista contemporâneo.

A presente pesquisa intenta demonstrar de que modo a justiça restaurativa pode ser considerada como uma nova e possível saída para o impasse existente entre o paradigma retributivo e o humanismo. Para tanto, se vale dos métodos de pesquisa teórica e qualitativa, e do procedimento técnico da pesquisa bibliográfica. O artigo se divide em cinco capítulos. No primeiro se busca definir o humanismo, com base em Wolkmer (2005) e a justiça penal retributiva, através da análise do conceito elaborado por Zehr (2008), desdobrando-o em cinco atributos fundamentais que comprovam seu *status* hegemônico atual. No segundo capítulo, baseando-se em autores como Beccaria (1999), Foucault (1993), Wolkmer (2005) e De Paulo (2009), demonstra-se a relação originária existente entre o direito penal moderno e o humanismo. No terceiro, por meio do referencial teórica da criminologia crítica (Melossi, Pavarini, Baratta), explica-se a condição anti-humanista da prática penal moderna. Nos últimos capítulos, com base, sobretudo em Zehr (2008), demonstra-se como a justiça restaurativa, através de seus princípios, pode responder ao problema acima exposto.

A importância deste trabalho repousa sobre a necessidade atual de refletir e dar novas respostas ao problema do caminho trilhado pelas políticas criminais desde a modernidade, cuja trajetória se projeta em círculo vicioso e no interior do qual tem mantido intactas as práticas institucionais disseminadoras de violência e desrespeito aos direitos fundamentais.

1 JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA

O paradigma de justiça penal retributiva[1], enquanto estrutura lógica e tecnológica de justiça penal, se estabeleceu hegemonicamente na modernidade, entre os séculos XVIII e XIX (ZEHR, 2008) e apresenta, desde então, como principais características: a) o iluminismo como marco político-ideológico de justificação; b) o aparelho do Estado, sobretudo o processo e o cárcere, como instrumental do direito de punir; c) o crime como violação da norma; d) a pena como consequência do crime; e e) a culpa como justificativa dogmática da pena.

a) O Iluminismo concentrou uma série de pensamentos que davam respostas a demandas de fontes também variadas, tanto científicas quanto políticas, tanto jurídicas quanto econômicas. O racionalismo de matriz renascentista passou a ocupar o espaço deixado pelo pensamento escolástico-teológico à medida que se contrapunha à irracionalidade e à arbitrariedade da prática punitiva absolutista. O jusnaturalismo infundia ao poder real o respeito a um conjunto de direitos inatos e irrenunciáveis, direitos estes que submetiam também à autoridade a obediência à lei. O liberalismo político de Locke, Montesquieu e Rousseau, inspirados no pensamento filosófico de Kant[2], exprimiu a defesa de uma rigorosa delimitação do poder Estatal, vinculando-o ao estrito cumprimento das obrigações relativas ao contrato social, à manutenção da ordem e ao respeito aos direitos naturais. O humanismo[3], por sua vez, viabilizou uma política criminal baseada na observância de normas procedimentais e substanciais com vistas à proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

Por outro lado, ao buscar a segurança jurídica no que tange à definição legal e prévia do que seria crime, do tipo de pena aplicável e do procedimento a ser adotado para a

---

[1] Segundo Zehr, "paradigmas são modos específicos de construir a realidade e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo da justiça é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos problemas e o nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas" (ZEHR, 2008, p. 83).

[2] Melo (2005, p. 56-58) ao discorrer sobre a importância do pensamento de Kant para a construção teórica do modelo penal retributivo, afirma que a pedra angular de todo sistema kantiano é o conceito de liberdade. Para depois acrescentar: "Revela-se aqui ainda o contexto político ideológico em que se inscreve o modelo retributivo. De fato, a liberdade é o princípio por excelência do modelo liberal, [...] eis a razão pela qual funda seu sistema de coerção na liberdade de modo tal que seus enunciados não venham a anulá-lo" (MELO, 2005, p. 58).

[3] Segundo Wolkmer (2005b), o humanismo é um conceito de difícil precisão: não há "um único humanismo", segundo ele. Contudo, o que se pode deduzir de comum entre as várias noções existentes é que o humanismo corresponde a uma "visão de mundo que, inspirando-se no próprio valor da natureza humana, é capaz de motivar formas de organização social pautadas na preservação e na promoção da dignidade do homem". Especificamente quanto ao humanismo renascentista, inspirador do iluminismo penal, Wolkmer sustenta que o humanismo é uma "ampla manifestação transformadora nos campos da cultura, da filosofia, das artes e das ciências" que "proclama os valores que enaltecem o indivíduo, sua vontade, capacidade e liberdade de ação". Liga-se ao racionalismo, antropocentrismo e ao ideário de emancipação humana (WOLKMER, 2005a, p. 22-23).

imputação da culpa, o pensamento iluminista também consolidou a pena como resposta padrão ao crime. Em verdade, a certeza do castigo ganhou *status* de princípio do modelo punitivo iluminista, verdadeira meta que se estabeleceu para a administração estatal dos séculos posteriores.

b) No paradigma de justiça penal retributiva a pena deve ser certa e quem deve garantir essa certeza é o Estado, através de uma ampla rede instrumental, tecnológica, formada por órgãos e procedimentos criados por lei. Neste modelo, o direito de punir não está contido no rol de direitos fundamentais da vítima do crime. Pelo contrário, os poderes de participação da vítima restam bastante limitados. O ente detentor do direito-poder de punir garante a certeza da sanção por meio de lei. Cabe a esta estabelecer a dose e determinar racionalmente as fronteiras da dor e do sofrimento justos, levando em consideração o montante adequado a contrabalancear o sofrimento causado pelo criminoso e o prazer que este eventualmente tenha extraído de sua conduta (ZEHR, 2008, p. 112).

Por meio das polícias, atua o Estado na persecução penal. Através de órgãos de fiscalização e do judiciário, procede à acusação do réu, ao processamento e à decisão definitiva sobre o caso concreto. No final desse roteiro, gerencia e executa a pena por meio do cárcere. A aplicação de pena segue um padrão formal, previsto em lei, cujo trâmite que lhe antecede se materializa no processo penal, e seu desenlace padrão é a pena. O processo é uma manifestação estatal, pública, assim como é público todo o menu de direitos e garantias dirigidas à proteção do acusado ante eventual abuso de poder. O processo é adversarial: do embate das provas trazidas pela acusação e pela defesa, deve exsurgir sempre um vencedor e um vencido. Em outras palavras, ao final da fase judicial probatória, verifica-se se o réu é responsável ou não pelo fato criminoso. O processo, nesse sentido, é espécie de duelo bem regulamentado (ZEHR, 2008, p. 75).

Ao longo dos séculos, a justiça estatal galgou espaço no universo dos conflitos interpessoais, imiscuindo-se nos interesses particulares e ingerindo-se num espaço de decisão antes reservado às partes. Para Zehr (2008, p.118-119), o paradigma retributivo, ou seja, o modelo hegemônico ocidental de atribuição de pena, por meio de um processo onde se atribui a responsabilidade penal (culpa), gerido pelo Estado, com participação formal da vítima, com foco na pena e não na reparação, se deu pela necessidade de fortalecimento do poder político Estatal e não por outras razões.

c) O pensamento dominante sobre o conceito de crime alterou-se substancialmente à medida que se passaram os séculos. No contexto do Iluminismo do século XVIII, o crime era a violação do pacto social. A partir desta construção teórica, o Estado, garantidor desse

vínculo, deveria incorporar o poder de punir como monopólio seu. Com efeito, o poder de punir, enquanto expressão e parcela do poder político, para tomar parte do conjunto de atribuições e poderes estatais de forma minimamente justificável, exigiu a reelaboração da teoria do crime. Isto é, exigiu uma teoria capaz de elidir desta noção qualquer traço de misticismo ou teologismo que fizesse confundir o delito com a ofensa a valores puramente éticos ou religiosos, e, portanto, destituídos de potencial coercitivo exclusivamente político: é dizer, exercitável pelo Estado em regime de monopólio. Portanto, a lei, produto da atividade estatal, uma vez transgredida, passou a autorizar o Estado a agir em prol da utilidade social, a fim de reequilibrar a balança. Ao longo dos séculos, os modelos de justiça pouco a pouco foram tomando como referencial a lei formal em substituição aos costumes, à conveniência, a valores tradicionais, a fé ou ao direito natural. A ideia mesma de justiça confundiu-se com a obediência à lei escrita, interpretada por juristas profissionais (ZEHR, 2008, p. 116).

d) A pena como consequência do crime é um dogma do modelo de justiça penal retributivo. Somente por meio de exceção é que se pode admitir uma consequência jurídica do crime diversa da pena. Ainda assim, a pena funciona como padrão de resposta ao delito, e qualquer hipótese de exclusão dessa resposta é sempre extraordinária e condicional[4].

Mesmo a multiplicidade de teorias que discutem a finalidade da pena não rejeita tal pressuposto. Em verdade, tais teorias - absolutas, relativistas e ecléticas[5] - examinam, por via oblíqua, a questão do "porque a pena deve ser a consequência do delito". As primeiras afirmam que a pena deve ser aplicada por sua utilidade social ou por ser um imperativo categórico (Kant), um dever ético de compensação. As segundas sustentam que a pena deve ser aplicada com vistas a dissuadir terceiros (Feuerbach) ou a determinar e corrigir a rota biográfica e o destino do criminoso, para longe do mundo do crime (Von Lizt). As últimas põem em pé de igualdade as duas finalidades: a pena que ao mesmo tempo responde a um imperativo ético ou a necessidade de recomposição do ordenamento (Hegel), também previne o delito e conserta a virtualidade (a periculosidade) do indivíduo (FOUCAULT, 2002). Apesar disso, nenhuma destas teorias questiona o fato de que a pena deve ser a consequência

[4] No que diz respeito ao direito positivo brasileiro, a título de exemplo podemos citar a exceção prevista no artigo 74, parágrafo único da Lei 9099/95, que prevê a hipótese de extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa quando da composição civil em sede de crime de menor potencial ofensivo, nos casos de ação penal privada. Perceba-se como somente em casos excepcionais, e condicionados (neste exemplo, a extinção da punibilidade é condicionada a vontade da suposta vítima para aceitar os termos do acordo) a consequência do cometimento de um delito pode não ser uma pena.

[5] Discutidas, por exemplo, em Batista (2007, p. 111).

do crime[6]. Mesmo sob o horizonte bastante amplo de discussões travadas no embate entre essas teorias, a pena como consequência do crime resta incólume em sua posição de dogma.

e) Na modernidade, sobretudo a partir da fase humanista do direito penal, a aplicação da pena pressupõe a prova de culpa do agente[7]. Isto é, no interior de um procedimento formal em que provas são examinadas por um juiz imparcial, além da comprovação da ocorrência do fato descrito na norma penal como crime, deve haver também a comprovação de que o agente tinha a aptidão para conhecer o caráter ilícito de sua conduta, compreendê-la, querê-la, ou no mínimo prevê-la. Tal condição *sine qua non* do paradigma penal retributivo, é erigida ao *status* de princípio fundamental: a investigação da culpa no modelo penal retributivo é pressuposto indispensável para a pena, o que faz do modelo retributivo um modelo, em regra, de responsabilidade subjetiva. É nesse sentido que para Beristain (2000, p. 170), a justiça criminal retributiva é aquela que "começa seu *iter* na culpabilidade e tem como meta a pena como sofrimento estigmatizante contra o delinquente". A culpabilidade é elemento inerente ao arco crime-pena, e se situa entre os dois como um elo de conexão.

Para Zehr (2008), a culpa, elemento central do modelo retributivo, é a verificação processual da responsabilidade do ofensor quanto ao fato cometido. A tarefa de verificação dessa responsabilidade, dadas as características do modelo, se dá através de critérios dogmáticos-jurídicos, sempre em referência à lei penal, e corresponde, portanto, à comprovação formal de que a conduta do agente, ocorrida no passado, refletiu exatamente o descrito no tipo; e de que, além disso, se deu com intenção e consciência. Em suas palavras:

> O conceito de culpa que guia o processo judicial é limitado, altamente técnico e tem natureza primariamente "objetiva" ou descritiva. O acusado cometeu os atos descritos em lei? Ele ou ela tinha intenção de cometer tal ato? Os atos são contrários à lei? A culpa legal questiona somente se a pessoa acusada de fato cometeu aquele ato e, em caso positivo, se esta pessoa é imputável diante da lei (ZEHR, 2008, p. 64).

A centralidade da culpa no processo, ou seja, a preocupação com a presença do elemento subjetivo ou psicológico na conduta do agente como requisito para a sanção penal, cinde o processo em dois polos antagônicos, emprestando-lhe um caráter adversarial. A conduta passa a ser avaliada tomando como parâmetro rótulos éticos como os de "culpado *versus* inocente", "réu *versus* vítima", "ofensor *versus* ofendido", deduzidos única e

[6] Nesse sentido, a retributividade da pena, tal como entende Gomes e Molina (2009, p. 462), caracterizada pela proporcionalidade entre o castigo e o injusto praticado, não se confunde com a natureza retributiva do modelo de justiça penal moderno-contemporâneo, cujo atributo por excelência é a pena como consequência natural do delito.

[7] Ferrajoli destaca que a responsabilidade individual, subjetiva, calcada na culpa, foi consagrada por uma lei de Numa Pompílio, na fase do Direito Penal Romano. Serviu de herança para a tradição cristã, foi teorizada no Iluminismo e organizada dogmaticamente no século XIX (FERRAJOLI, 2002, p. 390).

exclusivamente do evento capitulado na norma penal e levado a julgamento. Ademais, a determinação da culpa pressupõe a ideia de que o delinquente é um indivíduo autônomo capaz de fazer escolhas mais ou menos conscientes. É dizer: "se alguém comete um crime, esta pessoa o fez porque quis. Portanto a punição é merecida visto que a escolha foi livre. Os indivíduos respondem pessoal e individualmente por seus atos. A culpa é individual." (ZEHR, 2008, p. 67).

2 HUMANISMO E DIREITO PENAL ILUMINISTA

O século XVII foi o século da consolidação do movimento renascentista na Europa Ocidental (WOLKMER, 2005a, p. 11). Desde o fim da Baixa Idade Média (século XIII), um processo de secularização da cultura irrompeu pelos vários setores da sociedade de então, modificando sua direção e sentido. O modo de produção feudal, baseado na servidão e na agricultura, foi aos poucos perdendo força, sendo substituído gradativamente pelo Mercantilismo, com sua dinâmica de trocas, comércio exterior, colonização e acúmulo de metais. O poder dos senhores feudais foi sendo neutralizado pela influência da classe burguesa emergente, que lograva converter a riqueza oriunda das novas relações econômicas, em poder político.

O pensamento hegemônico deslocou-se da teologia e da filosófica escolástica para o racionalismo e para a filosofia liberal-individualista. Como consequência, a Igreja cedeu seu espaço de guia e fiador das relações sociais à realeza secularizada. Nasceram os Estados Nacionais, assim como o Direito Natural antropocêntrico.

O humanismo, fio condutor de todas essas transformações, expressou-se no resgate da tradição greco-romana de valorização do homem, da razão e da liberdade, em face da fixidez e transcendentalismo predominantes na Idade Média: surgiu como forte reação à autoridade eclesiástica, ao impor como critério de validade do poder o exame racional de seus pressupostos, e nessa perspectiva, atuou conforme um ideário emancipatório contra as relações de poder.

Em outro sentido, surgiu como movimento de revisão crítica de todo o pensamento medieval: Copérnico, Kepler, Galileu, Newton, Descartes e Bacon são exemplos dos pensadores responsáveis por alterações profundas no campo do saber e, por uma série de rupturas com a filosofia baseada no aristotelismo, sempre tendo o homem como centro desse paradigma (SANTOS, 2008, p.25).

O Iluminismo, no século XVIII, foi herdeiro de todas as alterações produzidas pelo Renascimento. O período foi marcado pela consolidação da classe burguesa enquanto classe revolucionária e protagonista na tomada de decisões políticas. A Revolução Industrial impulsionava a economia capitalista crescente enquanto o poder político se concentrava na figura do monarca Absolutista. O liberalismo de Adam Smith e Ricardo se traduzia na busca pela hegemonia econômica dos Estados Nacionais. A Reforma Protestante encontrava em Lutero o fundamento para o resgate do pensamento cristão e sua libertação da tradição católica. O ideário iluminista, de maneira geral, correspondia à "convicção do progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza" (HOBSBAWN, 1977, p. 36-37) através da ciência e do avanço tecnológico.

No campo da filosofia do Direito, as noções de liberdade individual, igualdade e fraternidade ganharam enorme força e inspiraram tanto o jusnaturalismo moderno quanto a reforma humanista do Direito Penal. Para o jusnaturalismo iluminista, a lei não poderia nascer da vontade divina revelada ao rei, mas da aplicação de um método racional, de investigação da natureza humana, para, enfim, refletir o sentido e os contornos dos direitos e dos deveres. Destarte, "a filosofia do direito libertava-se da teologia, o direito natural era secularizado" (KAUFMANN, 2002, p. 85). O Estado, a partir da perspectiva contratualista de Hobbes e Rousseau, surgia como fruto da vontade humana, que por meio de um acordo, organizava os interesses individuais em torno do bem-comum: o Estado, antes de ser a expressão da vontade do monarca, seria um instrumento para a realização da vontade dos indivíduos. Estado e Constituição estariam a serviço do direito natural.

O humanismo, por sua vez, desempenhava papel importante na crítica e revisão da política penal absolutista. Segundo Foucault (1993), na França dos séculos XVII e XVIII, qualquer pena aplicada como retribuição a um delito sério deveria ser acompanhada de um suplício corporal. Suplício, explica o autor, era uma pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz, levada a cabo por meio de decapitações, esquartejamento, enforcamento, fogueira e roda de tortura, quando não pelo desmembramento, perfuração do corpo, exposição pública ao ridículo, açoite e pela marcação com ferro, (FOUCAULT, 1993, p. 30-31). É dizer, a pena se materializava em toda forma de destruição do corpo do condenado e na produção do exemplo por meio da ostentação do sofrimento.

Nesse contexto, autores como John Howard, Bentham e Beccaria propugnaram a reforma no conjunto das técnicas punitivas e a defesa de valores humanistas aplicáveis a todo o sistema de justiça penal, no que ficou conhecido pela doutrina como "Período Humanista do Direito Penal" (DE PAULO, 2009, p. 163).

John Howard (1725-1790) concentrou suas preocupações sobre o cárcere na Inglaterra e suas condições. Defendeu a construção de prisões adequadas à satisfação das necessidades elementares dos detentos, como as de higiene, alimentação e assistência médica. Insistiu na separação dos presos pelo tipo de prisão (provisória, definitiva ou por dívida), pelo sexo e pela idade, e na criação de um cargo público externo à administração do presídio com a função de fiscalizá-lo (BITENCOURT, 2016, p. 86).

O também inglês Jeremy Bentham (1748-1832) externou seu utilitarismo por meio das funções preventivas da pena: para o autor, a crueldade não deveria ser um fim em si mesmo, mas deveria cumprir o objetivo de evitar o cometimento de novos delitos, tanto por parte do condenado quanto por parte da população em geral. É dizer, a pena deveria assumir, além do caráter retributivo, a característica de reabilitação do preso (BITENCOURT, 2016, p. 88).

"Dos Delitos e das Penas" (1764), obra do italiano Marquês de Beccaria, longe de ser original em sua temática, reuniu ideias defendidas por Montesquieu, Rosseau, Voltaire e Locke. Associou em um texto claro, de linguagem popular, as correntes contratualista e utilitarista, com vistas a emprestar base prática à ação legislativa (BITENCOURT, 2016, p. 84). A obra é considerada um marco que dá início ao Direito Penal Moderno e sua Escola Clássica (WOLKMER, 2005a, p. 97). Ao concentrar seu pensamento em torno dos princípios da legalidade, da anterioridade da lei, da ética na produção das provas, da proporcionalidade, da crítica à tortura e às penas cruéis, da violação da ordem estatal representada pela figura do rei (WOLKMER, 2005a, p. 99), Beccaria conformou toda sua inspiração humanista na forma do que se conheceu, mais tarde, de garantismo penal (FERRAJOLI, 2002). É dizer, racionalização, utilidade da pena, certeza jurídica, garantia e liberdade do indivíduo (DE PAULO, 2009, p. 172) constituem, em síntese, a base humanista do direito penal moderno, que se sistematizou na forma do garantismo penal, este compreendido como um complexo de axiomas ou direitos fundamentais que se ergue contra o abuso do poder estatal.

3 A PRÁTICA ANTI-HUMANISTA

Embora a origem moderna do direito penal tenha suas raízes no humanismo, a prática que lhe sucedeu, no mundo ocidental, revelou-se anti-humanista. O funcionamento do conjunto de instituições que passou a compor o sistema de justiça penal retributivo limitou em demasia a influência garantista daquele humanismo, e o agir das polícias, dos órgãos de fiscalização da lei, do judiciário e, sobretudo do cárcere se mantiveram a sua margem.

Mesmo com a guinada humanista do iluminismo penal quanto à finalidade e a forma de aplicação da pena, a técnica fundamental de que se valia o Estado, desde o Absolutismo, para cumprir as funções da pena, permaneceu a mesma. O medo da reprimenda, ou seja, o impacto contramotivador sobre o espírito continuou sendo o verdadeiro motor da retribuição do delito. O cálculo iluminista da proporcionalidade da pena (e do medo, consequentemente) compatível com a ofensa, previsível e verificável na lei penal, mesmo revelando-se como um avanço no campo da política criminal de então, não significou, contudo, a eliminação do que havia de essencial na técnica punitiva absolutista.

Embora Beccaria tenha defendido que os delitos também se preveniriam com o estudo das ciências, com a educação – capaz de suprimir a obediência cega – e com a criação de órgãos colegiados de magistrados que evitassem a corrupção, em verdade, a finalidade da pena, dentro da órbita do sistema penal, se cumpriria efetivamente através da edição de leis claras e simples e principalmente do temor que delas se deduzisse (BECCARIA, 1999, p. 129). Fato é que, mesmo após a influência humanista do iluminismo, sanção penal, sofrimento e medo insistiram em caminhar lado a lado.

No século XIX, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e sob a influência da escola positivista científica, a pena agregou uma nova função: a de transformação útil do condenado. A partir de Lombroso, Ferri e Garofalo, o pensamento punitivista retributivo passou a concentrar-se sobre a figura do criminoso, e não mais sobre o crime e seus efeitos deletérios na sociedade. Enquanto que para a escola clássica liberal, o crime era resultado do livre arbítrio, no positivismo o crime era consequência da ação de indivíduos desviantes, antissociais e perigosos, ou seja, de sujeitos naturalmente criminosos. O indivíduo criminoso, sendo um espécime diferente do não-criminoso, merecia então ser modificado (BARATTA, 2002, p. 31), adaptado, convertido em corpo dócil (FOUCAULT, 1993) a fim de ser aproveitado como um agente social produtivo.

Diferente da política absolutista de terror e eliminação de corpos, o cárcere, dentro da lógica positivista, torna-se uma instituição central para o modelo retributivo moderno: a pena converte-se num conjunto sistematizado e racional de coação e de disciplina. O presídio surge como laboratório onde não só se modificam pessoas, mas onde se fabricam pessoas (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 214). No momento histórico em que se inscrevem os modelos prisionais da Filadélfia e de Auburn (MELOSSI; PAVARINI, 2006), o corpo do condenado ganha importância para a composição da força de trabalho e sua eliminação se torna inútil ao mercado. A integração social, neste estágio de acumulação capitalista, passa a ser de suma importância para a lógica econômica. Nos dois modelos prisionais, a

transformação do apenado em proletário é imprimida graças a introdução de três elementos até então exteriores à rotina militarizada do cárcere: a educação, a religião e o trabalho. Esses três novos componentes, atrelados a uma rígida disciplina interna, foram capazes de criar um ambiente institucionalizado de sujeição física e moral (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 222-223). Apesar dos esforços, tais modelos nunca atingiram as metas de reeducação, reinserção social ou transformação positiva dos presos (BARATTA, 2002, p. 183).

A partir dos anos 60 do século XX, com o advento do neoliberalismo e o fim do Estado de Bem-Estar Social, o discurso integrador da pena privativa de liberdade esgotou-se. Wacquant (2007) assinala que ao Estado Social sucedeu o Estado Penal, um modelo político adotado nos Estados Unidos e replicado por todo o globo[8], que resultou na hiperinflação da legislação penal, na política de ampliação dos limites das penas, e na superpopulação carcerária[9]. Autores como De Giorgi demonstram a tendência atual do sistema punitivo de criminalização da pobreza e mesmo de "inibição de processos de interação" (DE GIORGI, 2006, p. 105) entre grupos populacionais antagônicos, assim considerados em função dos graus de periculosidade e ajuste social.

A práxis punitiva levada a cabo pelas instituições, lastreada no direito penal positivo, tem implicado no exercício da função extraoficial de controle da multidão e de exclusão de formas de vida que o Estado, seguindo a lógica de mercado, não pretende mais acolher ou tornar úteis: o indivíduo, o homem, por esta ótica, é visto como excesso negativo (DE GIORGI, 2006). Zaffaroni (1991), ao referir-se sobre a situação da práxis penal na América Latina, destaca que o exercício de poder dos órgãos penais nesta região "opera com um nível tão alto de violência que causa mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares" (ZAFFARONI, 1991, p. 13). O autor chega a afirmar a carência total de racionalidade da pena, que se resume, na sua visão, à "inflição de dor sem sentido", segundo um modo de operacionalização real em dissonância com os discursos jurídico-penais (ZAFFARONI, 1991, p.12).

---

[8] Sobre o tema, o artigo de De Giorgi intitulado "Neoliberalismo e Controle Penal na Europa e nos Estados Unidos: a caminho de uma democracia punitiva?" disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/13/showToc>.

[9] Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias publicado em dezembro de 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional e pelo Ministério da Justiça, o Brasil experimenta uma tendência de aumento "preocupante" das taxas de encarceramento. O país ocupa a quarta posição no ranking mundial de número absoluto de presos. Dos mais de 600 mil detentos, 40% estão presos antes mesmo da decisão definitiva, mais de 60% são negros, mais de 50% são jovens e menos de 10% concluíram o ensino médio. Enquanto a taxa mundial de encarceramento é de 144 presos por 100 mil habitantes, a brasileira ultrapassa o patamar de 300. Ainda, apresenta um déficit de mais de 250 mil vagas, o que equivale a uma taxa de ocupação de 167% dos presídios nacionais.

Em julgado recente[10], o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro. Admitiu que no sistema prisional do país tem ocorrido a violação generalizada de direitos fundamentais, no que toca à dignidade, higidez física e mental de seus internos. Assumiu expressamente que as penas de privação de liberdade têm se convertido em penas cruéis e desumanas, transgredindo diversas normas de âmbito nacional e internacional (a exemplo da Convenção contra a Tortura, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos). Nos termos da decisão do STF, especificamente do voto do relator Min. Marcos Aurélio, segundo investigações realizadas:

> [...] o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia. A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, p. 3-4).

O sistema de justiça penal retributivo, quanto ao seu exercício e quanto a sua práxis, é anti-humanista: primeiro porque o funcionamento de suas instituições viola a dignidade humana, segundo porque se mostrou incapaz de realizar as metas do contratualismo e utilitarismo iluministas. Enquanto expressão do Estado, o sistema penal moderno não foi capaz de proteger a liberdade dos indivíduos, tampouco de fazer da pena um instrumento útil para a coesão social.

4 PRINCIPIOLOGIA RESTAURATIVA E RUPTURA

A justiça restaurativa, enquanto sistema teórico, nasceu entre as décadas de 70 e 80 a partir de experiências em comunidades nos EUA e no Canadá, como resposta às limitações da justiça penal retributiva e às necessidades, sobretudo das vítimas de atos ilícitos. Embora seu marco teórico date somente do século passado, sua matriz cultural é tão antiga quanto a história da humanidade (ZEHR, 2012).

[10] ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09/09/2015.

Sua conceituação não é simples ou unívoca: justiça restaurativa não corresponde a um modelo particular de justiça, a um programa ou projeto específico, ou menos ainda a um paradigma consolidado (ZEHR, 2008, p. 169). Consiste, antes de tudo, num conjunto de princípios, que tem como centro orbital as necessidades das vítimas (necessidade de informação, empoderamento e reparação) das comunidades (necessidade de construção de um legítimo senso comunitário) e a autêntica responsabilização dos ofensores (compreensão e assunção efetiva das consequências de seus atos com vistas à reintegração social). Pressupõe a noção de conflito como elemento constitutivo das relações humanas e, portanto, como motor de mudanças. O conflito, visto através da lente restaurativa, se revela na forma de oportunidade de transformação profunda e construtiva da relação humana, e não na do mal que deve ser extirpado (LEDERACH, 2012).

Em última análise, a justiça restaurativa pode ser definida como um processo cujas metas são: recolocar as decisões-chave nas mãos daqueles que realmente foram afetados pelo crime; promover uma justiça curativa; e reduzir a probabilidade de futuras ofensas (ZEHR, 2012, p. 49). Sua axiologia engloba princípios e valores segundo os quais (ZEHR, 2012): a) o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos, e não de normas ou de entes abstratos; b) a violação gera obrigações e não culpa; c) as obrigações têm como destinatários o ofensor e a comunidade, e como beneficiários as vítimas; d) o processo restaurativo deve ser colaborativo, inclusivo e resultar em decisões consensuais, distinto do processo adversarial e impositivo; e) todos os indivíduos, mesmo considerando a diversidade que os distinguem (de credo, de cultura, de gênero, etc.), estão interconectados entre si e ao mundo através de redes de relacionamento.

Nesse sentido, do ponto de vista de uma dialética dos modelos de justiça penal, a justiça restaurativa rompe com o paradigma retributivo, no que diz respeito tanto a seu marco teórico-político e ao seu instrumental de ação baseado no Estado, quanto aos fundamentos teóricos do crime como violação da norma; da pena como consequência do crime; e da culpa como justificativa dogmática da pena.

5 HUMANISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA

O humanismo sob o qual se funda a justiça restaurativa não é o humanismo renascentista do século XVII ou o iluminista do século XVIII. Não corresponde à vontade política de uma classe econômica emergente; tampouco expressa um ideário liberal-individualista. Não se atrela a um movimento centrípeto do Estado, ou à separação deste da

Igreja e a toda carga de rejeição ao conhecimento religioso que a acompanha. Esse humanismo não preenche um paradigma civilizatório moderno, marcado pela supremacia da razão dedutiva e da ciência (WOLKMER, 2005b, p. 85-86). Na verdade, conforma um processo lento e gradual de ruptura e síntese histórica, que tem suas raízes formais naqueles séculos, mas que manteve sua marcha de acordo com as vicissitudes da sociedade e da própria modernidade.

Pode-se afirmar que os processos e práticas de justiça restaurativa propõem um novo humanismo, relacionando-se com sua ideia geral – a de emancipação do homem – mas emprestando-lhe outro conteúdo, verificável sob quatro aspectos distintos e interdependentes: a) os princípios restaurativos convergem para o homem, como um fim em si mesmo; b) a justiça restaurativa atualiza a noção humanista de emancipação; c) o "humanismo restaurativo" também possui uma racionalidade própria, mas dialógica, não dedutiva; d) o "humanismo restaurativo" não é a negação do garantismo penal, mas sua síntese dialética.

a) Os princípios da Justiça Restaurativa convergem para o humanismo, posto que o homem é efetivamente considerado como centro de sua práxis. Essa consideração se expressa na medida em que: a1) o delito é concebido como violação das relações humanas e não da lei ou do Estado; a2) o foco das práticas restaurativas se desloca da punição para as necessidades das pessoas envolvidas no delito; a3) o resultado restaurativo tende a empoderar as pessoas, atribuindo-lhes responsabilidade ativa.

a1) O delito é uma violação de relações humanas e não da lei ou do Estado: a justiça penal retributiva, ao considerar o delito uma violação formal da lei, alude ao humanismo apenas abstratamente, na medida em que põe no centro de suas atenções não o homem, mas a norma. Do ponto de vista das instituições penais, o foco de suas atividades rotineiras corresponde em grande medida ao cumprimento de metas internas. Suas preocupações tendem a recair sobre a manutenção e desenvolvimento das próprias instituições e dos planos de carreira de seus membros. A preocupação com a salvaguarda dos direitos dos indivíduos no mais das vezes é apenas uma de suas atribuições, função quase atípica ante a força das demandas internas (CELIS; HULSMAN, 1993 p. 59).

O delito, enquanto conflito (LEDERACH, 2012), é parte da natureza humana. Como tal, é elemento normal, que se refere à própria condição do homem no mundo. Sendo assim, as diversas situações-problemas a que todos os seres humanos se sujeitam ao longo de suas histórias particulares devem ser encaradas - não evitadas ou extirpadas - e transformadas positivamente. O delito envolve pessoas reais, com necessidades reais e sentimentos reais. Logo, para a justiça restaurativa, o "fazer justiça" implica a reparação efetiva dos danos

sofridos pela vítima, tanto concreta como simbolicamente (ZEHR, 2012, p. 35), e a satisfação de suas necessidades.

a2) O foco das práticas restaurativas se desloca da punição para às necessidades das pessoas envolvidas no delito: se o crime é a violação da lei e do Estado, a consequência para tal violação, aferida a culpa do réu, é a punição, via de regra. O exercício das atividades policiais, judiciárias e da administração carcerária concentra-se na apuração do evento delitivo, na busca pela verdade formal deduzida das provas, mantendo sempre no horizonte a pena, como fechamento do arco processual. Para a justiça retributiva importam quais leis foram infringidas, quem as infringiu e qual pena o ofensor merece (ZEHR, 2012, p. 33). Pela ótica restaurativa, o delito é a violação de pessoas e relacionamentos, e dessa violação surgem obrigações. Disto decorre saber quem sofreu os danos, quais são suas necessidades e de quem é a obrigação de suprir essas necessidades (ZEHR, 2012. P. 33).

a3) O resultado restaurativo tende a empoderar as pessoas, atribuindo-lhes responsabilidade ativa: a história do sistema penal retributivo se confunde em boa parte com um processo histórico de criminalização, "ativado por estereótipos e preconceitos da polícia e da justiça" (BARATTA, 2002). A seletividade penal, a distância social e linguística entre os membros de poder e os acusados, a distribuição desigual de identidades sociais são elementos que compõe o processo de estigmatização do indivíduo, e consolida um outro processo de exclusão social que se inicia na órbita da política econômica capitalista (BARATTA, 2002, p.16). Nesse sentido, a práxis penal moderna, baseada no cárcere, historicamente tem ofendido os princípios humanistas que lhe dão suporte filosófico. A justiça restaurativa, ao contrário, tende a "mostrar uma face humanista e humanizadora tanto em relação à vítima (ao ouvi-la e dar-lhe alguma resposta em relação aos danos que sofreu)" (BESTER, 2013, p. 6389) quanto em relação ao infrator (ao estimular a responsabilidade ativa).

A noção de responsabilidade ativa se constrói a partir da ideia geral de que todos os homens, a par de sua vontade, compartilham da condição humana, e integram, portanto uma mesma comunidade universal de interesses fundamentais idênticos. Para Zehr (2008, p. 41) a "verdadeira responsabilidade" inclui a compreensão das consequências humanas advindas de nossas ações e a assunção desses resultados com o objetivo de corrigir a situação problemática, participar ativamente na construção da solução e reparar os danos. Para Morris (2005, p. 443) o empoderamento que se dá segundo os critérios restaurativos implica oferecer tanto à vítima quanto ao ofensor um sentimento de inclusão e de satisfação, além da oportunidade de participação de ambos no processo decisório, e a adequada e significativa responsabilização e encorajamento deste último quanto à reparação dos danos. Essa

oportunidade de participação na decisão visa atribuir aos indivíduos um status de cidadania também ativa, responsável, ao fomentar a autonomia das partes na solução dos conflitos. Nesse processo de interação, vítima e ofensor são incitados a considerar-se mutuamente, deixando de ser meros destinatários de uma regra que lhes é estranha, tornando-se, assim, seus autores (MELO, 2005, p. 62). Do ponto de vista das comunidades e do Estado, estes também são chamados a responsabilizar-se. Melo (2005, p. 68) destaca que

> Para além das obrigações negativas, de não causar prejuízo a outrem ou satisfazer o prejuízo causado, o que se encontra em questão é a consagração de obrigações positivas, pensadas na interdependência que marca a relação das pessoas em conflito e que são chamadas ao estabelecimento de compromissos. É aí que se rompe o limite liberal a que se vincula o sistema kantiano, fundador do modelo retributivo.

Nesse contexto, a comunidade e, sobretudo o Estado, devem fornecer recursos e concretizar direitos que porventura se liguem à ocorrência das situações-problemas:

> A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas – ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa forma, seu objetivo é restituir à vítima a segurança, o autorrespeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas conseqüências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais, e não a preponderância de uma cultura sobre outra. (MORRIS, 2005, p. 441)

b) A Justiça Restaurativa atualiza a noção humanista de emancipação do homem: o humanismo renascentista foi um movimento de emancipação do homem com relação ao pensamento teológico dominante. A filosofia de Descartes trouxe a subjetividade e a consciência para o centro dos debates em franca contraposição ao pensamento escolástico, baseado no estudo do mundo como obra divina, imutável e eterno. Sua obra foi proscrita em determinados círculos ante o grau de animosidade que suas ideias causaram. Antes dele, Giordano Bruno já havia ardido na fogueira por defender ideias semelhantes. (DESCARTES, 2001, p. XXXVI). Galileu e Maquiavel completaram um grupo de pensadores renascentistas que reuniam em comum a convicção na necessidade de emancipação do homem que se daria através do abandono da tradição religiosa. O humanismo iluminista, por sua vez, quis emancipar o homem da arbitrariedade política do Absolutismo, da voluntariedade monárquica sem limites racionais.

O humanismo a que se vincula a prática restaurativa também pretende a emancipação do homem. Contudo, o contexto em face do qual se levanta é o do sistema penal retributivo e

da burocracia estatal, do exercício positivista dogmático na aplicação da lei sem considerar as consequências irracionais de seu sistema jurídico. A prática penal moderna foi tomada novamente pela irracionalidade. Não a irracionalidade da visão transcendental religiosa, mas da irracionalidade burocrática positivista. A justiça restaurativa propõe a aplicação de metodologias capazes de, em última análise, emancipar o homem de um projeto político penal de exclusão, onde "a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, [...] e a destruição de relações horizontais ou comunitárias" não se apresentam como "características conjunturais", mas "estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais" (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

c) A justiça restaurativa se baseia numa racionalidade dialógica, não dedutiva: é dizer, a lógica restaurativa, tendo em vista a estrutura anti-humanista do cárcere e o resultado normal de estigmatização do processo penal e da pena, propõe soluções e exige uma modificação da forma de aplicação do Direito, de um modo de

> [...] aplicação do direito fundado na lógica dedutiva, em que, de uma premissa maior fundada na descrição da conduta típica, passamos à menor, a prática de uma conduta infratora àquela prescrição para concluir inexoravelmente pela punição, para o espaço do diálogo, da contraposição discursiva e retórica (MELO, 2005, p. 63)

É, no dizer de Melo (2005, p. 68) um "racionalismo" distinto do racionalismo como se concebe na tradição renascentista e iluminista, que

> não se feche às diferenças, ao dinamismo da vida, às mudanças e às tensões envolvidas em toda mudança, sobretudo uma paz que feche os olhos às questões sociais de um país como este: uma paz que repudie a violência, mas não as oposições e os conflitos de interpretações, não as demandas outras por justiça, social inclusive [...]

O pensamento restaurativo considera os envolvidos no conflito segundo a premissa maniqueísta e ficcional das partes antagônicas do processo. Não enxerga também o fato delituoso como um evento estático, isolado, mas como um evento dinâmico, que teve uma origem histórica complexa, e que sob ela subjaz uma relação de interesses interpessoais também complexa, irresolúvel com a simples aplicação de uma pena. Disto decorre que a noção de situação-problema passa a ser fundamental para a interpretação dos fatos, na medida em que pode orientar uma compreensão integral da relação infrator-vítima, "evitando a reconstrução das técnicas da prova e do inquérito como verdades jurídicas acabadas e a tomada de decisões centralizadoras e punitivas". (PASSETI, 1999, p. 62)

d) Embora o humanismo deduzido do modelo restaurativo de justiça não se confunda com o garantismo penal, ou seja, com o humanismo iluminista, não se pode sustentar que o negue inteiramente. Pelo contrário, pode-se afirmar que o "humanismo restaurativo" é a evolução – ou síntese dialética - do humanismo iluminista, não seu oposto. Importa recordar que a justiça restaurativa, bem como toda sua base filosófica, surge como uma "reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional", e ao fracasso do sistema penal retributivo em "responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades das vítimas" (MORRIS, p. 440-441). Nesse sentido, o humanismo restaurativo ao tempo em que rompe com o paradigma retributivo, com seu humanismo abstrato (CHAVES, 2005, p. 250), esgotado enquanto instância legitimadora de uma prática penal reconhecidamente irracional e deslegitimada (ZAFFARONI, 1991), propõe, como resultado de uma dinâmica dialética, um novo humanismo. Longe de se contrapor ao garantismo, as práticas restaurativas não implicam a ausência total de regras de procedimento, ou a desnecessidade de proteção de direitos fundamentais. Ao contrário, invariavelmente, essas práticas são lastreadas, ainda que com flexibilização de alguns institutos do processo convencional, em orientações, manuais de atuação, regulamentos, resoluções[11] e leis de observância obrigatória (MORRIS, 2005, p. 444). Não é inútil repisar que o *locus* natural de inocuidade e neutralização do garantismo é o próprio sistema penal retributivo e não outro: o garantismo é um modelo ideal, um conjunto de técnicas de legitimação dos sistemas penais concretos, das práticas penais legislativa, administrativa e judicial. Justamente, "o problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático" (FERRAJOLI, 2002, p. 57).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento iluminista do século XVIII, inspirado pelo movimento renascentista do século XVII, representou um avanço para a filosofia do Direito Penal. Com a contribuição de pensadores como Howard, Bentham e, sobretudo Beccaria, o humanismo passou a compor definitivamente o discurso juspenalista moderno. À racionalidade penal vinculou-se a ideia-chave de limitação do poder do Estado em razão da dignidade humana, do respeito ao

[11] À guisa de exemplo, as Resoluções 12/2002 da Organização das Nações Unidas, que dispõe sobre os princípios básicos para utilização de programas restaurativos em matéria criminal e 225 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõem sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, ambas aplicáveis às práticas restaurativas no Brasil.

indivíduo, e do reconhecimento de seu valor intrínseco. A obra, “Dos delitos e das penas” não só condensou a base teórica e ideológica de seu tempo, mas também reuniu a essência daquilo que mais tarde veio a ser conhecido por garantismo penal (FERRAJOLI, 2002).

Entretanto, o exercício de poder que sucedeu esse período, revelou a incapacidade dos sistemas penais reais de converter toda a carga humanista que lhe inspirou, na forma de uma política concreta de respeito aos direitos fundamentais e de emancipação do indivíduo. A pena privativa de liberdade, operacionalizada por meio do cárcere, assumiu funções que dizem respeito mais à política econômica capitalista que ao discurso oficial de ressocialização. O humanismo passou a ser apenas uma referência distante e abstrata, de caráter meramente alegórico, sem força de atuação concreta. Contemporaneamente, a perda da legitimidade da práxis penal (ZAFFARONI, 1991) se traduz pelo grau de violência com que operam as instâncias penais, e com a desvinculação entre a função de integração social e a pena.

Ante esse cenário, surge a justiça restaurativa, calcada em princípios como a autonomia, o respeito pela alteridade e diferença, o empoderamento, o diálogo, a construção participativa das decisões que importem na solução do conflito penal. Nesse sentido, a justiça restaurativa propõe um novo humanismo, revitaliza sua base de justificação e concretiza a função emancipatória que cabe ao Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à crítica do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BESTER, Gisela Maria. Cultura de Paz, Justiça Restaurativa e Humanismo com vistas ao resgate psíquico da vítima e ao não encarceramento: ainda uma ode à busca da paz social com dignidade – cuidando do antes para evitar o durante e o depois tradicionais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, Ano 2, n. 7, 2013, ISSN: 2182-7567. P. 6375-6433.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 09 nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF, Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF nº 798, 07 a 11 de setembro de 2015. 09 de setembro de 2015.

BRASIL. **Ministério da justiça**. Departamento penitenciário nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, dez. 2014. Disponível em: < file:///C:/Users/Rubens%20Lira%20Barros/Desktop/Concurso%20Juiz/Mestrado%20UFS/Trabalhos%20Acad%C3%AAmicos%20do%20Mestrado/Direito%20ao%20Desenvolvimento%20e%20Fraternidade/Infopen_dez14.pdf>. Acesso em 25 nov. 2017.

CELIS, Jacqueline Bernat de. HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1993.

CHAVES, Leonardo Rossano Martins. Filosofia jurídica brasileira e humanismo dialético. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005, p. 249-261.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU. Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. **Organização das Nações Unidas**: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>. Acesso em: 09 nov. 2017.

DE PAULO, Alexandre Ribas. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. In: RI JUNIOR, Arno Dal. et al. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.155-202.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. SLAKMON, Catherine. PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

DE GIORGI, Alessandro De. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. Neoliberalismo e controle penal na europa e nos estados unidos: a caminho de uma democracia punitiva?. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, Fev. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/128>. Acesso em: 25 Nov. 2017.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquela Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**: 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____. HASSEMER, W. (Org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**.Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkina, 2002.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

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: DE VITTO, Renato Campos Pinto. SLAKMON, Catherine. PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005, p. 53-78.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: DE VITTO, Renato Campos Pinto. SLAKMON, Catherine. PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005, p. 439-472.

PASSETI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. **São Paulo em Perspectiva**. v. 13, n. 3, jul-set de 1999, P. 56-66. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/index.php?men=rev&cod=3079>. Acesso em: 28 nov 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2008.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-28, jan. 2005a. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15182>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____, Antonio Carlos. O Direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005b, p. 85-104.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.