



O ABOLICIONISMO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: MODELOS LASTREADOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS

Flora Deane Santos Ribeiro

Mestre do Mestrado Profissional em Segurança Pública, justiça e cidadania da Universidade Federal da Bahia. Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Professor Doutor e Mestre integrante do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS/BA e da graduação da UFBA e UNEB.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade primordial a análise da concretude dos direitos fundamentais e humanos para o desenvolvimento do abolicionismo penal e da justiça restaurativa no Brasil. Para tal parte-se, portanto, da hipótese de que o abolicionismo e a justiça restaurativa são teorias e procedimentos que encontram resistência no Brasil, devido à latente dificuldade na concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no País, notadamente em face do cenário de grave vulneração ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, utiliza-se a abordagem qualitativa, tendo como sedimento a técnica do estudo bibliográfico, a fim de analisar as possíveis contribuições do abolicionismo penal diante da lógica carcerogênica aqui exercitada e analisa-se, também, a natureza, a finalidade e os instrumentos da justiça restaurativa. Ao final, abordam-se os direitos fundamentais e humanos na perspectiva de eficácia para difusão de práticas abolicionistas e restaurativas.

Palavras-Chave: Abolicionismo penal. Justiça restaurativa. Direitos fundamentais. Direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a implementação de modelos novos e diferentes dos que existem no cenário hodierno na esfera do Direito Penal tornou-se importante para o convívio mais saudável entre os indivíduos. A explosão da criminalidade e a violência, somadas ao inegável

fenômeno complexo da crise do sistema punitivo, têm gerado sucessivas perplexidades no que tange a habilidade do homem em não zelar e não respeitar a dignidade da pessoa humana.

Diversas circunstâncias representam os sintomas terminais do modelo atual de sistema punitivo, dentre elas: o esgotamento dos discursos de justificação da pena; o desmonte da estrutura do “bem estar penal” (*penal welfare*) na prestação de serviços direcionados à reinserção social do preso; a vertiginosa ampliação das taxas de encarceramento; o reconhecimento, pelas agências punitivas, da violação do direito dos apenados; o surgimento e fortalecimento do discurso autoritário de fundamentação da pena, exigindo dos operadores do Direito a proposição de alternativas reais para a resolução de conflitos na seara criminal. Estes são alguns dos exemplos de fenômenos percebidos e que levam à reflexão sobre o definhamento do modelo tradicional de justiça criminal.

Outros sintomas da crise do sistema punitivo são: a falta de efetividade na pacificação social; a seletividade do sistema penal, de cunho eminentemente social e racial; a reprodução de violências no âmbito penitenciário, com a notória incapacidade de reintegração social do apenado. Todo este cenário justifica o vislumbre de efetivação prática de modelos que possam modificar positivamente este quadro social e conduzir os indivíduos a uma posição de maior empoderamento e melhor convívio nas relações cotidianas.

O conflito existe, as situações problema também e o Direito Brasileiro tem se debruçado sobre as teorias e práticas executadas em outros países a fim de visualizar a possibilidade de adequação dos modelos abolicionistas e restaurativos destes à realidade brasileira, como forma de melhor e mais valiosamente responder aos anseios da sociedade. Nesta pesquisa, pode-se afirmar que a Lei nº 9.099/1995, a qual versa sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com o foco de leitura e interpretação da realidade aqui considerada, veio para expandir os horizontes não punitivistas dentro da lógica criminal.

Todavia, o Poder Judiciário tradicional, com sua forte inclinação para a especialização, profissionalização e burocratização dos instrumentos da justiça criminal, conseguiu transformar a aplicação prática da Lei nº 9.099/1995 em conteúdo engessado, paralisado, desconsiderando a fundamentação advinda dos direitos fundamentais e humanos que envolvem o manejo das relações vítima-ofensor. Isso é dito, pois é observada a preocupação com a celeridade e a redução do volume de demandas que migrariam para o júízo comum, esquecendo, pois, da recomposição no seu sentido amplo (*lato sensu*).

Nesta senda, o problema desta pesquisa volta-se para a indagação: “O abolicionismo penal e a justiça restaurativa são teorias e procedimentos que encontram resistências no Brasil, pois há uma dificuldade em se concretizar os direitos fundamentais e direitos humanos

no país?”. Para atender a tal intuito, utiliza-se a abordagem qualitativa, ancorada pela técnica de pesquisa do estudo bibliográfico.

O primeiro momento será dedicado à exposição sobre o abolicionismo, suas nuances e perspectivas, enquanto uma das possibilidades construtivas para o Direito Penal. O momento seguinte adentra na temática da justiça restaurativa e suas características, das contribuições desta prática no cenário atual, bem como das suas limitações. O terceiro momento trará a tona o diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos rumo à propagação dos modelos acima citados. E, por fim, serão expostas as considerações finais e possíveis contribuições para essa temática tão pungente e exigente de reflexões contundentes e persistentes.

2 O ABOLICIONISMO PENAL ENQUANTO ALTERNATIVA POSSÍVEL NO DIREITO PENAL

Não há como tratar do abolicionismo penal sem situar essa temática no contexto do sistema de justiça criminal. O abolicionismo penal surgiu como uma dentre várias alternativas que buscam a modificação, ou até mesmo a superação, do sistema de justiça criminal. Impondo-se, dessa forma, frente aos altos índices de encarceramento, cuja lógica não se traduziu em uma maior segurança às pessoas, visto que ainda convive-se com percentuais elevados de criminalidade.

O sistema de justiça criminal é constituído pelos órgãos que compõem as esferas de poder, dentre eles tem-se: as polícias, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e as penitenciárias. Esse complexo sistema é encarregado de manter o controle social formal, mas não o faz sozinho, operando junto ao controle social informal representado pela família, escola, mídia, religião, moral, informática e mercado de trabalho (ANDRADE, 2004).

O sistema de justiça criminal fomenta uma posição polarizada entre o bem (vítima) e o mal (autor do delito), sendo a pena o castigo adequado a fim de reparar o mal praticado. O mal está no outro, ou é o outro. Portanto, nessa ótica, é preciso extirpar o mal para o bem de quem é bom, restando aos diferentes, isto é, aos desviantes, a punição (ANDRADE, 2006).

Desde a infância existe a compreensão do castigo como modo de reparação de um mal praticado. O castigo é legitimado como um direito a ser usado em desfavor de quem transgride uma regra. "O circuito punitivo se faz e refaz em torno da noção de prevenção, que

supõe persuadir as pessoas a não cometerem determinados atos com base na aplicação do castigo. Funda-se, com isso, uma ontologia do crime” (PASSETTI, 1999, p. 61).

Contudo, ocorre que o caminho percorrido até a aplicação da pena, e mesmo após a sua aplicação, demonstra o quão seletivo o sistema é, e que a impunidade é a regra (ANDRADE, 2006). A seletividade se manifesta em vários momentos, o sistema é seletivo na definição do que considera como crime, na investigação dos atos tidos como delituosos, ao processar o suposto infrator e ao condená-lo. Ou seja, todas as fases em que o sistema de justiça criminal atua, ele o faz por meio da seletividade. O sistema de justiça criminal, de certo não se destina a todos indistintamente e nem poderia (ANDRADE, 2006), uma vez que se pauta no racismo e na segregação de classe sócio-econômica.

O sistema de justiça criminal, ao contrário do que é por ele declarado, não se destina a ser justo, ele é injusto pela sua própria natureza. Assim, o sistema judicial criminal não protege, nem produz uma resposta que atenda efetivamente aos reais interesses da vítima, como descrito por Passetti:

A história do sistema penal é a história das injustiças contra presos, dos erros judiciários, da economia das penas, da transformação da vítima em testemunha, das múltiplas revisões. Nela, quase nunca está em jogo a justiça para a vítima. Não se investe na sua indenização, mas na perpetuação do sistema de vinganças, transformando-a em testemunha, parte do inquérito que alimenta e retroalimenta o sistema punitivo custoso e sempre em expansão (PASSETTI, 1999, p. 63).

Ademais, o sistema de justiça criminal faz promessas às quais não cumpre. Promete proteção dos bens jurídicos dos cidadãos por meio do combate a criminalidade, a ser instrumentalizado através de uma pena que, em tese, deve atender à função retributiva, preventiva e ressocializadora, a ser aplicada dentro dos princípios legais. E essas promessas produzem apenas uma eficácia simbólica, que oferece sustentação para a manutenção da lógica deste sistema perverso.

A sociedade, que não sabe o que fazer com os índices crescentes de criminalidade, nem com os infratores, imagina que, se o sistema for melhor administrado, os retornos serão mais efetivos e, com a mesma veemência, consideram que o aumento da penalização é um meio de ampliação da prevenção geral. O infrator, para o entendimento dominante na sociedade, não merece nenhuma preocupação, ele é um inimigo que precisa ser neutralizado por meio de longas penas ou, até mesmo, pela morte (PASSETTI, 1999).

As promessas declaradas pelo sistema de justiça criminal não são realizáveis, visto que a seletividade tem se demonstrado como verdadeiro mote de atuação desta justiça. O

discurso formal defendido e usado pelo sistema não se aproxima da prática e o que se verifica é a construção de uma abordagem seletiva tanto da criminalidade, como do criminoso, esta afetando, em regra, os indivíduos que integram a camada mais vulnerável da sociedade.

O não cumprimento do dever judicial, por parte do sistema de justiça criminal, conduz à atual crise de legitimidade do sistema. Entretanto, ainda assim, ele se sustenta devido à ideologia penal dominante aqui já exposta. Nesta senda, este permanece a realizar a sua verdadeira função não declarada, operando-se, pois, a eficácia invertida (ANDRADE, 2004), isto é, trata-se de um sistema eficiente em romper com as garantias e direitos fundamentais do indivíduo.

Diante dessa análise crítica do sistema de justiça criminal e do entendimento de que o próprio sistema de justiça criminal é um problema, foram desenvolvidas políticas criminais alternativas, as quais, via de regra, deslegitimam as práticas punitivas.

O maior ou menor grau de desligamento do sistema punitivo dará a tônica das políticas criminais alternativas, sendo elas: o Garantismo Penal, modelo teórico-normativo neopositivista, o qual defende as regras do jogo processual penal como forma de tutela dos direitos fundamentais; o Direito Penal Mínimo, movimento prático-teórico que faz emergir políticas de descriminalização, de despenalização, e de descarcerização; o Realismo de Esquerda, perspectiva político-administrativa de gestão do sistema punitivo e das agências de segurança pública por meio da atuação de criminólogos em instituições geridas por partidos de esquerda, visando, com isso, reduzir a seletividade e os danos da criminalização e do encarceramento; e o Abolicionismo Penal, movimento prático-teórico que visa construir estratégias para a superação do sistema penal, das agências e instituições punitivas e da própria linguagem criminalizadora (CARVALHO, 2013).

Neste patamar, vê-se que o Abolicionismo Penal está posto como uma política criminal alternativa, ou ainda, como forma alternativa de resolução de conflitos, sendo percebido como um movimento teórico e social, amplo, flexível e afeito à criatividade. Enquanto movimento social, o abolicionismo reivindica a abolição do sistema carcerário por meio de grupos de pressão integrados por pessoas que possuem experiência prática no campo da criminalização, a saber: presos, egressos do sistema prisional, familiares desses, simpatizantes da causa, técnicos do sistema prisional. Esses grupos estão espalhados por vários países, sendo criados desde segunda metade do século XX.

Ao abolicionismo penal interessa saber como reparar as vítimas e compreender os infratores envolvidos em uma ocorrência tida como delituosa, denominada de situação-problema. Nesta forma de análise, busca-se a conciliação. Sendo assim, tornam-se

equivocados os papéis destinados à vítima e ao infrator no sistema de justiça criminal tradicional, no qual a vítima normalmente é conduzida ao papel de testemunha e o infrator ao papel de réu do processo. Os indícios do delito e o inquérito policial no abolicionismo penal não se traduzem em verdades inquestionáveis (PASSETTI, 1999).

Por seu turno, o sistema de justiça criminal, através da prevenção geral, se consagra pela tentativa de intimidação, pela ameaça da aplicação do castigo. Sendo, assim, um sistema centralizado, autoritário e punitivo. Ademais, permeia entre os integrantes do sistema (juízes, promotores, autoridades policiais, etc) uma mentalidade encarceradora. Contudo, é sabido que a prisão nunca corrigiu, educou ou integrou os indivíduos encarcerados.

O abolicionismo penal, como movimento teórico, comporta diferentes leituras, por isso é mais adequado sua referência no plural – abolicionismos, e não abolicionismo – tendo como principais teóricos: Michael Foucault, na variante estruturalista; Thomas Mathiesen, na variante materialista, de orientação marxista; e Louk Hulsman, na variante fenomenológica.

As várias formas de manifestação dos abolicionismos têm em comum a busca por um novo olhar para o sistema de justiça criminal, o qual está posto como um problema a ser superado através do uso de novas formas de resolução de conflitos diversas da prisão. Para tanto, é preciso uma mudança de paradigma, haja vista a sociedade ter se acostumado com a prisão como sendo a única forma de resolução de conflitos:

Ainda que a abolição reconheça níveis macro e micro mais ou menos acentuados nos diferentes abolicionistas por valorizarem a dimensão comunicacional e simbólica do sistema penal, estão de acordo em que abolição não significa pura e simplesmente abolir as instituições formais de controle, mas abolir a cultura punitiva, superar a organização “cultural” e ideológica do sistema penal, a começar pela própria linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadas e estigmatizantes (crime, autor, vítima, criminoso, criminalidade, gravidade, periculosidade, política criminal etc), que tecem, cotidianamente, o fio dessa organização (pois tem plena consciência de que de nada adianta criar novas instituições ou travestir novas categorias cognitivas com conteúdos punitivos) (ANDRADE, 2006, p. 172).

O reclame abolicionista, pelo novo olhar no atinente ao uso que a sociedade tem dado à prisão, é analisado por muitos como um pensamento utópico, irrealizável, destinado a um futuro distante. Há quem advogue pelas teorias abolicionistas serem belas e nobres, contudo, não serem praticáveis, uma vez que há o enraizamento cultural do uso da prisão como única resposta viável.

O castigo na sociedade é tido como algo natural, está presente nas relações cotidianas. Logo, a prisão é percebida como parte necessária e indissociável da convivência

em sociedade. O abolicionismo penal, por sua vez, questiona essa naturalização do castigo e levanta outras possibilidades de convivência, nas quais a prisão não é o recurso natural para a resolução dos conflitos, muito menos o único (PASSETTI, 1999).

Sendo assim, a ideia central do abolicionismo penal é a substituição da prisão por outras formas de controle. O controle social continua existindo, mas não se materializa por meio da prisão. As diversas propostas de controle diferentes da prisão dão origem aos vários abolicionismos:

Os abolicionistas validam muitas táticas, intra e extra-sistêmicas, desde processos de descriminalização legal, judicial, ministerial, despenalização, transferência de conflitos para outros campos do Direito, como civil e administrativo, modelos conciliatórios (mediação penal de conflitos, conciliação cara a cara), terapêuticos, indenizatórios, pedagógicos (ANDRADE, 2006, p.179).

Não é por acaso que o presente estudo pretende, a partir de então, adentrar na justiça restaurativa, não exatamente como uma vertente abolicionista, mas sim como possível aparato que altere positivamente o estado de coisas atual, abordando suas peculiaridades, características, contribuições e limites diante da lógica carcerária vendida e consumida de modo obstinado nos tempos hodiernos.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUAS PECULIARIDADES

No Direito Penal brasileiro, as inovações legislativas, em particular, a Lei nº 9.099/1995, no âmbito criminal – estruturada para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo – e a Lei nº 9.714/1998 e as alterações posteriores – projetadas para ampliar o rol de sanções restritivas de direitos e não privativas de liberdade – restaram frustradas, apesar de serem ensaios promissores para o engajamento da nova proposição de militância em relação à punição, cuja ideia é exatamente afastar o cárcere como via punitiva quase exclusiva.

Assim, os níveis de encarceramento seguiram uma crescente vertiginosa, ao derredor do discurso otimista em relação às inovações legais (alternativas à prisão-processo e prisão-pena). Na prática, em relação aos Juizados Especiais, o que se viu foi uma ancoragem nas rotinas procedimentais da justiça criminal tradicional, sem o abandono do formalismo e, igualmente, sem a busca por soluções consensuais dos conflitos.

O sentimento de desassistência é inevitável e os efeitos perversos aos que procuram

os órgãos para obter a prestação jurisdicional, isto é, o descuido com as demandas das vítimas, notadamente pela falta de habilidade de mediação e consequente incapacidade de escuta dos atores judiciais, macula a inovação provocada pela implantação das alternativas penais no ordenamento jurídico-criminal.

Nesta seara, os únicos satisfeitos com as resoluções apresentadas pelo sistema punitivo tradicional são os próprios operadores da máquina burocrática judiciária. Isso porque estes operadores se posicionam como pedagogos morais, sendo as pessoas efetivamente envolvidas nas situações problemáticas desprezadas, tendo seus direitos fundamentais violados e suas expectativas frustradas.

Daí, a justiça restaurativa, que tem no Juizado Especial uma possibilidade de existir através das práticas resolutivas e pacíficas, parece evidenciar a necessidade de aprimoramento do sistema de justiça penal para que a comunidade e a estrutura estatal ofereçam e desfrutem não apenas de uma resposta monolítica ao crime, mas também, de um sistema múltiplo, com outras vias adequadas de promoção de respostas para a sociedade, diante da complexidade do fenômeno criminal.

A justiça restaurativa baseia-se na aplicação de um rol de técnicas, nas quais a voluntariedade do infrator e da vítima é essencial para o seguimento da proposta e, quando apropriado, a participação ativa e coletiva de outros membros afetados pelo crime, como sujeitos centrais na construção de soluções, através de consenso, para a cura das feridas, traumas e perdas causados pelo evento criminoso, quando for possível.

Nesse diapasão, Raffaella Pallamolla traz uma contribuição acerca do conceito de Justiça Restaurativa, no qual:

[...] para alguns ela será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção da justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente. (PALLAMOLLA, 2009, p. 47)

Esta aparente miscelânea envolvendo a justiça restaurativa se justifica, pois ela não enxerga o fenômeno criminal de modo simplista e se respalda nos princípios da solidariedade e da responsabilidade para colmatar as consequências advindas da situação-problema. O estudioso Leonardo Sica revela que a justiça restaurativa é um conjunto de práticas em busca de uma teoria, pois propõem que os verdadeiros protagonistas do conflito, a partir de

iniciativas solidárias e comunicacionais, possam reparar o dano causado pelo crime (SICA, 2007).

Como dito em linhas anteriores, a mediação é um processo estritamente voluntário para as partes envolvidas no evento delituoso, com informalidade decorrente do distanciamento das burocracias – que postergam os encaminhamentos e não convalidam as opiniões –, realizado, preferencialmente, em espaços comunitários – sem a carga imponente e, ao mesmo tempo, opressora dos espaços arquitetônicos jurídicos –, com a intervenção de um ou mais mediadores ou facilitadores (MORRIS, 2001).

Podem, ou melhor, devem ser utilizadas técnicas de mediação e de círculo restaurativo para o alcance do resultado restaurador, ou seja, um acordo capaz de suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e de lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Nesse sentido, é importante ressaltar que Organização das Nações Unidas já recomendava o uso destes procedimentos há algumas décadas e que o Brasil não regulamentou a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – por mera geração espontânea. Há sempre um diálogo com toda a dinâmica mundial e as práticas restaurativas adotadas no país ainda não fazem valer as pretensões de especificidade, princípios, valores, procedimentos e resultados sugeridos pela ONU.

Segundo Zerh, o crime é uma violação das relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, e cumpre à Justiça identificar as necessidades e obrigações decorrentes dessa violação e do trauma causado. Incumbe, pois, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e chegarem a um acordo restaurador, como sujeitos prioritários do processo, sendo ela avaliada pela capacidade de fazer com que as responsabilidades advindas do cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado (ZERH, 1999).

Nesta caminhada, é válido ressaltar que o crime é uma conduta descrita previamente em lei, prevista num dado ordenamento jurídico e considerada ofensora a bem jurídico tutelado e salvaguardado pela comunidade em questão, pois um determinado ato humano pode ou não ser considerado criminoso, conforme a sociedade em que se manifesta.

Almeja-se, então, um sistema jurídico-penal que transcenda a ideia de punição, que supere o posicionamento conflituoso, puro e simples, dos sujeitos envolvidos; que caminhe na contramão da seletividade penal, que seja crítico e faça sua própria crítica (BARATA, 2001),

e que não ignore a vítima e as necessidades emocionais desta, que perpassam por todo o conflito.

Contudo, nesta mesma perspectiva, a justiça restaurativa, apesar de essencial, não deve ser pensada como modelo substitutivo ao atual. O modelo punitivo atual deve existir de modo complementar ao emprego da justiça restaurativa, pois não há condição de deixar de aplicá-lo a determinadas condutas, ou melhor, não há como projetar sua dissolução de maneira imediatista.

Aqui, existe uma enorme discussão sobre a viabilidade da operacionalização da justiça restaurativa em casos nos quais ocorre a prática de violência ou grave ameaça, principalmente em situações problemáticas que envolvem o patrimônio da vítima, e, apesar desta discussão não ser o foco deste estudo, essa pesquisa sustenta que só o caso concreto pode permitir o deslocamento para as opções restaurativas, ou não. E é por isso que os operadores do Direito precisam dominar as técnicas e ter um apurado senso ético para empregar da melhor maneira todas as ferramentas já existentes na resolução dos eventos-problema.

Retomando os valores, os procedimentos, os resultados almejados e os efeitos percebidos pela vítima e pelo infrator presentes no paradigma restaurativo, serão contempladas as posições de Renato Sócrates Gomes Pinto, que dará o tom dos próximos parágrafos, quando afirma que o conceito de justiça restaurativa lastreia-se no componente realístico de crime, no qual o ato praticado traumatiza a vítima, causando-lhe danos e, portanto, há aí uma exigência de visão multidisciplinar para resolução deste conflito (PINTO, 2005).

O autor afirma, ainda, que o primado é o interesse das pessoas envolvidas e da comunidade, sendo a justiça restaurativa uma justiça criminal participativa, cuja responsabilidade pela restauração, numa dimensão social, é compartilhada coletivamente e vista prospectivamente, prezando pela interpretação criativa do Direito, para buscar a inclusão e a justiça social no alcance de resultados profícuos (PINTO, 2005).

Quanto aos procedimentos, Gomes Pinto traz uma justiça restaurativa de caráter comunitário, apropriada pelo princípio da oportunidade, no qual a voluntariedade, a colaboração, a informalidade e a confidencialidade viabilizam um processo decisório compartilhado, marcando, assim, a sua multidimensionalidade (PINTO, 2005).

Espera-se, também, com a introspecção dos valores e procedimentos da justiça restaurativa, que haja a responsabilização espontânea por parte do infrator; que exista uma proporcionalidade e razoabilidade das obrigações assumidas no acordo restaurativo, na qual a

reintegração do infrator e da vítima é prioritária, bem como a paz social com dignidade.

Acerca dos efeitos para a vítima, Renato Pinto sustenta que esta deve ocupar papel central no processo, com voz ativa, recebendo a reparação necessária. E em relação ao infrator, este também tem a voz ativa, capaz de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito, sendo envolvido no processo de forma eficaz, pelo emprego das técnicas restaurativas (PINTO, 2005).

Uma vez ocorrido o delito, os melhores momentos para a atuação na justiça restaurativa são pós-acusação e pré-recebimento da denúncia, ou pós-recebimento e pré-sentença. Aqui, assegura-se a necessidade de tutela penal, há informação preliminar apurada com mínimo lastro probatório e são preservadas as garantias dos envolvidos.

Não há ampla acusação, e sim prévia colheita de elementos, com filtro ministerial e encaminhamento voluntário do processo à mediação. Esta será regida pela vontade das partes, as quais chegarão a um acordo com vistas a determinar a responsabilização do ofensor, a reparação simbólica e material da vítima e culminação da reintegração dos laços sociais rompidos pela prática da conduta delitiva. Essa flexibilização que assusta a muitos não representará uma quebra de garantias, mas sim a construção de uma nova garantia ao cidadão.

A culpabilidade passa a ser vista por outro espectro, e sua aparente flexibilização decorre da efetivação do direito dos cidadãos ao processo penal. Sem embargo, “o direito ao processo deve ser concebido como direito, não como obrigação, ou seja: o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo” (SICA, 2007, p. 127).

Isso significa a possibilidade do indivíduo optar pelo devido processo legal em sua configuração tradicional e aflagrada, por consequência ou, voluntariamente, acolher a possibilidade restaurativa, que também guarda liame com o devido processo legal, uma vez que é cercada de regras lastreadas na teoria geral do processo, como afirma a autora Daniela Gabbay em sua tese de doutoramento, e desvencilhar-se da estigmatização inerente ao modelo tradicional de processo penal (GABBAY, 2011).

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS ENQUANTO CONCRETUDE PARA PROPAGAÇÃO DOS MODELOS

Pensar no abolicionismo penal e na justiça restaurativa no Brasil, diante da onda global de desajustes desencadeada pela condução da justiça punitiva nos moldes tradicionais, exige uma reflexão sobre os direitos fundamentais e humanos, sob a perspectiva de eficácia,

para difusão de práticas abolicionistas e restaurativas em sentido amplo. Isso se dá, em particular, porque tais práticas se perfectibilizariam, na realidade concreta, como políticas públicas, gerando tecnologia social, como hoje são interpretadas as atividades restaurativas, especialmente as de cunho comunitário.

A observação da experiência dos Juizados Especiais Criminais proporciona a compreensão sobre a reiterada necessidade de se retomar às questões envolvendo a concretização dos direitos fundamentais e humanos. Esta, que tem sido uma importante vivência do exercício restaurativo no Brasil, até então tem esboçado um resultado inconsistente, uma vez que a máquina judiciária não se debruçou em internalizar eficazmente os direitos fundamentais e humanos contextualizados neste cenário, preocupando-se, meramente, com a celeridade, a economia processual e com a redução do volume de processos previsto para a justiça penal comum.

Nesta senda, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (BOBBIO, 2004). Logo, o problema primordial enfrentado pelo constitucionalismo moderno, focado na teoria dos direitos fundamentais sob os aspectos de fundamentação, positivação e eficácia, encontra-se exatamente na proteção desses direitos e sua efetivação.

O Estado que possui Constituição a encara como um sistema normativo aberto, agregador de regras e princípios refletores dos valores acolhidos pelo povo-nação que o forma. Tal documento jurídico inspira a organização política fundamental, debruçando-se sobre uma vertente social e democrática a partir de duas perspectivas: a jurídica – formal – e a política – material. Portanto, não se trata de um documento jurídico que apenas ocupa um lócus hierarquicamente superior da normatização local (SCHIER, 1999).

É inegável o papel integrador da Constituição, no que tange à formação de consciência política, de modo que a mesma supera a reduzida expectativa de ser, tão somente, uma norma jurídica de procedimento para o Poder Estatal. Não basta a legalização, a legitimação das pretensões populares e a concretização dos interesses programáticos são cruciais. Todavia, a integração só ocorre com a efetiva realização na vida diária (KRELL, 2002).

A realidade social instrui os moldes pelos quais a Constituição é concebida e normatizada. Sendo assim, este sistema aberto de regras e princípios irá estruturar o Estado, estabelecer os limites e objetivos materiais e os fins públicos almejados para conduzir as práticas do Poder Público no sentido da perfeita concretização dos valores consagrados no seu texto. Na Constituição repousam os direitos fundamentais, que em alguns momentos

convergem para os direitos humanos, nos quais se verifica uma busca veemente pela dignificação da pessoa humana. Neste esteio, o Constitucionalismo passou a se preocupar com a abrangência e eficácia dos direitos fundamentais.

Paira, neste particular, a necessidade de se considerar as diversas dimensões dos direitos fundamentais, compreendendo que o nascedouro de cada uma deu-se em épocas e por justificativas históricas distintas, mas que todas elas convivem simultaneamente e mutuamente, e que, por vezes, sofrem retrocessos e retrações variadas, com maior ou menor intensidade, de acordo com as diretrizes político-social e econômica conformadas no local, sem nunca perder a perspectiva, que os fatos regionais têm repercussão global e vice-versa.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem como uma espécie de direitos de defesa para a proteção da vida, da liberdade, da propriedade, diante de um Estado que afrontava a autonomia individual. Neste diapasão, a primeira dimensão buscou e busca a afirmação jurídica da personalidade humana e é difundida uma preocupação com as necessárias limitações, ao Poder Jurídico, de intervenção do Estado na autonomia individual. Nisso é classificada como negativa, pois se volta à abstenção do Estado (ALEXY, 1993).

Também conhecida como dimensão clássica, ou dos direitos fundamentais clássicos, ou direitos de resistência e oposição frente ao Estado, tem como caráter fundante a existência e preservação da autonomia dos indivíduos, através da abstenção do Estado. Aí se aperfeiçoam certas garantias processuais, dentre as quais: o *habeas corpus*, o direito de petição e o devido processo legal.

Dando um salto cronológico e histórico para os dias hodiernos, no que tange ao devido processo legal, muito se pode contribuir, em especial, visto que existem posições que sustentam a inexistência desta garantia nos procedimentos adotados pela justiça restaurativa. E, na contramão destes argumentos, Gabbay traz os liames existentes entre a teoria geral do processo e as práticas utilizadas pelas respostas restaurativas, no sentido de afirmar e defender que tais atos são marcados pela valoração e respeito ao devido processo legal, sem macular esta garantia constitucional (GABBAY, 2001).

Retomando a historicidade das dimensões dos direitos fundamentais, os de segunda dimensão surgem para, em diálogo com o Estado, criar condições para que este, ativamente, contemple a justiça social. Sem sombra de dúvida, o homem precisa ser compreendido para além de sua condição individual. Parece incompatível, pensar que a primeira dimensão pleiteava o aprimoramento da autonomia individual e que agora se busca uma percepção coletivista do homem. Todavia, não há nada de distorcido nesta órbita.

A preservação da autonomia de vontade tem total compatibilidade com o fazer da

justiça social. A primeira versa sobre a liberdade perante o Estado, e a segunda viabiliza o exercício de liberdade por intermédio do Estado. Como se dá, porém, esta justiça social? Por meio do recebimento de prestações sociais por parte dos indivíduos da sociedade, de modo estreitar a distância entre as liberdades formais e as liberdades materialmente concretizadas.

Insta salientar, ainda, que a justiça social, além de pleitear uma atuação positiva do Estado, na direção da promoção de incremento nas condições e na qualidade de vida e de igualdade material entre os indivíduos, ainda está atrelada a prestações sociais voltadas para os últimos. Logo, a justiça social não pode ser confundida com os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, que pertencem à outra dimensão, a terceira.

Os direitos de terceira dimensão, rapidamente citados linhas acima, estão bastante conectados com o princípio da solidariedade. Aqui, a lógica da titularidade entregue ao homem, enquanto indivíduo, se rompe e o que passa a valer é a atribuição dessa titularidade aos grupos humanos e a respectiva proteção destes. Sendo, portanto, os direitos de terceira geração chamados de direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos.

Conforme considerações exaradas por Sarlet, os direitos fundamentais em muito avançaram da perspectiva de direitos subjetivos de defesa individual contra atos de titularidade pública, atualmente são diretrizes para a valoração jurídico-objetiva dos Três Poderes, com poder de penetração em todo ordenamento jurídico pátrio. Não obstante a função pontuada, os direitos fundamentais também estão relacionados com a necessária proteção que o Estado deve deslocar em favor dos indivíduos, até mesmo em caráter preventivo, seja em razão de conduta praticada pelo Poder Público, ou por outro Estado, ou também, em nome de atitude realizada por particular (SARLET, 2009).

Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, elevado à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 se volta ao compromisso do Estado, tendo em vista uma sociedade emancipada e igualitária, onde a vida digna é o norte contra os abusos perpetrados tanto por entes estatais, quanto por entes privados (BONAVIDES, 2000). A proteção à dignidade da pessoa humana encara o homem enquanto sujeito, enquanto cidadão e enquanto trabalhador (CANOTILHO, 2003).

E é neste âmbito de percepção sobre a abrangência dos direitos fundamentais que o tema da punição é, portanto, central neste debate. Diante de uma moral pré-crítica, amplamente difundida pelos recursos midiáticos, muito em razão da experiência ditatorial recente, parte da população absorve a compreensão de que violadores de direitos humanos não são, necessariamente, criminosos. Cenas quotidianas de linchamento, espancamento, violência de todas vertentes, desde que contra “quem mereça”, não constitui, ou melhor, não

cria na coletividade um sentimento de que resta ali um crime.

O Estado vingador, que faz “justiça” reativa, imediata e pelas próprias mãos e canetas, é uma expectativa de muitos, é popular, apesar da carga axiológica de senso comum. Conforme José Reinaldo de Lima Lopes:

Esta sensação de impunidade resulta em descrença nas instituições e, para aqueles que menos refletem criticamente, em demanda para que a autoridade aja sem lei. A impunidade ou dissolve progressivamente o pacto social, forçando uma corrida para baixo e para trás, ou gera crescente ineficiência em termos de ação coletiva. Dissolve-se progressivamente a confiança no funcionamento dos estímulos institucionais para cooperar e crescem os estímulos para não cooperar. Pensando apenas em suas respectivas soluções individuais, todos convergem para uma falta de solução coletiva. Em resumo, a defesa dos direitos humanos depende em medida importante da redução dos níveis de impunidade. (LOPES, 2000)

Nesta seara, lidar com os direitos humanos, compreendidos como direitos preocupados com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, exige a formulação de alguns pensamentos. Em que pese, dois deles merecem destaque. Em consonância com as contribuições de Boaventura de Sousa Santos:

O primeiro pode formular-se assim: das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro desta cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro. O segundo é: uma vez que todas culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com os princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, a pessoas e grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza (SANTOS, 1997, p. 30).

Assim, não se pode olvidar que os direitos fundamentais e humanos são a base para o avanço das relações entre os indivíduos e entre eles e as instituições. E, muito embora a prática demonstre realidades conflituosas, não há outro caminho a seguir senão o de busca permanente pelo aperfeiçoamento destes direitos. Pois, paradigmas como o abolicionismo penal, num futuro longínquo, e a justiça restaurativa, num futuro mais breve, exigem uma movimentação interna por parte das instituições na realização de mudanças mais profundas nas engrenagens da ação estatal, para que a dignidade da pessoa humana seja alcançada através da eficácia destes direitos.

5 CONCLUSÃO

Diante do exame da problemática dos direitos fundamentais e humanos necessários

para a consolidação da implementação do abolicionismo penal e da justiça restaurativa no Brasil, constatou-se que o sistema de justiça criminal é constituído por Instituições que precisam rever as práticas cotidianas empregadas para os casos que envolvem delitos. E somado a isso, compreender que para além do complexo sistema de controle social formal, há também o controle social informal, onde se tem a família, a escola, a mídia, a religião, a moral, a tecnologia e o mercado de trabalho.

O sistema de justiça criminal, ao contrário do que é por ele declarado, não se destina a ser justo, ele é injusto pela sua própria natureza. Bem assim, não protege e nem produz uma resposta que efetivamente atenda aos reais interesses da sociedade. Sendo, portanto, a ideia central do abolicionismo penal a substituição da prisão por outras formas de controle. O controle social continua existindo, mas não se materializa por meio da prisão. Contudo, o presente estudo não se coaduna com a extirpação da prisão em curto prazo, pois seria necessário construir um aparato social que viabilizasse o exercício de civilidade e da boa convivência, o que não é visto hoje. Todavia, defendendo a possibilidade da prática mais amplificada possível da justiça restaurativa, contemplando necessidades do autor, da vítima e da comunidade.

E é neste âmbito de percepção sobre a abrangência dos direitos fundamentais que o tema da punição é, portanto, central no debate. Diante de uma moral pré-crítica, amplamente difundida pelos recursos midiáticos, parte da população não qualifica como criminosa a pessoa que viola direitos humanos, bastando que o indivíduo violado “mereça” aquele tratamento violento.

Os direitos fundamentais e humanos são, então, a base para o avanço das relações entre os indivíduos, e entre eles e as instituições. E, muito embora a prática demonstre realidades conflituosas, não há outro caminho a seguir senão o de busca permanente pelo aperfeiçoamento destes direitos, pois, paradigmas como o abolicionismo penal, num futuro mais longínquo, e a justiça restaurativa, num futuro mais próximo somente existirão com uma alteração da cultura institucional, modificando em profundidade as engrenagens da ação estatal, com o fito de alcançar a dignidade da pessoa humana através da eficácia dos direitos fundamentais e humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 48. mai/jun, 2004.

_____, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 27, n. 52, 2006.

BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 6.ed. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Ed. Elsevier, Campus, 2004, p. 23-24. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=sIlwViT8vJ8C&oi=fnd&pg=PA1&dq=%22bobbio%22&ots=zGUq6k2Qjt&sig=IjFULsbx4Uw0PNUjQnHCThSsKQw#v=onepage&q=%22bobbio%22&f=false>> Acesso em: 18 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Amedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 104, p. 279-303, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito – USP, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php>> Acesso em: 5 jul. 2018.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 15, n. 42, fev. 2000, p.79-85. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092000000100006&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em: 27 jul. 2018.

MORRIS, Alisson; YOUNG, Warren. Reforming Criminal Justice: The Potencial of Restorative Justice. In: **Restorative Justice: Philosophy and Practice**. Dartmouth: Ashgate, 2001.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PASSETTI, Edson. Sociedade de controle e abolição da punição. **São Paulo em perspectiva**, v. 13, n. 3, 1999.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.). Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista crítica de ciências sociais**. N. 48, jun. 1997, p. 30. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF> Acesso em: 13 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZERH, Howard. **Changing lenses: A new focus for crime and justice.** Scottsdale, PA: Herald Press, 1990.

CRIMINAL ABOLITIONISM AND RESTORATIVE JUSTICE: MODELS BASED ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The main purpose of this study is the concreteness of fundamental and human rights analysis for the development of criminal abolitionism and restorative justice in Brazil. Therefore, it is based on the hypothesis that abolitionism and restorative justice are theories and procedures that find resistance in Brazil, due to the latent difficulty in realizing fundamental rights and human rights in the country, especially in the face of the scenario of the Democratic State of Law serious violation. In order to do so, the deductive method is used, with a qualitative approach, using as a sediment the technique of the bibliographic study, in order to analyze the possible contributions of the penal abolitionism before the carcerogenic logic here exercised and also analyzes the nature, the goals and the instruments of restorative justice. In the end, fundamental and human rights are approached in terms of effectiveness in disseminating abolitionist and restorative practices.

Keywords: Penal Abolitionism. Restorative justice. Fundamental rights. Human rights.