

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS

NATIELI GIORISATTO DE ANGELO

POR UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA DA LIBERTAÇÃO

VITÓRIA

2018

NATIELI GIORISATTO DE ANGELO

POR UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA DA LIBERTAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Professor Dr. Thiago Fabres de Carvalho.

VITÓRIA

2018

NATIELI GIORISATTO DE ANGELO

POR UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA DA LIBERTAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Professor Dr. Thiago Fabres de Carvalho.

VITÓRIA

2018

NATIELI GIORISATTO DE ANGELO

POR UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA DA LIBERTAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 31 de agosto de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória

Profa. Dra. Raffaella da Porciuncula
Pallamolla
Centro Universitário La Salle - Canoas

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela companhia incessante e por tornar tudo possível.

Ao Victor, com quem amo partilhar a vida, por me apoiar e me incentivar sempre, por se alegrar com as minhas (que são também nossas) vitórias, por me acalantar nos momentos difíceis e por não me deixar duvidar ou desistir nunca dos meus sonhos.

Aos meus pais, João Carlos e Andréia, por todo amor e compreensão incondicionais. Tudo o que sou devo a vocês. Obrigada por me apoiarem a trilhar meu próprio caminho e, acima de tudo, por estarem sempre presentes ao longo dele.

Ao meu irmão, Gabriel, por me possibilitar sentir esse amor que é sem igual e por ser meu parceiro desde o início da vida. Aos demais amigos, em especial Marcela, Gilliane, José Roberto, Juliana e Carlos André, pelo companheirismo e incentivo.

Ao meu orientador, professor Thiago Fabres de Carvalho, pela dedicação, pela sensibilidade, pela generosidade e pela confiança. Obrigada por me permitir pensar livremente e me ajudar, de forma constante, a traduzir esses pensamentos, frequentemente desordenados, neste trabalho, lapidando-o com sua sabedoria.

Nas pessoas dos professores Raphael Boldt de Carvalho e Elda Coelho de Azevedo, que, na oportunidade da banca de qualificação, lançaram contribuições fundamentais para este trabalho, agradeço a todos os professores que fizeram parte dessa caminhada.

RESUMO

A presente dissertação busca investigar, do ponto de vista teórico e a partir da análise de pesquisas já realizadas e documentadas de experiências de implementação no Brasil, quais as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa em sociedades fundadas na naturalização da desigualdade e em que medida a Criminologia da Libertação e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos podem servir de fundamentação epistemológica e política para a construção de uma justiça restaurativa nesses países. Identifica-se, em primeiro lugar, as especificidades do processo de modernização das sociedades periféricas, do qual decorreram problemas sociais particulares, como a naturalização da desigualdade e a produção, enquanto fenômeno de massa, da subcidadania. Nesse contexto, os sistemas penais periféricos são instrumentalizados para gerir essa subcidadania e, às características inerentes a todo sistema penal, como a seletividade e a reprodução da violência, somam-se os fenômenos da invisibilidade pública, da humilhação social e da reificação. Busca-se elucidar, a partir da perspectiva crítica, como opera o controle social na América Latina. Posteriormente, examina-se o contexto em que se insere, principalmente no Brasil, a renovação do interesse pela justiça restaurativa como abordagem alternativa para se lidar com os conflitos, ressaltando a crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo. Após, passa-se a investigar a justiça restaurativa, compreendida como um modelo de justiça essencialmente relacional, bem como os princípios e os valores que norteiam os processos restaurativos, além das contribuições abolicionistas para a estruturação da justiça restaurativa, desde uma perspectiva transformadora. Examinam-se, ainda, as práticas restaurativas implementadas no Brasil, bem como a *mitologia da Justiça Restaurativa no Brasil*, identificada, na pesquisa coordenada por Vera Regina Pereira de Andrade, como obstáculo epistemológico e político à potencialização dos ideais restaurativos. Por fim, a partir da Criminologia da Libertação, de Lola Aniyar de Castro, e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Joaquín Herrera Flores, busca-se não formalizar uma teoria da justiça restaurativa, mas situar a justiça restaurativa no contexto das sociedades periféricas, fundadas na naturalização da desigualdade, e elucidar os desafios e os fundamentos políticos e epistemológicos para sua implementação nessas sociedades. Defende-se que, à luz dos referidos marcos teóricos, para que

uma justiça restaurativa fundada no paradigma relacional seja possível nesse contexto de naturalização da desigualdade, de negação da vítima e de condições que dificultam a comunicação de cidadãos iguais, há a necessidade de enfrentamento da realidade das sociedades periféricas, não de sua ocultação, a partir do compromisso com os esforços de libertação humana e da denúncia das situações que marcam essas realidades sociais, bem como com o empoderamento dos grupos tradicionalmente marginalizados e oprimidos, postulando-se, assim, uma justiça restaurativa da libertação (da deslegitimação), contextualizada na realidade dos países periféricos e voltada para os problemas específicos dessas sociedades. Para tanto, o instrumental epistemológico e metodológico adotado foi a hermenêutica crítica, associada à sociologia do conhecimento, que impulsiona a questionar a legitimidade teórica e política dos discursos criminológicos no interior da ordem social estratificada.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Naturalização da desigualdade. Abolicionismo. Criminologia da Libertação. Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to investigate, from a theoretical point of view and based on the analysis of already performed and documented research on implementation experiences in Brazil, what are the possibilities of applying restorative justice in societies founded on the inequality naturalization and to what extent Criminology of liberation and the Critical Theory of Human Rights can serve as epistemological and political grounds for the construction of restorative justice in these countries. First, we identify the specificities of the process of modernization of peripheral societies, that lead to particular social problems, such as the naturalization of inequality and the production, as a mass phenomenon, of sub-citizenship. In this context, the peripheral criminal systems are instrumental in managing this sub-citizenship and the phenomena of public invisibility, social humiliation and reification are added to the inherent characteristics of any criminal system, such as selectivity and reproduction of violence. It seeks to elucidate, from the critical perspective, how social control operates in Latin America. Subsequently, it examines the context in which it is inserted, especially in Brazil, the renewal of interest in restorative justice as an alternative approach to dealing with conflicts, highlighting the crisis of legitimacy of the punitive-retributive paradigm. After that, we proceed to investigate restorative justice, understood as an essentially relational model of justice, as well as the principles and values that guide the restorative processes, as well as the abolitionist contributions to the structuring of restorative justice, from a transformative perspective. We also examine the restorative practices implemented in Brazil, as well as the *mythology of Restorative Justice in Brazil*, identified in the research coordinated by Vera Regina Pereira de Andrade, as an epistemological and political obstacle to the enhancement of restorative ideals. Finally, from the Criminology of Liberation, by Lola Aniyar de Castro, and the Critical Theory of Human Rights, by Joaquín Herrera Flores, we seek not to formalize a theory of restorative justice, but to situate restorative justice in the context of peripheral societies, based on the naturalization of inequality, and to elucidate the challenges and the political and epistemological foundations for their implementation in these societies. It is argued that, in the light of the aforementioned theoretical frameworks, for a restorative justice based on the relational paradigm to be possible in this context of naturalization of

inequality, denial of the victim and conditions that hinder the communication of equal citizens, there is a need for confrontation of the reality of the peripheral societies, not of their concealment, from the commitment to the efforts of human liberation and denunciation of the situations that mark these social realities, as well as with the empowerment of the groups traditionally marginalized and oppressed, postulating a restorative justice of liberation (of delegitimation), contextualized in the reality of peripheral countries and focused on the specific problems of these societies. In order to do so, the epistemological and methodological instruments adopted were critical hermeneutics, associated with the sociology of knowledge, which prompted to question the theoretical and political legitimacy of the criminological discourses within the stratified social order.

Key-words: Restorative Justice. Inequality naturalization. Abolitionism. Criminology of liberation. Critical theory of human rights.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|----|
| Figura 1 - Estrutura do controle social na América Latina..... | 38 |
|--|----|

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 A CRIMINOLOGIA DA HUMILHAÇÃO SOCIAL: “NATURALIZAÇÃO DA DESIGUALDADE” NOS SISTEMAS PENAIIS DO CAPITALISMO PERIFÉRICO | 18 |
| 1.1 O PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO DOS PAÍSES PERIFÉRICOS..... | 19 |
| 1.2 O CONTROLE PENAL DA SUBCIDADANIA..... | 30 |
| 2 AS LINHAS FUNDAMENTAIS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES | 43 |
| 2.1 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PARADIGMA PUNITIVO-RETRIBUTIVO..... | 44 |
| 2.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA/RECONSTRUTIVA: UM MODELO DE JUSTIÇA RELACIONAL..... | 53 |
| 2.3 PRINCÍPIOS E VALORES RESTAURATIVOS..... | 63 |
| 2.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS CONTRIBUIÇÕES ABOLICIONISTAS: ABRINDO OS CAMINHOS PARA UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA TRANSFORMADORA..... | 72 |
| 2.5 AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO BRASIL: A PREVALÊNCIA DO PARADIGMA DE RESPONSABILIZAÇÃO E PREVENÇÃO EM DETRIMENTO DO PARADIGMA RELACIONAL..... | 86 |
| 3 A CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO E A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: BUSCANDO OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E EPISTEMOLÓGICOS DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS PAÍSES PERIFÉRICOS | 93 |
| 3.1 A CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO COMO TEORIA CRÍTICA DO CONTROLE SOCIAL NA AMÉRICA LATINA..... | 94 |
| 3.2 O ENFRENTAMENTO DAS MITOLOGIAS QUE DESPOTENCIALIZAM AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS..... | 113 |
| 3.3 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: RESISTINDO À | |

| | |
|--|------------|
| NATURALIZAÇÃO DE IDEOLOGIAS EM PROL DE UMA ONTOLOGIA DA POTÊNCIA E DO EMPODERAMENTO..... | 123 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS: por uma justiça restaurativa da libertação..... | 144 |
| REFERÊNCIAS..... | 165 |

INTRODUÇÃO

Com a emergência e a gradativa consolidação do Estado moderno e, por consequência, da concepção de poder punitivo ainda hegemônica, em especial por conta do “confisco do conflito” realizado pelo poder soberano e seu monopólio do uso da violência física legítima, verifica-se uma evidente neutralização da vítima. Por outro lado, os ideais de certeza, neutralidade e objetividade que pautam a racionalidade científica moderna, a pretexto de conferir racionalidade à reação criminal, impõem uma naturalização da resposta jurídico-penal como mecanismo único de solução dos conflitos violentos.

Nesse sentido, verificou-se uma abstração cada vez maior do discurso legal, sobretudo a partir de definições como “crime” e “pena” e dos estereótipos de “criminoso” e “vítima”, frias e distantes da situação-problema efetivamente vivenciada pelos diretamente envolvidos nas tensões e contradições do mundo da vida.

Nesse processo, não só a palavra da vítima foi cassada, como o conflito – inerente à condição humana e à convivência em sociedade, sobretudo na democracia, marcada pela pluralidade e pela divergência – deixou de pertencer às partes, tendo sido destituído de suas complexidades para se enquadrar no reducionismo do sistema penal formal, no qual tudo é distante, instrumentalizado e profissionalizado. Como consequência, vê-se a produção de uma percepção subjetiva de insegurança e insatisfação com o funcionamento do sistema penal.

A realidade operacional do sistema penal é caracterizada não só pela apropriação do conflito pelo Estado, em detrimento da vítima real, como também pelos componentes denunciados pela crítica criminológica como intrínsecos a todo sistema penal, e não meramente como defeitos superáveis, dos quais se destacam a seletividade e a reprodução da violência.

A partir da constatação dessas características inerentes aos sistemas penais, observa-se a deliberada discrepância entre a atuação do poder punitivo e as funções

que lhes são atribuídas pelo discurso oficial. E é precisamente o descrédito do discurso jurídico-penal que define a crise de legitimidade do sistema penal, em especial a sua absoluta incapacidade de oferecer respostas satisfatórias aos anseios das vítimas concretas e sua atuação como mecanismo brutal e violento de criminalização da pobreza e de reprodução das violências estruturais da sociedade. Ademais, a crise de legitimidade deriva, ainda, do fato de que, a despeito de suas funções declaradas de punição de crimes, proteção de bens jurídicos e defesa da sociedade, o sistema penal funciona como o mais poderoso instrumentos de dominação política, de verticalização disciplinar e militarizada da sociedade (ZAFFARONI, 1990; BATISTA, 2005; ANDRADE, 2004).

Nos países periféricos, aqui compreendidos como os latino-americanos, essa discrepância é mais facilmente constatável e mais evidente, na medida em que a seletividade e a reprodução da violência que constituem os sistemas penais assumem, nessa região, um caráter abertamente genocida, sobretudo ante a naturalização da desigualdade social abissal nestas sociedades e a aceitação do abandono político e social de uma classe social inteira, precarizada e marginalizada. Ou seja, além de desiguais, os sistemas penais periféricos são genocidas, tendo em vista que esses indivíduos marginalizados são percebidos como subcidadãos, não-gente, e, por conseguinte, como seres descartáveis. O sistema penal nas sociedades periféricas funciona, então, como mecanismo de gestão da subcidadania e de reprodução dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, além de obstruir os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário (CARVALHO, 2014).

Nesse cenário, ante a crise de legitimidade do sistema penal, de crescimento da violência e da percepção de insegurança, bem como de incapacidade do sistema penal para administrar os conflitos e de movimentos de reivindicação da vítima de seu papel de protagonista, verifica-se o interesse na busca por abordagens alternativas para se lidar com os conflitos penais, dentre os quais se destaca a justiça restaurativa, objeto de análise deste trabalho.

A necessidade de buscar-se medidas mais democráticas, úteis e adequadas para lidar com os conflitos sociais tem patente relevância social, sobretudo porque, em

que pese o mito difundido da índole pacífica do povo brasileiro, segundo o qual os opostos supostamente se unem harmonicamente em uma unidade substancial, não há como negar o conflito, que é sempre uma possibilidade derivada do encontro com o outro, inerente ao convívio social, especialmente em uma sociedade democrática, marcada pela pluralidade e pela diversidade.

No entanto, a implementação da justiça restaurativa, enquanto modelo de justiça relacional, deve levar em consideração as especificidades do contexto em que ela se insere. No caso brasileiro, como ressaltado, observa-se uma sociedade marcada pela naturalização da desigualdade social e pela produção da subcidadania enquanto fenômeno de massa. Dessa forma, coloca-se a seguinte questão: quais as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa em sociedades fundadas na naturalização da desigualdade como a brasileira e em que medida a Criminologia da Libertação e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos podem servir de fundamentação epistemológica e política para a construção de uma justiça restaurativa nos países periféricos?

Parte-se, pois, da hipótese de trabalho de que a naturalização da desigualdade, cuja gênese está no processo de modernização seletiva e autoritária dos países periféricos, embora não impeça a implementação da justiça restaurativa, é uma condição que, à luz da Criminologia da Libertação e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, precisa ser enfrentada e ultrapassada para que as práticas restaurativas – que, no Brasil, são focadas no ofensor – possam se fundar em um paradigma relacional, com foco na simetria de ambas as partes e no empoderamento, sobretudo dos grupos marginalizados e oprimidos. As práticas restaurativas precisam ser construídas para cada sociedade, em uma conjuntura específica, a partir da teoria crítica e da revisão permanente, de modo a combater as formas ocultas da dominação.

Em outras palavras, defende-se que, para que uma justiça restaurativa fundada no paradigma relacional seja possível nesse contexto de desigualdade abissal e consentida, de negação da vítima e de particularidades que dificultam a comunicação de cidadãos iguais, há a necessidade de enfrentamento da realidade e das especificidades das sociedades periféricas, não de sua ocultação, a partir do

compromisso com os esforços de libertação humana e da denúncia das situações que marcam essas realidades sociais.

Para tanto, a nossa caminhada investigativa, assume como instrumental epistemológico e metodológico a hermenêutica crítica que, segundo, Boaventura de Sousa Santos, consiste na reflexão que permite “romper o círculo vicioso da objeto-sujeito-objecto, ampliando o campo da compreensão, da comensurabilidade e, portanto, da intersubjetividade, e por essa via vai ganhando para o diálogo eu/nós-tu/vós o que agora não é mais que uma relação mecânica eu/nós-eles/coisas” (SANTOS, 1995, p. 15).

Com efeito, a perspectiva metodológica que orienta a presente investigação assume a *crítica hermenêutica* horizonte teórico, entendida como “interpretação ou hermenêutica universal”, na qual o sujeito, mergulhado na linguagem de sua faticidade e existência, enfim, na sua condição-de-ser-no-mundo (*Dasein*), não pretende construir uma (meta)linguagem rigorosa sobre o objeto investigado, nem aspira a uma descrição neutra e objetiva do mesmo, consoante consagrado pelo paradigma científico positivista, mas sim estabelecer um processo de atribuição de sentido por meio de uma “fusão de horizontes” (HEIDEGGER, 1999; GADAMER, 1994; RICOEUR, 1990; HEKMAN, 1986; SANTOS, 2004; STRECK, 2004; SOARES, 2002; CARVALHO, 2014).

Ademais, a partir da perspectiva de Susan J. Hekman, a hermenêutica crítica aqui trabalhada, associada à sociologia do conhecimento, aspira não descurar da inegável origem social do discurso científico e sua inscrição nas formas de legitimação de uma dada ordem de dominação na sociedade. A assunção de tal matriz teórica implica em reconhecer que “as ciências sociais estão empenhadas na interpretação do sentido do social e não na busca da verdade científica”, tal qual o modelo das ciências naturais, ainda profundamente atrelado aos pressupostos do positivismo científico (HEKMAN, 1966, p. 35).

Trata-se, pois, de questionar a legitimidade teórica e política dos discursos criminológicos no interior da ordem social estratificada. Parte-se, inegavelmente, da exigência de superação do paradigma positivista, fundado num certo número de

premissas que estruturam um “sistema” coerente e operacional de ideação científica e pretendem sedimentar “o postulado de uma ciência axiologicamente neutra”: 1) a sociedade é regida por leis naturais, universais e invariáveis e, no plano da vida social, reina uma harmonia natural; 2) a sociedade pode, portanto, ser estudada a partir dos mesmos cânones científicos empregados pelas ciências da natureza; e 3) “as ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos”. No entanto, “o axioma da neutralidade valorativa das ciências sociais conduz, logicamente, o positivismo, a negar – ou melhor, a ignorar – o condicionamento histórico-social do conhecimento” (LÖWY, 1998, p. 16-7; HEKMAN, 1986).

No primeiro capítulo, analisa-se a gênese da desigualdade social nos países periféricos, a partir da compreensão do processo de modernização dessas sociedades, especialmente a brasileira. Identificam-se, pois, a especificidade desse processo na periferia e os problemas daí decorrentes. Além disso, são estudados os fenômenos crônicos da invisibilidade pública, da humilhação social e da reificação, produzidos e reproduzidos pelos sistemas penais periféricos, a que incumbe precipuamente a gestão da subcidadania. Por fim, busca-se elucidar, a partir da perspectiva crítica, os contornos fundamentais do exercício do poder punitivo nas sociedades periféricas, em particular do Brasil, a fim de mapear as condições de possibilidade para a instauração da justiça restaurativa em sociedades caracterizadas pelas mais absurdas desigualdades sociais e níveis intoleráveis de violência institucional.

No segundo capítulo, investiga-se o contexto em que se evidencia, principalmente no Brasil, a renovação do interesse pela justiça restaurativa como abordagem alternativa ao sistema penal formal, forjado pelo paradigma da modernidade, para se lidar com os conflitos, examinando-se a crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo. Posteriormente, passa-se a investigar a justiça restaurativa propriamente dita, compreendendo-a, em primeiro lugar, como um modelo de justiça essencialmente relacional. Estudam-se, também, os princípios e os valores que norteiam os processos restaurativos. Além disso, são analisadas as contribuições

abolicionistas para a estruturação da justiça restaurativa, desde uma perspectiva transformadora. Por fim, a partir de pesquisas já realizadas e documentadas, examinam-se as práticas restaurativas implementadas no Brasil, bem como a *mitologia da Justiça Restaurativa no Brasil*, identificada, na pesquisa coordenada por Vera Regina Pereira de Andrade, como obstáculo epistemológico e político à potencialização dos ideais restaurativos.

No último capítulo, a partir da Criminologia da Libertação, de Lola Aniyar de Castro, e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Joaquín Herrera Flores, busca-se não formalizar uma teoria da justiça restaurativa, mas situar a justiça restaurativa no contexto das sociedades periféricas, fundadas na naturalização da desigualdade, e elucidar, por meio dos referidos marcos teórico e metodológico, os desafios e os fundamentos políticos e epistemológicos para sua implementação nessas sociedades, postulando uma justiça restaurativa da libertação (da deslegitimação), contextualizada na realidade dos países periféricos e voltada para os problemas específicos dessas sociedades.

1 A CRIMINOLOGIA DA HUMILHAÇÃO SOCIAL: “NATURALIZAÇÃO DA DESIGUALDADE” NOS SISTEMAS PENAIS DO CAPITALISMO PERIFÉRICO

Nos termos já consagrados pela crítica criminológica, a seletividade constitui um elemento estrutural do funcionamento concreto dos sistemas punitivos. Assim, a despeito de se apresentar como igualitário, o sistema penal atua de modo a privilegiar a criminalização e a brutalização ostensiva das classes subalternas. Trata-se, pois, de um dado inquestionável, de uma constatação empírica do funcionamento concreto do exercício do poder punitivo, a qual nenhuma ideologia justificadora consegue com algum sucesso encobrir.

Esse fenômeno da seletividade penal, assim como o da violência institucional, é inerente à dinâmica do sistema penal em sociedades capitalistas, evidenciando, a partir da perspectiva do pensamento criminológico crítico, o caráter classicista desse sistema, forjado para o controle social das classes marginalizadas socialmente (CARVALHO, T., 2014, p. 165).

O sistema penal, portanto, não só é estruturalmente seletivo, como tem na seletividade a sua função real desempenhada – de reproduzir as assimetrias sociais –, que tenta se manter oculta por meio de realidades ilusórias e por meio de discursos que buscam conferir legitimidade à imposição das penas, atribuindo-lhes funções a fim de serem alcançados os fins prometidos pelo poder punitivo.

Esses fenômenos da seletividade penal e da violência institucional, no caso das sociedades periféricas, como a América Latina, são intensificados pela especificidade do processo de modernização desses países, de modo que a efetiva compreensão da realidade e dos problemas sociais latino-americanos depende, antes, da análise desse processo.

1.1 O PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO DOS PAÍSES PERIFÉRICOS

O Estado Democrático de Direito, para que se realize, depende de condicionamentos comuns à sociedade mundial. No entanto, o processo de modernização acarretou uma divisão entre países centrais e países periféricos e produziu, nessas sociedades, problemas distintos. Como esclarece Marcelo Neves (2006, p. 227), a utilização desse modelo de divisão, entre centro e periferia, não se dá no sentido simplificador e ideológico empregado pelas teorias da exploração, mas sim a partir do fato de que a realização da sociedade moderna está intimamente relacionada com a intensa desigualdade econômica verificada no desenvolvimento dessas regiões e implica consequências diferentes em seus sistemas sociais.

A partir da premissa de que o processo de modernização implicou problemas diferentes nos países centrais e nos periféricos, passa-se a analisar como esses processos se sucederam nessas sociedades.

Nas sociedades centrais, a ruptura, pela burguesia, com a moral fundada no código de honra, que caracterizava as sociedades tradicionais, permitiu o desenvolvimento de um processo histórico consciente e deliberado – no sentido de que não se deixou tal objetivo à mercê da suposta ação automática do progresso econômico – de, em seu lugar, homogeneizar um tipo humano transclassista, por meio de sua generalização às classes dominadas (SOUZA, 2003a, p. 62). O autor acrescenta que, apesar de o referido processo ser produto da revolução burguesa, as conquistas sociais e políticas próprias da classe trabalhadora o aprofundaram, expandindo as dimensões civis, políticas e sociais da igualdade.

Como ressalta Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 174), esse tipo humano que se buscou homogeneizar e que está na fundação das práticas modernas implica uma noção de dignidade e de cidadania, representada pela idealização do ser humano como agente racional e autônomo, e, nos países centrais, foi generalizado também para as classes dominadas.

É a existência desse componente transclassista que faz com que cada um seja percebido como cidadão. O fato de todos serem cidadãos, seja lá qual for a classe à qual pertence, não importa em desconsiderar a existência de outras formas de manifestação da desigualdade, mas sim em que todos são percebidos como úteis, mesmo que desiguais em outras dimensões (SOUZA, 2003a, p. 71-72).

Nesse sentido, não se desconhece que essa generalização de aspectos da igualdade não foi capaz de equalizar as classes em todas as suas esferas. Contudo, a existência desse efetivo consenso valorativo transclassista, nas sociedades centrais, permite o compartilhamento efetivo uma noção de dignidade, que fundamenta o reconhecimento social infra e ultra-jurídico e, em última instância, possibilita a eficácia da noção jurídica de igualdade e, conseqüentemente, de cidadania. O compartilhamento da dignidade, em sua dimensão não jurídica – de “levar o outro em consideração” – precisa ser empreendido de forma elevada para que se tenha, em determinada sociedade, a dimensão jurídica da cidadania e da igualdade, cuja eficácia legal depende da internalização da percepção da igualdade, do reconhecimento intersubjetivo (SOUZA, 2003a, p. 63).

Vale ressaltar que Marcelo Neves (2006, p. 256), ao analisar o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica e especificamente no Brasil, aponta que a questão não é meramente de eficácia de normas constitucionais, mas de carência de relevância jurídica, de força normativa, na medida em que não há correspondência entre o texto constitucional e as expectativas normativas generalizadas.

De todo modo, para que se tenha a eficácia legal da noção de igualdade é preciso, antes, que a dimensão não jurídica da dignidade, enquanto reconhecimento social intersubjetivo, e a percepção de igualdade sejam compartilhadas e internalizadas socialmente.

Para identificar a incorporação e a internalização de modo pré-reflexivo e automático desses esquemas avaliativos e dessas disposições de comportamento, isto é, dessas precondições sociais, econômicas e políticas do cidadão, assim reconhecido intersubjetivamente, Jessé Souza (2003a, p. 63) utiliza-se da categoria do *habitus*,

em seu sentido bourdieusiano, propondo, porém, uma subdivisão para denominá-la, precisamente nesse caso, de *habitus primário*, em distinção ao que chama de *habitus precário* e de *habitus secundário*.

O *habitus primário* seria, então, os esquemas avaliativos que, apesar de opacos e geralmente inconscientes, são compartilhados de forma objetiva e norteiam o comportamento. Nos países centrais, as precondições sociais são consolidadas de modo a possibilitar a generalização de um *habitus primário*. Ao contrário, nas sociedades periféricas, não se vislumbra tal consolidação efetiva, ou seja, não há esse consenso valorativo, e é exatamente essa a especificidade das sociedades modernas periféricas, capaz de fazer com que a subcidadania seja um fenômeno de massa a elas restrito (SOUZA, 2003a, p. 73).

O *habitus precário*, por sua vez, traduz um tipo de personalidade e de padrão de comportamento que não atende às demandas objetivas decorrentes do universo mercantil e impossibilita o reconhecimento social de um indivíduo ou de um grupo social como produtivo e útil em uma sociedade moderna, norteada pela lógica da competição (SOUZA, 2003a, p. 63).

Essa categoria, nas sociedades periféricas, como a brasileira, faz com que redes objetivas e opacas considerem determinados indivíduos e grupos sociais como desqualificados, por não atender às demandas objetivas do tipo humano produtivo e útil, percebendo-os, conseqüentemente, como subcidadãos. É precisamente essa produção social de uma *ralé* estrutural – no termo utilizado por Jessé Souza –, enquanto fenômeno de massa, que distingue as sociedades centrais das periféricas.

Como esclarece Jessé Souza (2003b, p. 177), essa diferenciação não implica dizer que, nos países centrais, não há contextos de desigualdade, mas sim que, por haver a generalização de um *habitus primário*, esse fenômeno de massa da subcidadania restringe-se à periferia, marcada por um conflito de classe específico, de forma que a luta pela distinção comum a ambas as sociedades e que constitui esses contextos de desigualdade baseia-se não no *habitus precário*, mas no denominado *habitus secundário*, relacionado à apropriação seletiva de bens e recursos escassos.

Nas precisas palavras do autor,

O **processo de modernização** brasileiro constitui não apenas as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente dos capitais cultural e econômico. Ele **constitui também uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação.** É essa classe social que designamos neste livro de '**ralé estrutural**', não para 'ofender' essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político: **o abandono social e político, 'consentido por toda a sociedade', de toda uma classe de indivíduos 'precarizados'** que se reproduz há gerações enquanto tal (SOUZA, 2009, p. 21, grifo nosso).

Não se trata, portanto, da desigualdade gerada pela apropriação diferencial e seletiva dos capitais cultural e econômico, mas, mais do que isso, da existência de uma classe toda de indivíduos considerados subcidadãos – a *ralé estrutural* – que sequer detém as condições sociais, morais e culturais necessárias a essa apropriação. É nisso que consiste a diferença do processo de modernização periférico.

Nos países centrais, as instituições tipicamente modernas – Estado e mercado – exigem a ideia da igualdade, que substitui a noção de honra do feudalismo. Esse alicerce valorativo (pré e infra-jurídico) possibilita que essas instituições funcionem de forma minimamente adequada. No entanto, quando essas práticas e instituições modernas são transplantadas para o Brasil, não existe esse alicerce valorativo prévio, uma vez que a naturalização da desigualdade, forjada pelos ferrolhos da escravidão, aparece como um elemento simbólico dominante a cimentar as relações sociais.

Assim, tais instituições, que, nas sociedades centrais, são resultados de uma revolução, ainda que burguesa, não estão suportadas pela noção de igualdade nas sociedades periféricas. Ao contrário, as instituições e práticas modernas operam, nestes países, a partir da naturalização da desigualdade, enquanto fenômeno de massa a eles restrito e que vai constituir exatamente a especificidade do processo de modernização capitalista, importado de "fora para dentro", destas sociedades.

Nas sociedades modernas centrais, a noção de cidadania (generalização da igualdade e da dignidade humana) é apreendida como alicerce valorativo prévio sobre o qual se constituiu a comunidade política e se construíram novos pressupostos de legitimação do poder punitivo do Estado. Todavia, nas sociedades periféricas, não há esse componente prévio. Isto é, apesar da transplantação das práticas e das instituições modernas, os elementos que as ancoram nas sociedades modernas centrais não estão presentes nas sociedades periféricas, de maneira que não se vislumbra uma recepção adequada (T. CARVALHO, 2014; BATISTA, 2004; V. BATISTA, 2006).

Não se verifica, pois, a noção jurídica de igualdade como pressuposto simbólico, como fonte da *instituição imaginária* da comunidade. Na verdade, nas sociedades periféricas, onde prevalecem as hierarquias, as relações personalistas, a apropriação privada do público e a percepção da lei como expressão de privilégios, há a *naturalização da desigualdade* e a *construção social da subcidadania* (CARVALHO, T., 2014, p. 167).

A não participação desse consenso valorativo, que permitiria compartilhar a noção de igualdade, faz com que, nas sociedades periféricas, toda uma classe de indivíduos, desprovida de capital cultural e econômico e, mais do que isso, das próprias condições sociais, morais e culturais que possibilitariam a sua apropriação, seja excluída e desclassificada, constituindo, assim, nestes países, uma espécie de *ralé estrutural*. Esses fenômenos decorrem precisamente do processo de modernização.

Para Souza (2003b, p.17), a naturalização da desigualdade social, nas sociedades periféricas, como a brasileira, é resultado de um efetivo processo de modernização, e não de uma suposta herança pré-moderna. Como explica o autor, “[...] nossa desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vincula a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação ‘de fora para dentro’”.

O autor elabora uma profunda crítica às teses de que os problemas sociais e políticos do Brasil já são conhecidos e de que a dificuldade de se promover

mudanças decorre do fato de a desigualdade ser algo muito antigo. Para Jessé Souza (2009, p. 15), essas teses, além de falsas, relacionam-se entre si e constituem a *violência simbólica*, ocultada, que possibilita a naturalização da desigualdade social abissal, como a verificada no Brasil. Essa *legitimação da desigualdade*, que não decorre de uma suposta herança pré-moderna, de um passado distante, é que autoriza a reprodução indefinida da desigualdade no cotidiano por meios modernos, precisamente simbólicos.

Não se trata, pois, de uma continuidade do passado longínquo, mas da reprodução da desigualdade e da legitimação da dominação por novas formas, modernas e simbólicas. Jessé Souza (2003a, p. 70) elucida essa especificidade do processo de modernização periférica, comparado ao das sociedades desenvolvidas centrais, por meio da análise das consequências, em cada caso, de um fato exemplificativo por ele citado: o atropelamento de um compatriota de classe baixa por um francês ou alemão de classe médica e o atropelamento de um brasileiro da *ralé* por um brasileiro de classe média. No primeiro caso, sustenta o autor que há grandes chances de o alemão ou o francês ser punido na forma da lei. Por outro lado, no segundo caso, há uma baixíssima probabilidade de efetiva aplicação da lei para o brasileiro.

Isso não significa que as pessoas, nesse último caso, não se importem de alguma maneira com o ocorrido. O procedimento policial é geralmente aberto e segue seu trâmite burocrático, mas o resultado é, na imensa maioria dos casos, simples absolvição ou penas dignas de mera contravenção.

É que **na dimensão infra e ultra-jurídica do respeito social objetivo compartilhado socialmente, o valor do brasileiro pobre não-europeizado [...] é comparável ao que se confere a um animal doméstico**, o que caracteriza objetivamente seu **status subhumano** (SOUZA, 2003a, p. 70, grifo nosso).

A diferença entre os dois casos reside, então, no valor diferencial dos seres humanos; no fato de que, no caso francês ou alemão, o atropelado é percebido como uma pessoa, um compatriota, enquanto que, no caso brasileiro, o atropelado é objetivamente percebido como *subhumano*.

O compartilhamento efetivo do *habitus primário*, assegurado pela generalização das condições sociais, econômicas e políticas do cidadão, e a existência de um

consenso valorativo transclassista (pré-reflexivo e naturalizado) possibilitam que o atropelado seja visto, no caso francês ou alemão, como uma pessoa, um cidadão. Da mesma forma, é o compartilhamento objetivo de esquemas avaliativos norteadores do comportamento (consenso naturalizado e pré-reflexivo) “[...] que pode permitir, para além da eficácia jurídica, uma espécie de acordo implícito que sugere, como no exemplo do atropelamento no Brasil, que algumas pessoas e classes estão acima da lei e outras abaixo dela” (SOUZA, 2003a, p. 70).

Dessa forma, nesse acordo corporal implícito, observa-se, no exemplo citado, o não valor humano do brasileiro atropelado – e, conseqüentemente, a diferença no valor dos seres humanos –, como fato objetivo e atualizado pelas práticas sociais e institucionais (SOUZA, 2003a, p. 71).

Ademais, como afirma Jessé Souza (2009, p. 16-17), os problemas sociais e políticos brasileiros são reduzidos à lógica da acumulação econômica, tendo em vista a hegemonia da visão *economicista*, enquanto subproduto de um tipo de liberalismo, que possibilitou a construção de uma oposição simplista e falsa entre mercado divinizado e Estado demonizado – identificado com corrupção e privilégio – e permitiu, por conseguinte, a aceitação da perpetuação dos privilégios econômicos de alguns em nome de um interesse de todos na luta contra a corrupção, como um suposto *mal de origem* e estritamente estatal.

Como consequência dessa falsa oposição utilizada para interpretar o conflito social, “os reais conflitos sociais que causam dor, sofrimento e humilhação cotidiana para dezenas de milhões de brasileiros são tornados literalmente invisíveis (SOUZA, 2009, p. 17).

Essa visão distorcida, que oculta os fatores não econômicos da desigualdade e percebe o marginalizado social e o indivíduo da classe média como dotados das mesmas capacidades, atribuindo a miséria ao acaso, torna invisíveis a gênese e a reprodução da desigualdade social, sem o que este fenômeno não pode ser efetivamente compreendido (SOUZA, 2009, p. 18).

As condições sociais, morais e culturais, que permitem a apropriação do capital cultural e econômico, bem como a generalização de um *habitus primário* e o reconhecimento social de um indivíduo como produtivo e útil não são percebidas, de modo que a situação de marginalização social de uns é tida como fracasso individual e, por sua vez, os privilégios econômicos e culturais de outros são legitimados.

Tudo isso oculta, então, o principal, qual seja, que os indivíduos, desde o início de suas vidas, são aparelhados diferencialmente para a competição social e, ao mesmo tempo, legitima a justiça do mundo moderno, fundamentando-a na *meritocracia*, isto é, na crença de que, hoje, os privilégios decorrem do *desempenho diferencial* dos indivíduos (SOUZA, 2009, p. 22).

A legitimidade da modernidade e de suas instituições está nas noções de liberdade e igualdade. Portanto, como a manifestação do poder não é escancarada tal como antes, as instituições modernas assumem papel para legitimar essa dominação que é especificamente moderna e para reproduzir, nas sociedades periféricas, a naturalização da desigualdade e a produção, consentida, de cidadãos e de subcidadãos (não gente).

Nesse cenário, para conferir justiça e legitimidade ao privilégio moderno, este é compreendido como uma conquista, como fruto de um esforço do indivíduo, assegurando o que Jessé Souza denomina “boa consciência do privilégio”. Nas palavras de José Moura Gonçalves Filho (1998, p. 40), “é preciso que haja algo imparcial no mundo para que seja possível usufruí-lo: os bens mundanos precisam parecer em alguma medida nossos, abertos a todos, para que possam parecer meus”.

Assim, a legitimação e a aceitação dos privilégios de uns em detrimento de outros se dá por meio da difusão da ideia de que estes privilégios são acessíveis a todos, a partir do esforço individual, ocultando, por conseguinte, os fatores não econômicos e a gênese da desigualdade, que revela a inexistência, para uma classe inteira de indivíduos, das condições essenciais à competição social.

Os consensos sociais vigentes atribuem relevância na discussão pública de determinadas questões em detrimento de outras e escolhem a forma como tais questões são compreendidas. No caso brasileiro, por meio desses consensos sociais, os debates são superficiais e tornam esses temas invisíveis. Jessé Souza (2009, p. 25) explica que essa *classe social* não é vista, no Brasil, como *classe*, mas como *conjunto de indivíduos*, carentes ou perigosos, sem se dar conta da existência de uma gênese social e de um destino comum. No dizer do autor,

Ao invés da oposição clássica entre trabalhadores e burgueses, o que temos aqui, numa sociedade perifericamente moderna como a brasileira, como nosso ‘conflito central’, tanto social quanto político e que subordina em importância todos os demais, **é a oposição entre uma classe excluída de todas as oportunidades materiais e simbólicas de reconhecimento social e as demais classes sociais que são, ainda que diferencialmente, incluídas**. Enquanto a sociedade brasileira não se conscientizar desse desafio, seremos sempre ‘modernos para inglês ver’, uma modernidade capenga, injusta, mesquinamente econômica e economicista (SOUZA, 2009, p. 25, grifo nosso).

Há, pois, no Brasil, a ocultação dos conflitos sociais fundamentais da sociedade, tendo em vista a não percepção e a ausência de discussão da divisão de classes, encobrando, assim, o aparelhamento diferencial de classes para a competição social, bem como a existência de precondições sociais, morais e culturais, que constituem a desigualdade.

Nesse cenário, Jessé Souza (2009, p. 37-38) analisa a tese de Gilberto Freyre – de que haveria uma unidade substancial dos brasileiros, que une harmonicamente os opostos – e identifica que, por meio desse discurso, há o enaltecimento dessa homogeneidade, da *índole pacífica do povo brasileiro*, da negação do conflito, como atributo positivo articulado como ideia e não mais como uma *prática* inconfessável, e, ao mesmo tempo, há a demonização e a deslegitimação da crítica e da explicitação das diferenças e dos conflitos.

Como explicita o autor, “a ‘demonização’ do conflito como o ‘mal’ em si é não só a melhor maneira de conservar privilégios espúrios, mas, também, a melhor forma de reprimir qualquer forma de aprendizado, seja na dimensão individual ou na coletiva” (SOUZA, 2009, p. 48).

Essa deslegitimação da crítica e do que é crítico e a repressão do aprendizado impossibilitam a liberdade do indivíduo para refletir com autonomia, opinar e agir – sem o que não existe democracia verdadeira –, o que só seria possível mediante o estímulo da crítica pelas práticas institucionais e sociais, que, porém, atuam por meios insidiosos e imperceptíveis apenas para construir a ilusão de liberdade e igualdade (SOUZA, 2009, p. 42).

A partir da premissa de que o princípio da igualdade, enquanto núcleo da cidadania, depende, para sua efetivação, do respeito recíproco e simétrico das diferenças em todas as esferas autônomas de comunicação, a existência e a perpetuação de privilégios e exclusões obstam esses espaços de comunicação de cidadãos iguais (NEVES, 2006, p. 167 e 246).

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito, nas sociedades modernas periféricas, encontra sua prática obstada principalmente pela generalização das relações de subintegração e sobreintegração (CARVALHO, T., 2014, p. 180). Para Marcelo Neves (2006, p. 248), essas relações estabelecidas entre grupos não são de isolamento e exclusão, mas sim formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social, tendo em vista a ausência generalizada de inclusão no sistema jurídico. Não há, então, cidadania, enquanto mecanismo que integra, em igualdade, a população ao sistema jurídico-político.

A importação das práticas modernas, desacompanhadas da universalização e da homogeneização dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, que ancoram essas instituições nos países centrais, revela que, nas sociedades periféricas, as práticas modernas são anteriores às ideias modernas, sendo estas utilizadas apenas de forma pragmática. É a existência dessas “ideologias pragmáticas”, utilizadas como mera “graxa simbólica” – na expressão empregada por Jessé Souza –, sem qualquer dimensão da cidadania para os subjugados (abaixo da lei) e para os privilegiados (acima da lei), que permite a convivência tranquila entre as instituições modernas e a concretização deturpada dos direitos fundamentais individuais, os quais constituem o alicerce valorativo dessas instituições, autorizando, inclusive, a introdução do liberalismo associado à

manutenção da escravidão e à desigualdade explícita perante a lei (CARVALHO, T., 2014, p.172 e 176).

Portanto, a legitimação e a naturalização da desigualdade decorrem não de uma herança pré-moderna, mas precisamente do processo de modernização das sociedades periféricas, que institui novas formas simbólicas de dominação e de reprodução desses fenômenos. Compreender a falácia das teses de que os problemas sócio-políticos brasileiros são antigos conhecidos e produtos de um passado longínquo pré-moderno permite desnudar a gênese e a reprodução da desigualdade social, antes invisibilizadas.

Cumprir ressaltar, porém, que entender a gênese desses fenômenos, a especificidade da modernização periférica capitalista e o papel das instituições modernas para sua reprodução e, em última instância, considerar o Brasil como moderno não retiram dessa análise o fato de que a modernidade se constituiu a partir da escravidão e impôs, de cima pra baixo, as instituições e práticas modernas, desacompanhada das ideias que configuram seu alicerce nos países centrais. Essa imposição, segundo Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 184-185), não é produto das exigências sociais ou dos padrões morais da sociedade, mas sim das exigências de um projeto de dominação colonial, que visa controlar e conformar uma população praticamente sem vínculos, domesticando os segmentos autóctones e rebeldes e assegurando a manutenção da exploração da mão de obra nesse capitalismo periférico.

Como explica Vera Malagutti Batista (2013, p. 38), se a Revolução Francesa permitiu a difusão da ideia de que todos são cidadãos, no Brasil, verifica-se um empreendimento distinto para edificar uma ordem burguesa, em que a modernização se dá pela via conservadora, tanto é que conseguiu preservar a despersonalização legal das massas negras e pobres e fazer com que liberalismo e autoritarismo representem as *duas faces da mesma moeda*.

Assim, o que se verifica nos países periféricos é a transplantação das práticas e instituições modernas sem o consenso valorativo prévio (pré e infra-jurídico) que permite o funcionamento minimamente adequado dessas instituições, sem a

consolidação das precondições sociais, morais e culturais que possibilitam a generalização do *habitus primário* para todos os estratos sociais.

Como consequência dessa especificidade que decorre precisamente da modernização, estruturada, porém, a partir das bases heterodoxas da escravidão, tem-se a subcidadania como um fenômeno de massa, e não meramente marginal, que faz com que indivíduos e classes sociais inteiras sejam percebidos objetivamente como coisa, e não gente, de modo a produzir a naturalização da desigualdade e a aceitação, pela sociedade, do abandono social e político desses subcidadãos.

1.2 O CONTROLE PENAL DA SUBCIDADANIA

No campo penal, observa-se que, no processo de modernização periférica, a noção moderna de dignidade humana não teve a mesma dimensão e o alcance das sociedades centrais. A partir dessa especificidade de como se deu o recebimento do imaginário punitivo moderno nas sociedades periféricas, verifica-se que os aparelhos penais destas sociedades têm servido como instrumento histórico de *naturalização da desigualdade*, cabendo-lhe, ainda, a gestão da subcidadania, de modo a produzir e a reproduzir os fenômenos políticos denominados *invisibilidade pública* e *humilhação social* (CARVALHO, T., 2014, p. 165).

As instituições penais modernas constituem, pois, mecanismos fundamentais para gerir a subcidadania e neutralizar aqueles considerados subumanos (não-gente), (re)produzindo os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, ao mesmo tempo em que obstruem os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário (CARVALHO, T., 2014, p. 167).

A invisibilidade pública é um fenômeno intersubjetivo que se caracteriza pelo desaparecimento psicossocial de um homem no meio de outros homens e “é expressão pontiaguda de dois fenômenos psicossociais que assumem caráter

crônico em sociedades capitalistas: humilhação social e reificação” (COSTA, 2008, p. 6).

Esse fenômeno psicossocial da invisibilidade pública tem em sua origem social a reificação, na medida em que a redução do homem a objeto é que faz com que ele seja percebido como incapaz de se fazer interpelar como humano e de interpelar outros humanos em igualdade, prejudicando, assim, a comunicação humana (COSTA, 2008, p. 9). Por sua vez, a reificação não só faz com que um humano funcione como coisa, como também bloqueia a aparência e obsta que se enxergue que a coisa é, na realidade, um homem (GONÇALVES FILHO, 1998, p. 49).

A humilhação social, por conseguinte, decorre da desigualdade política e “indica a exclusão de uma classe inteira de homens para fora do âmbito intersubjetivo da iniciativa e da palavra” (GONÇALVES FILHO, 1998, p. 14-15). É um fenômeno psicológico, político e crônico que provoca ao humilhado o impedimento de sua humanidade, do reconhecimento do outro e de sua dignidade, da ação e da palavra.

A ação e a palavra, impedidas pela humilhação social, são fundadoras da cidadania. Assim, esse fenômeno público impede, também, a cultura política de nascimento, a participação e as trocas culturais, podendo-se caracterizar o humilhado como aquele que não se percebe como doador, que não se enxerga como detentor de dons a ser ofertados à comunidade (CARVALHO, T., 2014, p. 168).

A mensagem de desigualdade política, que acarreta a humilhação social, é enigmática tanto para o destinatário, quanto para o mensageiro. Nas palavras de José Moura Gonçalves Filho,

Quem se dirige ao pobre como a um inferior saberia dizer o que lhe autoriza rebaixar com tanta naturalidade? Saberria dizer onde foi que começou o rebaixamento? Onde começou todo este desequilíbrio político, onde foi que começou a imaginária superioridade destes senhores impunes e a imaginária inferioridade destes servos compulsivos? **Quando foi que tudo isto tornou-se tão sólido? Como foi que se formou o imaginário da desigualdade e quando foi que realizou sua encarnação?** (GONÇALVES FILHO, 1998, p. 45, grifo nosso)

Apesar de ser um enigma, e ainda que involuntária, a desigualdade social é fenômeno político e depende sempre do homem para se perpetuar. É o reconhecimento intersubjetivo que inclui e que exclui o homem da dignidade. O sentimento provocado pela humilhação social é de não existir nem no meio dos outros e nem para eles próprios, uma vez que a objetificação paralisa e mortifica o ser humano.

O que torna possível a reprodução desses fenômenos crônicos no imaginário punitivo das sociedades periféricas é justamente a transplantação das instituições e práticas sociais modernas, como o Estado e o mercado, desacompanhadas do consenso valorativo em torno das noções de igualdade, de dignidade humana e de cidadania, propiciando, desse modo, um processo de naturalização da desigualdade. Na expressão de Marcelo Neves,

Em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais) (NEVES, 2006, p. 228).

Assim, por considerar não ter havido essa efetivação da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem a construção desse espaço público de comunicação entre cidadãos iguais – que seriam as supostas características dos países centrais –, o autor define a modernidade periférica como *modernidade negativa*.

Nesse sentido, tais componentes existenciais prévios das sociedades modernas não estavam presentes na sociedade brasileira colonial, cuja cultura material e simbólica era pouco articulada. Por tal razão, origina-se, “no campo penal das sociedades marginais, uma forte defasagem da afirmação da dignidade humana, o que determina seu caráter profundamente genocida” (CARVALHO, T., 2014, p. 167-70).

Não se pretende, ao elucidar a especificidade do processo de modernização das sociedades periféricas, como a brasileira, negar a seletividade dos sistemas penais das sociedades centrais, até porque esta é uma característica estrutural, inerente a

qualquer sistema penal. Contudo, os sistemas penais periféricos, além de desiguais, são genocidas, pois, quando se naturaliza a desigualdade, faz-se com que determinados setores sejam vistos como seres absolutamente descartáveis, invisíveis, como coisas, não-gente, tornando o nível de letalidade dos sistemas penais latino-americanos muito maior do que o dos países centrais.

O modelo de controle social impulsionado pelo sistema punitivo brasileiro extermina, de forma desinibida, os segmentos marginalizados da população (CARVALHO, 2014, T., p. 166). No mesmo sentido, Vera Andrade (2012, p. 106-107) ressalta que a Criminologia crítica latino-americana, ao comparar o controle penal do centro e o da margem, aponta a diferença na especificidade (qualidade) e na dose (quantidade) de violência, explicando, ainda, que, nos países periféricos, há uma relação simbiótica entre as lógicas da punição e do genocídio, além de uma interação complexa entre controle penal e controle informal, entre público e privado, entre o sistema penal aparente e o sistema penal subterrâneo e, por fim, entre a lógica da seletividade estigmatizante e a da tortura e do extermínio.

O sistema penal latino-americano, no processo de atualização histórica da modernização, adquire um componente genocida, que se diferencia das características das sociedades centrais, marcadas pela *disciplina*, sendo, ainda, caracterizado por sua transculturalidade e por servir de instrumento aos objetivos colonialistas e neocolonialistas (BATISTA, 2013, p. 55).

Dessa forma, a *ralé estrutural*, os excluídos, invisibilizados, subcidadãos, subumanos (não-gente), desprovidos de capital cultural e econômico e das condições sociais, morais e culturais que possibilitam a sua apropriação, não só são abandonados social e politicamente, com o consentimento da sociedade, como são brutalizados pelo modelo de controle social integrado e complexo.

Como destaca Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 81), o poder punitivo – caracterizado pelo confisco do conflito e por ser instrumento de verticalização social – é estruturalmente seletivo, mas o grau dessa seletividade que lhe é inerente varia de acordo com a abertura, a igualdade e a tolerância de uma sociedade, que, quanto maior, fazem com que a discrepância no tratamento entre *iguais* (cidadãos, pessoas)

e *estranhos* (inimigos, não-pessoas) seja atenuada, como o que se verifica, segundo o autor, na União Europeia, onde há a extensão do âmbito dos iguais. Em contrapartida, nos países latino-americanos, todos os encarcerados recebem do poder punitivo o tratamento de *inimigo* e, por conseguinte, na condição de não-pessoa, são privados de determinados direitos individuais, inclusive os que impõem limites ao direito penal liberal.

O altíssimo grau de seletividade e de discriminação no exercício do poder punitivo na América Latina é atribuído, então, não só às características estruturais e próprias de qualquer sistema penal, como também às especificidades identificadas da modernização dessa região, em que não há a generalização das precondições sociais que possibilitam o compartilhamento do *habitus primário*, mas sim a reprodução do *habitus precário*, enquanto fenômeno de massa que desqualifica indivíduos e grupos sociais inteiros, percebidos, a partir dos fenômenos psicossociais da invisibilidade pública, da humilhação social e da reificação, como coisa, não-gente.

A realização do Estado Democrático de Direito, nas sociedades modernas periféricas, é obstada principalmente pela generalização das já mencionadas relações de subintegração e sobreintegração.

Como explica Marcelo Neves (2006, p. 248-249), na subintegração, não se verifica o acesso aos benefícios da ordem jurídica, porém, há a dependência de suas prescrições impositivas. É por esta razão que o autor defende que não se trata inteiramente de exclusão desses subcidadãos, uma vez que, apesar de desprovidos das condições necessárias ao exercício dos direitos constitucionais, eles estão obrigados aos deveres e responsabilidades prescritas pelo aparelho coercitivo estatal e submetidos, de forma radical, às estruturas punitivistas desse aparelho, de modo que o texto constitucional não tem papel significativo para esse grupo no que toca aos direitos nele estabelecidos, mas tão somente no que se refere aos efeitos restritivos de liberdade.

Há, pois, segundo o autor (2006, p. 249), uma forma de integração desses grupos sociais “marginalizados” ao sistema jurídico, não como titulares de direitos, mas na

condição de devedores, réus, condenados, cujas violações aos direitos fundamentais estão situadas sobretudo no âmbito da realidade operacional dos próprios aparelhos repressivos do Estado, em ações violentas e ilegais da polícia.

A sobreintegração, por sua vez, diz respeito aos grupos privilegiados, que, amparados pela burocracia estatal, bloqueiam a reprodução do direito e, ao contrário dos subintegrados, integram o sistema jurídico-político na condição, a princípio, de credores, titulares de direitos e prerrogativas, sem submissão regular aos aparelhos punitivos estatais (NEVES, 2006, p. 250). O autor acrescenta, ainda, que, caso se insista em utilizar o termo “exclusão”, tanto os subintegrados, quanto os sobreintegrados seriam excluídos, pois o direito não está no horizonte do agir e do vivenciar político-jurídico nem de um e nem de outro, seja porque, para os primeiros, só aparece quanto aos deveres e aos efeitos restritivos de sua liberdade e, para os segundos, como um instrumento para alcançar interesses particulares (econômicos, políticos e relacionais). Isto é, um estaria “abaixo” do direito e o outro, “acima”. Com efeito,

A sociedade aparece, pois, como uma imagem caricata, dividida em sócios ou comparsas e humilhados. Todos temem a todos, já que a instituição do elo social se dá a partir dos tímidos e particularistas interesses privados; **a única forma de integração possível passa a ser a ameaça da punição, como na imagem brutal do Leviatã de Hobbes** (CARVALHO, T., 2014, p. 182, grifo nosso).

Esse estado de natureza hobbesiano que se estabelece e difunde o medo é utilizado como pretexto para a expansão da rede de controle penal do Estado, bem como para a supressão de garantias processuais e para a difusão e a legitimação das arbitrariedades praticadas pelos aparelhos estatais e exercidas em forma de violência física ou simbólica sobre as classes sociais subalternas, desprovidas das condições necessárias ao exercício dos direitos constitucionais.

A questão abordada por Marcelo Neves quanto às ofensas aos direitos fundamentais dos subintegrados situadas no âmbito da atuação violenta e ilegal dos aparelhos repressivos do Estado é também discutida por Lola Aniyar de Castro e por Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir do que denominam, respectivamente, *sistema penal subterrâneo* e *sistema penal paralelo*.

O que se verifica, na América Latina, é o controle dos subcidadãos por meio de um *massacre a conta gotas* e de um sistema penal cujas contradições servem para obstaculizar a tomada de consciência, para “*evitar que se unam e que adquiram protagonismo no poder*” (CASTRO; CODINO, 2017, p. 437-438). Nesse sentido, o *sistema penal subterrâneo ou paralelo*, segundo Zaffaroni e Batista (2003, p. 70), refere-se à atuação das agências executivas à margem da legalidade ou por marcos legais questionáveis, fomentada pelo poder punitivo e que institucionaliza a pena de morte, torturas e desaparecimentos, por exemplo. Esse fenômeno, de acordo com os autores, não se limita aos países latino-americanos.

Todavia, essas atuações ilícitas, reconhecidas em todos os sistemas penais, são agravadas no contexto dos países periféricos, marcados, como exposto, pela naturalização da desigualdade, pelo abandono social e político, de forma consentida pela sociedade, de grupos sociais inteiros e pelo fenômeno da subcidadania enquanto fenômeno de massa, e não meramente marginal.

Por conseguinte, essa atuação à margem da lei ou contra ela, nos países periféricos, é autorizada pela população, tendo em vista o fenômeno de massa do *habitus precário*, que, a partir de redes invisíveis e de um acordo pré-reflexivo, desqualifica objetivamente indivíduos e grupos sociais inteiros, constrangidos à humilhação social, à invisibilidade e à reificação e percebidos como coisa, não-gente.

Como explicam Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 354), apesar das diferenças existentes entre as realidades sociais latino-americanas, é possível observar uma lógica à qual estas realidades respondem e que promove uma divisão entre países centrais e países periféricos, observando-se, nestes, geralmente, a primazia dos privilégios de uns em prejuízo das maiorias.

Nesse cenário, de divisão do mundo em centro/periferia, o controle social é questão de extrema relevância, principalmente porque a realidade atual dos países periféricos mostra que, em regra, os aparelhos repressivos e a violência do Estado configuram as ferramentas elementares desse controle social exercido. Nesse sentido, o Direito Penal torna ainda mais profundas as diferenças sociais, ao mesmo

tempo em que justifica e legitima a intervenção estatal, por meio dos aparelhos penais, para auxiliar esses privilégios minoritários – *minoritários* em termos quantitativos, e não qualitativos (CASTRO; CODINO, 2017, p. 235).

A criminologia, por sua vez, segundo Lola Aniyar de Castro (2005, p. 57), somente se ocupa do controle social, do que se desprende da experiência nos países da América Latina, quando esse controle visa consolidar o sistema de classes, exercendo, assim, uma função *reprodutora* desse controle, que tende, de um lado, à declaração de ilegalidade dos interesses da classe subalterna e, de outro, à transformação em questão de ordem pública da afirmação desses interesses.

Nesse sentido, a criminologia não só se ocupa da violação da ordem, como da sua perpetuação, mediante a ocultação da realidade e o exercício de sua função ideológica, a fim de que não se questione o sistema de classe. Nas palavras de Anyar de Castro,

com efeito, **quando os valores essenciais são afetados, o espaço atingido torna-se uma questão de ordem pública e, portanto, de potencial criminalização**, isto é, de conversão em delito, falta e objeto de repressão, ressocialização ou tratamento.

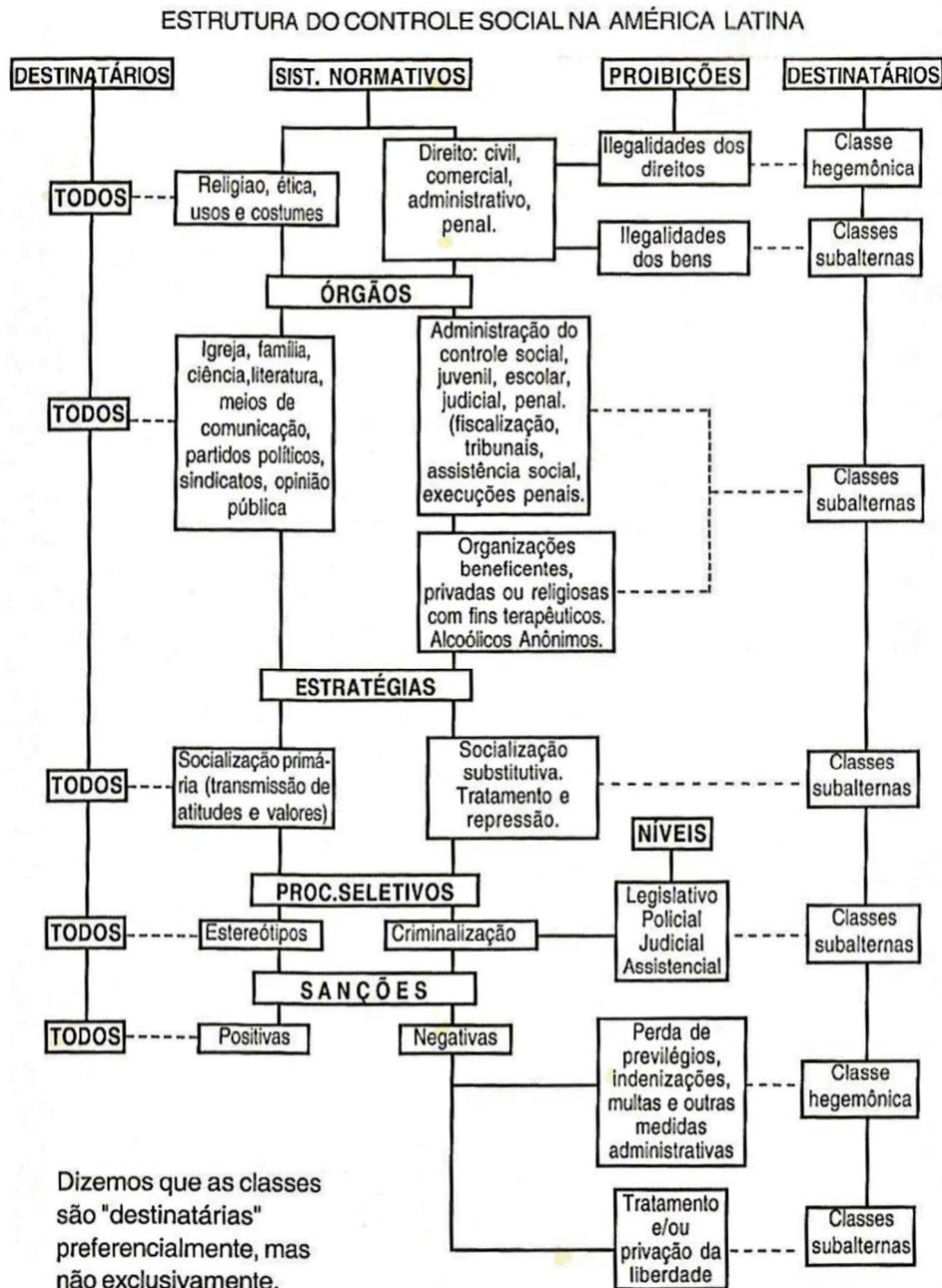
Quais são os valores essenciais ao sistema?

São, sem dúvida, **aqueles que garantem a estabilidade do sistema de dominação** (CASTRO, 2005, p. 56, grifo nosso).

Portanto, os valores que recebem a tutela penal, mediante a conversão de sua afetação em questão de ordem pública, ou seja, em delito, por intermédio do processo de criminalização, são aqueles essenciais não segundo as exigências sociais, mas sim essenciais para a perpetuação de um projeto de dominação colonial, que visa controlar os segmentos autóctones e manter a exploração da mão de obra no capitalismo periférico.

O campo penal é marcado pela ruptura da dignidade humana e relaciona-se a estratégias de naturalização das hierarquias sociais e de submissão a uma moralidade política forjada pelas classes hegemônicas, de forma que o sistema penal atua para gerir diferencialmente as ilegalidades (CARVALHO, T., 2014, p. 166).

Essa gestão das ilegalidades, que visa, em última instância, assegurar os valores do sistema de dominação, é diferencialmente exercida de acordo com a classe do destinatário desse controle. Para elucidar como se estabelece essa rede de contenções, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 54) formula o seguinte quadro:



Nota: a coluna central da esquerda corresponde, em termos gramscianos, à sociedade civil; a da direita, à sociedade política.

FIGURA 1 – Estrutura do controle social na América Latina

A seletividade classista do controle social é evidenciada pela referida estrutura, tanto em seu nível formal, quanto informal, determinando a criminalização (ou não) de condutas e indivíduos e a respectiva rede de sanção. Os *processos de socialização primária* são destinados a todos os estratos sociais e têm como finalidade conformar as atitudes e os valores dominantes, para o que a criminologia contribui mediante, por exemplo, a criação de estereótipos. A *socialização secundária*, por sua vez, tem lugar diante do fracasso da primária em garantir a fidelidade das massas a esses valores e promove a submissão, por meio do tratamento e da repressão, aos valores do sistema de dominação (CASTRO, 2005, p. 50).

No contexto concreto dos países latino-americanos, caracterizados pela violência, pela marginalidade e pela naturalização da desigualdade, a seletividade do controle penal é vislumbrada na designação, de um lado, de instituições de controle não penal para os *ilegalismos dos direitos* (como os delitos financeiros), mediante a imposição de sanções civis ou administrativas, por exemplo, e, de outro, de instituições penais para os *ilegalismos dos bens* (como os crimes contra o patrimônio), que sofrem tipificações penais e, conseqüentemente, estigmatização (CASTRO; CODINO, 2017, p. 334).

Essa rede integrada e complexa de controle social termina ou não – a partir da seletividade e da discriminação – no sistema penal, pelos processos de criminalização. A criminalização seletiva de condutas e pessoas se opera pelas agências constitutivas do sistema penal, a saber: políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica, internacionais. Tal seleção criminalizante é efetivada em dois momentos – criminalização primária e criminalização secundária. Cumpre assinalar que

criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentares, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária [...] a *criminalização secundária* é a *ação punitiva exercida sobre pessoas concretas* [...] (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 43, grifo do autores).

Como destaca Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 217), a gestão da subcidadania é observada tanto pelas práticas de genocídio e pelo encarceramento da população miserável, quanto pela criminalização primária, tendo em vista o processo seletivo de criminalização, que atua de modo a tutelar penalmente, de forma primordial e implacável, a propriedade privada, em detrimento, inclusive, da vida ou da integridade física, e tolerar, por sua vez, delitos das classes hegemônicas.

Os valores cuja afetação torna a questão como de ordem pública, ensejando os processos de criminalização, isto é, de conversão em delito, são aqueles essenciais à perpetuação e à reprodução do sistema de dominação, ou seja, à consolidação do sistema de classe. Por essa razão,

[...] a utilização do delinqüente estereotipado de classe baixa [...] permite quebrar a solidariedade intraclasse, ao canalizar para essa classe, produtora de delinqüentes, a agressividade contida na luta de classes. [...] contribuiu para caracterizar as tensões internas do sistema e para **produzir legitimação por meio da repressão desse novo e único inimigo comum, que agora vai construir, no seio das classes sociais, um 'obstáculo para a coalizão'**. É a **criminalização de uma classe social** (CASTRO, 2005, p. 46-47, grifo nosso).

As marginalidades social e econômica, segundo a autora (2005, p. 248), são percebidas e lidas como um problema de *ordem pública*, e não como decorrentes do próprio sistema socioeconômico, levando à violência institucional dirigida a essas classes marginalizadas, nas quais se encontram os pobres, os jovens, os indígenas, as mulheres e os grupos sub ou contraculturais.

A política da ordem pública tipifica, pois, as condutas mais facilmente verificáveis nos grupos precarizados e assegura a hegemonia da classe dominante, mediante a tutela dos valores que lhes são essenciais (como a ordem e a propriedade) e, por outro lado, a tolerância das condutas altamente lesivas próprias das classes privilegiadas (sobreintegradas).

Segundo Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 83-84), a violência do vulnerável é intraclasse e é exercida não apenas através da criminalização da pobreza, como também do abandono e da exclusão dessa população, carente de políticas de efetivação dos direitos sociais e jurídicos. O olhar negligente das

autoridades, associado aos fenômenos da invisibilidade e da reificação, bem como da naturalização da desigualdade, gera uma espécie de genocídio.

A essa seletividade classista, que (re)produz o estereótipo do delinquente como o pertencente à classe baixa – difundido não só pelo sistema de controle formal, como informal –, é somado o componente da discriminação racial, como ferida adicional, incrustada nas instituições e práticas modernas para dividir a cidadania e a subcidadania (CARVALHO, T., 2014, p. 214).

Para Zaffaroni e Batista,

o estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias)*, que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram *causas da criminalização*, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado *efeito* reprodutor da criminalização ou desvio secundário) (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 46, grifo dos autores).

Assim, o estereótipo que se introduz no imaginário social norteia o processo seletivo de criminalização e determina, ainda, a autoimagem do indivíduo que se identifica na figura de criminoso em razão de enxergar em si características próprias da imagem do delinquente.

A seletividade e a (re)produção dos estereótipos não integram somente os mecanismos de controle formal, que, juntamente com a lei, compõem a dimensão normativa e institucional-instrumental, como também as instituições informais, como a família, a mídia, a escola, entre outros (dimensão integrativa do controle social) (ANDRADE, 2012, p. 137)

Esses sujeitos pertencentes à classe pobre, negros ou mulatos, jovens, analfabetos ou com pouca escolaridade, que representam quase que a totalidade dos encarcerados, são os portadores do *habitus precário*, que não atendem às demandas objetivas do tipo humano produtivo e útil e, portanto, são percebidos como subcidadãos, não detentores da dignidade do sujeito moderno – racional, útil e produtivo (CARVALHO, T., 2014, p. 213).

Ao explicar as raízes desse processo de seletividade, Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 213) ressalta que o empreendimento colonizador de disciplinamento e controle absoluto das populações nativas e escravizadas destruiu a rede cultural dessas populações, classificando-as como inferiores, selvagens ou bárbaras, de modo a configurar as fontes imaginárias da seletividade penal, engendrada por componentes sociais e raciais.

A realidade latino-americana, no campo penal, é caracterizada, segundo Juarez Cirino dos Santos (1984, p. 70-71), pelo genocídio indígena, pela exploração da mão de obra escrava, pela dura repressão das classes dominadas e, por outro lado, pela proteção das classes dominadas ante a prática de crimes contra a vida, a integridade física e o patrimônio do povo, bem como do terror institucionalizado, na forma de torturas e assassinatos.

As noções de seletividade, estereótipos, estigmatização e discriminação vão pautar não só os processos de criminalização, como também vão permitir a distinção entre *vítimas de primeira e vítimas de segunda classe*, que norteia, inclusive, a severidade ou não da pena a ser imposta, principalmente diante de vítimas da denominada, de forma pejorativa, *limpeza ou profilaxia social* de grupos qualitativamente minoritários ou desprezados. A naturalização da desigualdade social e os fenômenos crônicos do *habitus precário* e da invisibilidade social possibilitam que a distinção entre as vítimas conduza, além da diferença na reação penal, à normalização de mortes massivas, originadas, sobretudo, do sistema social excludente (CASTRO; CODINO, 2017, p. 502 e 510).

Essa lógica que constitui a especificidade da modernização dos países periféricos e a que respondem os sistemas penais nessas regiões, ao não reconhecer cada indivíduo como cidadão e, mais, ao perceber indivíduos e classes inteiras precarizadas como não-gente e coisa, autoriza, com o consentimento social, o abandono desses indivíduos, a sua brutalização e o seu massacre pelo exercício do poder punitivo, além de negar a sua condição de vítima.

2 AS LINHAS FUNDAMENTAIS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

A partir da concepção das noções de crime e de pena enquanto construção social, sob a perspectiva da estrutura essencialmente relacional da existência humana, bem como da análise da atuação do poder punitivo estatal, é possível compreender que o modelo tradicional de resolução estatal dos conflitos penais, operado pelo sistema penal, apesar de se apresentar como igualitário, na verdade, é estruturalmente seletivo e atua de modo a criminalizar apenas determinadas condutas e pessoas.

No contexto de crise de legitimidade do discurso jurídico-penal, ante a evidência de sua falsidade e o seu descrédito, de incapacidade do sistema penal para administrar os conflitos, bem como de reivindicações das vítimas, cuja palavra havia sido cassada e cuja importância havia sido negada com o surgimento do poder punitivo, inicia-se uma busca por abordagens alternativas, isto é, por formas diversas de se lidar com os conflitos penais. Dentre essas abordagens, observa-se o interesse pela justiça restaurativa.

Assim, é necessário compreender o contexto em que se insere esse interesse pelas práticas restaurativas, bem como entender, a partir da mudança do paradigma punitivo-retributivo, o funcionamento da justiça restaurativa enquanto modelo de justiça essencialmente relacional, identificando-se o seu conceito e objetivos, bem como os seus princípios norteadores.

Além disso, para que a justiça restaurativa não seja colonizada pelo sistema penal e não perca seu potencial transformador, são relevantes os aspectos propositivos-constructivos das críticas abolicionistas, que proporcionam as ferramentas para a estruturação de um modelo de justiça que assegure o encontro entre os diretamente envolvidos.

Com a compreensão dos valores, objetivos e princípios restaurativos, bem como das contribuições abolicionistas, torna-se possível, então, analisar, a partir de pesquisas já realizadas e documentadas, práticas restaurativas já implementadas no Brasil.

2.1 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PARADIGMA PUNITIVO-RETRIBUTIVO

A gestão diferencial das ilegalidades, nos termos em que denuncia Lola Aniyar de Castro, com vistas a assegurar os valores do sistema de dominação, faz com que a afetação destes valores se torne uma questão de ordem pública, isto é, seja convertida em delito, a partir do processo seletivo de criminalização.

Ao compreender como se dá essa criminalização, observa-se que não há um conceito absoluto ou natural de crime. Os conceitos ou significados de pena e de crime são construídos socialmente, a partir de um processo seletivo e discursivo de criminalização, não se tratando, portanto, de conceitos imutáveis e metafísicos que preexistem às relações sociais. Sendo assim, o conceito de crime é uma construção social e não algo natural. *“As ações não existem, elas tornam-se! Elas adquirem significados através dos processos sociais. O crime não existe. Ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos”* (CHRISTIE, 1997, p. 247-248).

O crime é qualificado como tal por decisão política e criação legal, a partir dos supracitados processos seletivos de criminalização. Nesse sentido, observa-se que, na perspectiva retributiva, o ato é analisado como uma transgressão à lei, não sendo relevantes as relações interpessoais que envolvem o delito, tampouco o aspecto conflituoso do crime (PALLAMOLLA, 2009, p. 69).

As reações aos conflitos criminais e a própria ideia de pena, enquanto forma de coação estatal, também não podem ser compreendidas como inalteráveis ou alheias às relações sociais, até porque, ao longo da história, os sistemas penais sofreram transformações.

No tocante aos métodos punitivos, Rusche e Kirchheimer (2004, p. 17-18) explicam que o estudo deve partir de um enfoque histórico, uma vez que, para os autores, as teorias penais são incapazes de garantir uma compreensão efetiva da utilização de determinados métodos em um determinado contexto social. No dizer dos autores,

además, como estas teorías consideran a punición como algo eterno e imutável, elas se opõem a qualquer tipo de investigação histórica. [...] Tão logo uma etapa de desenvolvimento seja fixada numa teoria penal, a análise das relações eventuais entre método de punição e organização da sociedade ocorre apenas numa esfera limitada. [...] a análise é limitada pelas condições sociais da época posterior, especialmente pela necessidade de defender a integridade ideológica da instituição punitiva, uma instituição tão necessária no presente como o foi no passado (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 17-18).

Assim, os autores identificam a necessidade de se compreender a inserção de certos métodos punitivos em prejuízo de outros em um processo social, sob uma perspectiva histórica. No entanto, destacam que as abordagens críticas construídas em relação ao que se passou são muito restritas quando se observa o condicionamento pelo qual o sujeito passa, principalmente em razão de suas conclusões se balizarem pela imprescindibilidade de conservação da própria instituição punitiva.

Em relação ao surgimento da noção de poder punitivo, observa-se que tal poder, como forma de coação estatal, originou-se na Europa no século XIII, ao mesmo tempo em que surgem os conceitos de Estado e de capitalismo (ANITUA, 2008, p. 37). Foi precisamente a partir desse momento histórico que se verifica o início de um processo de centralização, que substituiu a noção feudal de poder pela ideia de soberania, no qual a prática punitiva desempenhou papel de extrema relevância. Além do processo de centralização, iniciou-se também um processo de racionalização, ou seja, “[...] de profissionalização e burocratização dos órgãos encarregados de administrar o poder – e entre suas funções o poder penal – à margem do Estado” (ANITUA, 2008, p. 39). No entanto, como ressalta o autor, tais processos, além de não terem sido capazes de reduzir a violência, representaram um mecanismo de poder visivelmente repressivo e menos dissuasivo.

Na verdade, o que se verifica é que esse confisco do conflito pelo Estado anula o ofensor, que passa a ser percebido como um objeto e como inimigo do soberano, além de ser identificado com a figura do “outro”, que é tido como inferior e em relação ao qual se instiga o surgimento do medo (ANITUA, 2008, p. 45).

Considerar o ofensor como o “outro”, o inimigo, ao qual se deve temer é buscar justificativas para a adoção de quaisquer medidas entendidas como necessárias

para sua punição ou mesmo eliminação, legitimando, inclusive, a atuação do aparelho punitivo à margem da legalidade.

A partir do momento em que o Estado se apropria do conflito, então, a noção de dano é substituída pela de infração e o Estado passa a ser considerado o principal ofendido, em detrimento das reais vítimas da conduta lesiva (FOUCAULT, 2001; ANITUA, 2008; ACHUTTI, 2014). Com essa expropriação do conflito pelo Estado e a substituição da vítima, há o afastamento da verdadeira vítima, que é colocada em segundo plano, bem como o direcionamento da justiça criminal para o delito praticado e seu autor – qualificado como o inimigo.

Nesse contexto, aos monarcas dos emergentes Estados nacionais foi conferido o monopólio do exercício do poder punitivo e da possibilidade de perdoar, ao passo que a vítima – até então protagonista – foi colocada em uma posição periférica e que a reparação dos danos foi subalternizada (CÂMARA, 2008, p. 38).

É importante mencionar que a assunção do monopólio do poder punitivo pelo Estado não visou à proteção das vítimas individuais, mas sim dos interesses do próprio soberano, mediante a reafirmação do poder, fundando-se na premissa de que as funções preventivas da pena – de natureza intimidatória – devem prevalecer em detrimento da satisfação dos interesses das vítimas concretas (CÂMARA, 2008, p. 39).

Ao explicar essa personificação da comunidade e do Estado, enquanto resultado do racionalismo, Ana Messuti destaca que

a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou da verdadeira vítima de sua tal qualidade, para investir a comunidade nesta qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstrata: a comunidade [...] Mas esta substituição não significa que se acentue a preocupação pelas vítimas coletivas, minorias, grupos étnicos, povos oprimidos. Ou seja, não significa a substituição do indivíduo individual pelo indivíduo coletivo. A substituição que tem lugar é a de um indivíduo de carne e osso, individual ou coletivo, por um ente abstrato, a comunidade (MESSUTI, 2003, p. 72-73).

Na medida em que o sistema jurídico é articulado mediante abstrações – que podem ou não existir –, o sentido concreto da lesão jurídica na vida das pessoas é

desvalorizado, de modo que essa extensão da vitimização à comunidade institucionalizada não representa uma maior preocupação com as vítimas coletivas e os grupos oprimidos, mas tão somente a desindividualização do indivíduo e a ausência de interesse voltado às vítimas individuais e às suas necessidades.

O sistema penal, por seu caráter reducionista, encara o acontecimento “através de um espelho deformante que o reduz a um momento, a um ato” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 81-82). Como destaca Howard Zehr, ao elucidar as consequências para a compreensão do fenômeno crime dentro do processo:

o rapaz traumatizado que cometeu o delito transformou-se num *criminoso* e foi, portanto, tratado como uma abstração, através de estereótipos. A moça ferida tornou-se uma *vítima*, mas suas necessidades provavelmente receberam pouca ou nenhuma atenção. Os eventos se tornaram um *crime*, e o *crime* foi descrito e tratado em termos simbólicos e jurídicos estranhos às pessoas envolvidas. [...] O processo é mistificado, mitificado, até tornar-se algo maior e muito distante da vida. Ao longo de todo esse processo, todos nós nos tornamos mais temerosos (ZEHR, 2014, p. 57-58, grifo do autor).

Dentro do sistema jurídico e com a mistificação do processo, não se volta a atenção para o dano causado ou para a situação efetivamente vivenciada, mas apenas para o ato definido pela lei como crime, do mesmo modo em que não há o objetivo do processo criminal de promover reconciliação entre vítima e ofensor, na medida em que a ofensa, o dano e o relacionamento entre eles não são considerados problemas relevantes.

Por operar com abstrações, o sistema de justiça, além de confiscar o conflito das vítimas, marginalizando-as e impedindo qualquer possibilidade de diálogo, acordo ou reparação dos danos, sequer é capaz de responsabilizar efetivamente o réu, que, deparando-se com meras representações, não compreende a punição como correlacionada ao ato lesivo praticado. Da mesma forma, a generalidade e abstração da pena provocam o sentimento da vítima de que tais penas não lhe são destinadas. Nas palavras precisas de Giamberadino,

Regras e papéis justificam tudo, produzem realidades, acobertam: a desindividualização que delas resulta afasta, enfim, qualquer possibilidade de responsabilidade. As práticas modernas de censura, reduzidas à produção e reprodução da diferenciação social através da pena e da violência estatal, **prescindem da atribuição de efetiva**

responsabilidade ao inviabilizarem a possibilidade do encontro e da mediação. Excluem e segregam, sem responsabilizar; punem gratuitamente, embora de modo funcional à estrutura social e econômica, **sem estabelecer vínculos reais com o dano produzido a outrem** (GIAMBERADINO, 2015, p. 144, grifo nosso).

Assim, a expropriação do conflito e a neutralização da vítima acabam por impossibilitar uma solução real dos conflitos, na medida em que o sistema penal enxerga apenas uma única via de solução do conflito, sem considerar os problemas concretos dos protagonistas ou suas possíveis reações ao ocorrido.

Considerando que o pensamento moderno coloca como premissa para conferir racionalidade à reação criminal a extirpação de qualquer resposta instintiva ou emocional ao delito e a conseqüente neutralização da vítima, a entrada em cena da figura da vítima e o sentimento que ela provoca, sobretudo de desconfiança quanto ao seu desejo, não encontram lugar nesse raciocínio penal. Isso é acentuado pela visão caricaturada que se tem em geral da vingança, como uma violência injusta e sem limite, uma reação brutal anulada pela pena (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 263-264).

Como explica André Giamberardino (2015, p. 98), há um mito de que as formas de punir evoluíram no decorrer da história e os sistemas penais foram humanizados, a partir da superação das penas cruéis que estaria vinculada à sobreposição do *monopólio* estatal da punição, em substituição à *vingança privada*. Historicamente, o autor denuncia se tratar de uma premissa errônea, pois é precisamente quando o poder punitivo passa pelo processo de centralização e concentração que há o momento de publicação do suplício.

Além disso, o sistema penal não tem aptidão para alcançar os fins a ele atribuídos pelas teorias oficiais, tampouco é capaz de atender aos anseios da população, relevando-se, pois, sua incapacidade estrutural.

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 135) ressalta a eficácia meramente simbólica, de reprodução ideológica do sistema, das funções declaradas da pena, que sequer podem ser cumpridas, revelando, ainda, o cumprimento de

funções latentes ou reais, que, mais do que distintas, são inversas às atribuídas à pena pelo discurso oficial.

Dessa forma, as funções declaradas da pena constantes nas teorias legitimantes do sistema penal objetivam tão somente promover um discurso ideológico a fim de ocultar suas reais funções, criando uma realidade ilusória de legitimação e de necessidade do próprio sistema penal.

Por outro lado, as funções latentes, isto é, as de fato cumpridas, são completamente diversas das declaradas, não tendo como objetivo a proteção de bens jurídicos, da ordem jurídica e da sociedade, mas “[...] construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)” (ANDRADE, 2012, p. 136).

O que se observa, então, é a inaptidão das funções declaradas da pena à efetiva resolução dos conflitos sociais e à tutela dos bens jurídicos. Em contrapartida, as funções ocultas são capazes de alcançar os fins pretendidos, de modo a garantir a reprodução e a manutenção da realidade social desigual e injusta da sociedade capitalista.

Contata-se, pois, uma verdadeira discrepância entre as funções atribuídas à pena pelas teorias oficiais e as funções reais por ela exercidas. No entanto, essa contradição entre o discurso oficial e a realidade do sistema penal não pode ser denominada, como explica Zaffaroni (2010, p. 15-16), de *crise*, pois a seletividade, a criação de condições que propiciam o aumento de condutas lesivas, a reprodução da violência, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição de relações horizontais são características que, embora cancelem o discurso oficial, são estruturais, e não conjunturais, do exercício de poder de todos os sistemas penais. O que o autor identifica como *crise* é “uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal. [...] é o momento em que a falsidade do discurso jurídico penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região”.

Essa falsidade do discurso jurídico-penal foi evidenciada pela criminologia da reação social na América Latina, de forma mais incisiva, tendo em vista o maior e menos sutil nível de letalidade dos sistemas penais latino-americanos comparados aos dos países centrais (ZAFFARONI, 2010, p. 35). A crítica criminológica denuncia, ainda, a ilusão de que o sistema penal possui defeitos que são meramente conjunturais e que podem ser superados, revelando, por outro lado, que essas características são estruturais.

Na América Latina, a operacionalidade dos sistemas penais, como já mencionado, se dá de forma altamente violenta, assumindo um caráter genocida, o que tornou insustentável a prolongação no tempo da imunidade à crítica do discurso oficial. Na tentativa de neutralizar a crítica, utiliza-se, no contexto dos sistemas penais marginais, a *desinformação teórica*, cujo caminho mais eficaz é a *satanização* de qualquer crítica que vise à deslegitimação do sistema penal como *marxista* (ZAFFARONI, 2010, p. 36).

Observa-se uma relação entre o projeto empreendido pelos sistemas penais marginais para tentar neutralizar as críticas que lhes são dirigidas e a perspectiva de análise de Jessé Souza acerca da tese de Gilberto Freyre, no que se refere às já ressaltadas demonização e deslegitimação da crítica, promovidas pelo enaltecimento da *índole pacífica do povo brasileiro*, da homogeneidade. Obstam-se, assim, a reflexão autônoma e livre e, por conseguinte, a crítica, sem o que não se consegue revelar a ilusão de liberdade e igualdade construída pelas práticas institucionais e sociais por meios insidiosos e imperceptíveis.

Apesar desses esforços empreendidos para evitar a crítica ao sistema penal, apesar da força do exercício genocida do poder, a deslegitimação do sistema penal é acarretada pela percepção direta de fatos cuja captação não pode ser inteiramente impedida, por fatos que operam como *choque* com a realidade, decorrentes da peculiar situação dos sistemas penais periféricos, cuja operacionalidade não é completamente ocultada, caracterizada pelo desaparecimento forçado de pessoas e pelo alto nível de letalidade (ZAFFARONI, 2010, p. 38-39).

É possível perceber, então, a crise de legitimidade do sistema penal, que resulta da evidência dos fatos. Além disso, conforme explica Antoine Garapon,

O trágico da pena surge quando ela se mostra na sua nudez, despida de todo discurso, quando toda a referência à falta desaparece e quando ela se resume à do sofrimento imposto, administrado pelo Estado. E este último não pode endossar este papel, salvo considerar-se por seu lado culpado. O sofrimento como único fundamento do direito penal condena a prazo o direito penal (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 268, grifo nosso).

A partir do pressuposto de que o crime, enquanto construção social, não corresponde a uma realidade ontológica, há como se modificar o modo de se compreender o conflito e, por conseguinte, as formas de reação a tais situações. Isto é, as formas de se enxergar o fenômeno crime e as reações a ele não são inalteráveis. Nesse sentido, explana Howard Zehr que

Até a Idade Moderna o crime era visto primariamente num contexto interpessoal. A maior parte dos crimes era retratada essencialmente como um mal cometido contra uma pessoa ou como um **conflito interpessoal**. Semelhante aos processos civis, o que importava na maior parte dos delitos era o dano efetivamente causado, e não a violação de leis ou da ordem social e moral enquanto abstração. Os males cometidos criavam obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas (ZEHR, 2014, p. 95).

Portanto, antes da substituição da noção de dano pela de infração e da apropriação do conflito pelo Estado, este era percebido como um conflito, em primeiro lugar, interpessoal, a ser reparado de alguma forma.

Ao apontar os sistemas de justificação da pena no pensamento ocidental, Frédéric Gros (2001, p. 111-112) esclarece que, ante a crescente necessidade de se voltar para a vítima e a crise dos centros de sentido da pena – recordação da lei, defesa da sociedade e educação do indivíduo –, que não consideravam a relação criminosa para com o outro, há o deslocamento para o sofrimento concreto da vítima.

O que manifesta uma dimensão sagrada já não é a lei na sua transcendência, mas o sofrimento singular. O que, para punir, se proclama impondo silêncio já não é o estrondo soberano da lei insultada, mas a voz despedaçada da vítima. [...] Nasce uma democracia nova, a dos sujeitos sensíveis (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 111).

O retorno da vítima ao cenário demanda a compreensão do crime para além da mera infração à lei, mas como um ato que causa danos a alguém, que agride alguém e que quebra a justa distância existente entre os sujeitos, sendo, pois, necessário desfazer esse nó por meio de um frente a frente organizado, com abertura de espaço para o sofrimento concreto da vítima, para a “voz despedaçada da vítima” e com vistas à restituição pública, por meio da restauração, da justa distância fraturada (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 112 e 133).

Nesse sentido, a revalorização da vítima permite o resgate da dimensão humana do conflito e o enfrentamento deste da única maneira socialmente positiva, qual seja, a partir da busca de uma solução concreta para os danos efetivamente causados pela situação conflituosa, a partir da perspectiva dos protagonistas, e não a partir da busca de uma resposta limitada a tranquilizar a consciência dos operadores do direito, sem considerar o sentido concreto da lesão jurídica na vida das pessoas *de carne e osso*.

É nesse contexto de crise de legitimidade do paradigma punitivo, que afeta a justiça criminal tradicional, que se renova o interesse na Justiça Restaurativa enquanto alternativa não punitiva de controle social (ANDRADE, 2018, p. 20-21). Isto é, a partir das teorias críticas que revelam as falácias do discurso oficial, da constatação da incapacidade do sistema penal de cumprir com as finalidades que lhe são atribuídas, bem como da reivindicação da vítima de integrar e participar efetivamente da resolução do conflito, há a necessidade de se repensar as formas como se lidam com os conflitos penais e de se buscar alternativas ao sistema de justiça penal. É nesse cenário que o interesse na justiça restaurativa, cuja prática não é recente, renova-se no Brasil, como forma alternativa de controle social.

2.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA/RECONSTRUTIVA: UM MODELO DE JUSTIÇA RELACIONAL

Com o retorno da vítima e considerando a estrutura relacional – de reconhecimento recíproco – sob a qual se funda a existência humana, Frédéric Gros propõe um modelo de justiça relacional. Segundo o autor,

Mas que será punir então segundo a justiça relacional? No fundo, seria necessário considerar que o **crime**, a agressão não são por esta justiça nem a transgressão de uma lei, nem o atentado a uma ordem pública, nem um sintoma patológico, mas a **fractura desta justa distância entre sujeitos éticos**. O que me agride faz estragos na minha vida antes de cometer uma infracção à lei. O que me fere, que me rouba, me agride, quebra esta distância invisível que separa tudo ligando-os aos sujeitos de direito. Punir **então será desfazer este nó, organizar um frente a frente destinado a restaurar, reinstituindo-a publicamente, uma justa distância** (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 133, grifo nosso).

A mudança de percepção sobre o fenómeno crime, sobre o papel que deve desempenhar a vítima, sobre o que significa punir e sobre a própria concepção de justiça demanda a busca por uma resposta emancipada da ideia de pena e que vise a possibilitar a relação violada pelo crime.

A partir dos conceitos formulados por Frédéric Gros, da concepção de justiça relacional, do crime como um encontro infeliz e do deslocamento do centro de gravidade da justiça para a vítima é que, segundo Antoine Garapon, torna-se possível pensar e estruturar uma justiça reconstrutiva¹ (2001, p. 249).

A justiça restaurativa, não está, portanto, centrada na lei, na ordem pública ou no criminoso, mas na vítima, que havia sido confiscada do conflito. Pensar a justiça a partir das expectativas da vítima faz questionar a relação entre crime e pena, entre justiça penal e punição.

¹ Ressalta-se que o termo “Justiça Reconstrutiva”, utilizado por Antoine Garapon, justifica-se na medida em que, para o autor, o objetivo deste modelo de justiça é a reconstrução de uma relação destruída e não o retorno ao idêntico estado anterior (GARAPON, 2001, p. 250). Embora se entenda, em consonância com o referido autor, que a tradução “reconstrutiva” seja mais adequada à proposta desse modelo de justiça, no presente trabalho, passar-se-á a utilizar apenas o termo “justiça restaurativa”, por se tratar de termo mais comumente adotado e conhecido.

A ideia de pena [...] coloca implicitamente o autor – e não a vítima – no centro da justiça criminal. Diversas teorias da pena puderam suceder-se sem contestar este equilíbrio. Ora, eis que **este postulado tão antigo que se tornou evidente, é hoje posto em causa pelas vítimas. Essas não fornecem uma nova justificação para a pena, mas desqualificam-na,** pelo contrário, em benefício de outras soluções que tentam não responder ao sofrimento pelo sofrimento, com a entrada em cena da vítima é a própria ideia da pena que é posta em causa [...] (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 254-255, grifo nosso).

A necessidade de substituir o discurso da ofensa à lei pela perspectiva da vítima coloca em xeque, então, a própria pena em seu sentido tradicional, exigindo, por outro lado, que se pense em reações ao conflito diversas da pena. A revalorização da vítima enquanto protagonista exige voltar a atenção não exclusivamente para o ato – como ocorre nas teorias retributivas – ou para vítima e ofensor isoladamente, mas sim para o encontro entre o ponto de vista dessas duas figuras simultaneamente, para que, nesse frente a frente, a mediação revele o próprio sentido da justiça.

A presença da vítima sobrepõe ao frente a frente entre o criminoso e o príncipe – no qual ela figurava como mera convidada – o frente a frente entre vítima e ofensor, em posição de protagonistas, no qual o objetivo não é a expiação, mas o retorno, na medida do possível, ao estado anterior, ante o prejuízo provocado à vítima (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 262 e 264).

Com a justiça restaurativa, a atenção que se volta à voz e à visão da vítima, cujo direito de intervenção no processo passa a ser reivindicado, implica em reconhecê-la, assim como ao ofensor, como atores do processo, possibilitando a transação. Conforme explica Antoine Garapon (2001, p. 264 e 268), não se trata de reproduzir o unilateralismo do raciocínio penal em favor do autor – no qual o frente a frente se dava entre o sujeito e a lei – a partir de um unilateralismo em favor da vítima – pautado apenas no sofrimento causado –, mas sim de considerar, concomitantemente, os pontos de vista do autor e da vítima, em uma mediação que constitui o próprio sentido da justiça.

O momento da justiça é esse frente a frente, esse encontro entre dois rostos. “A justiça deve satisfazer a reivindicação de um rosto para as vítimas: o seu papel é fazer passar do *socius* anônimo ao próximo, cujos sofrimentos eu sinto. A situação

do processo obriga a passar da indiferença para uma relação incômoda, a um frente a frente obrigado à audiência. Cada um está de corpo presente” (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 282).

Assim, o que deve ser considerado como fato gerador de justiça é o próprio evento do encontro. O sentido do encontro não se esgota no ato, enquanto o evento visto da perspectiva do autor, nem no sofrimento, enquanto vivência pela vítima da ação, tampouco com a transgressão, abstratamente qualificada, mas transborda sobre si mesmo (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 269).

A justiça restaurativa parte da ideia de que “a injustiça é uma relação desequilibrada, ligada por uma afronta entre dois iguais”, que atinge a vítima em seu estatuto democrático de igual e na sua capacidade de agir e de afirmar seu próprio ser, de modo que a sua finalidade seria de retificar essa relação desigual gerada (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 271-272). A premissa, portanto, é de que a infelicidade do crime desfaz a igualdade entre os sujeitos éticos e ameaça a identidade da vítima, na medida em que lhe retira o seu poder de afirmação do seu ser e a sua capacidade de agir.

A partir dessas considerações, Antoine Garapon (2001, p. 286-287) defende que o encontro entre os sujeitos é capaz de inverter o sentido do desprezo sofrido pela vítima, proporcionando uma resposta totalmente emancipada da ideia de pena, a partir da emissão de um sinal reconhecimento, que tem o condão de anular e desmentir, por um dizer público, o desprezo provocado pelo evento danoso, bem como da possibilidade de que as partes encontrem esse sinal de reconhecimento por uma troca direta, por um ato de reparação.

Para Garapón,

Ao fazer do confronto entre o autor e a vítima a sua cena principal, ao centrar-se num dizer de justiça que pode relevar-se mais importante que as conseqüências, ao procurar mais a reparação que a punição e, finalmente, ao fazer da ligação a própria matéria da sanção. Se de futuro o crime for entendido **como um desprezo do outro, uma perversão da relação**, o horizonte desta nova filosofia jurídica é, a partir de um pensamento da ligação, garantir a continuidade do mundo (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 287, grifo nosso).

Nesse sentido, o horizonte da justiça restaurativa, que se volta justamente para o restabelecimento, de diversas formas, da relação, está no confronto entre os interessados, num dizer de justiça, na reparação muito mais que na punição, partindo de um pensamento de ligação para que, mesmo após esse desprezo do outro e essa perversão da relação que é o crime, seja possível a continuidade do mundo.

A partir da noção de crime como, em última instância, um desprezo à vítima, a justiça deve anular esse desprezo por meio da manifestação de um reconhecimento público da identidade negada pelo crime. Esse reconhecimento público não só afirma a igualdade entre as pessoas, como lhes atesta a capacidade de agir, mediante o oferecimento da oportunidade de a vítima poder agir em justiça, exteriorizando o seu sofrimento.

O horizonte da justiça restaurativa é o restabelecimento da relação, o reconhecimento, e centra-se, para isso, no confronto entre autor e vítima, a fim de possibilitar que, no frente a frente, haja a reparação de uma relação interrompida, bem como a responsabilização do ofensor, que se depara com a vítima *de carne e osso*, e não mais com uma vítima abstrata.

A generalidade e a abstração da pena conduzem inevitavelmente ao sentimento da vítima de que tais penas não lhe são destinadas. A justiça restaurativa, por sua vez, ao colocar as partes envolvidas no conflito diretamente em contato, possibilita que a solução concreta seja por elas mesmas encontrada, não as remetendo para o simbolismo obsoleto da pena, desprovido de significação (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 317). Por meio do diálogo e de tentativas criativas, os interessados, cujo poder de agir é restituído, são instigados a encontrar soluções concretas para responder aos prejuízos morais e materiais causados à vítima, com o restabelecimento das relações e a suspensão do desprezo.

Não se trata, porém, de restabelecer necessariamente as relações entre as partes em si, o que dificilmente se produz, mas sim de restaurar a capacidade dos envolvidos de manter relações normais com outras pessoas, assegurando a possibilidade de uma relação, antes bloqueada pela violência do crime (GARAPON;

GRÓS; PECH, 2001, p. 277).

Por meio do frente a frente, as partes envolvidas no conflito, não mais em uma condição de passividade, mas ativamente, podem buscar, a partir dos danos e das suas necessidades concretas, soluções capazes de suprir as perdas resultantes desse encontro infeliz, de modo a restaurar a relação violada com o ato. Ampliam-se, então, as respostas possíveis, bem como a forma de se alcançar tais respostas, a partir da perspectiva dos próprios protagonistas.

Esse encontro se dá entre dois sujeitos éticos colocados em capacidade (*empowerment*) e instaura uma simetria entre o poder restituído à vítima e a responsabilização do autor, isto é, o frente a frente busca restituir tanto à vítima quanto ao autor a sua capacidade ética, a fim de possibilitar o desenvolvimento do sentido de responsabilidade – não garantido pelo modelo de prisão, que desresponsabilizava –, bem como de possibilitar a esses sujeitos capazes a transação (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 317-319). “O que significa a ultrapassagem da violência não é tanto a reparação em si como a vontade expressa de reparar por um lado e a aceitação da reparação pela vítima, pelo outro” (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 319).

O desejo de reconhecimento exige, pois, essa oportunidade de a vítima poder agir, de traduzir seu sofrimento em atos, sob pena de se transformar em ressentimento e de a impotência decorrente da própria condição de vítima ser duplicada e acumulada em ódio pela desídia das próprias instituições. Busca-se, pois, a construção de um espaço que assegure a capacidade de agir, por meio da exteriorização do sofrimento, e que anule o desprezo ocasionado pelo crime, para, mediante o reconhecimento da identidade por ele negada, colocar-se fim a essa condição de vítima.

Nesse cenário, mais do que a reparação em si, o movimento de ir ao encontro do outro, de expressar publicamente a vontade de reparar, de um lado, e de aceitar essa reparação, de outro, é que permite ultrapassar a violência, que permite a libertação da sujeição ao ressentimento e da alienação do trauma. Essa vontade expressa é um dizer público que, por meio da manifestação do reconhecimento e da

reparação, é capaz de anular o desprezo, negar a humilhação e equilibrar as relações interrompidas, restituindo a identidade, a capacidade e a igualdade, desfeitas pela infelicidade do crime.

A partir do reconhecimento da dimensão humana do conflito e da compreensão do crime como esse encontro infeliz que fratura a justa distância entre os sujeitos éticos, isto é, que destrói uma relação, é possível repensar as formas de se lidar com a situação-problemática, a fim de criar um espaço que garanta um lugar para as vítimas e que lhes possibilite a obtenção de uma resposta justa.

Essa necessidade é ainda mais evidente quando se observa a sensação de desconfiança das vítimas no funcionamento do sistema penal, decorrente da sensação de esquecimento e frieza que os problemas básicos do sistema institucional de justiça produzem – lentidão, formalismo e frieza (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 33).

Se essa distância provocada pelos processos burocráticos e tecnológicos não consideram a vivência da vítima, impedindo que se coloque no lugar do outro, surge, então, a necessidade de que a ação seja avaliada a partir da experiência vivida pela vítima, cuja palavra não pode ser usurpada por ninguém (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 282-283).

Norteados pela questão acerca do que se pode considerar como “fazer justiça” para a vítima e buscando analisar as representações das ideias de justiça, censura e punição, André Giamberardino (2015, p. 15 e 32) propõe uma instigante reflexão a partir de um material empírico consistente em entrevistas de réus, vítimas e seus familiares realizadas em 486 estudos psicossociais produzidos no âmbito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Curitiba, Paraná, no período de 2007 a 2012.

Nas 252 entrevistas realizadas com a vítima ou seu familiar, ao serem questionados sobre as expectativas que tinham com relação ao julgamento, com possibilidade de classificação da resposta em “expectativa de censura”, “perspectiva não-punitiva” e “sem resposta sobre a questão”, observou-se que

[...] em 123 deles (48.8%) é possível falar em uma expectativa de censura em sentido amplo, que pode ser precariamente subdivida em manifestações explícitas em prol da prisão, vingança, ou outra forma cruel de punição (52 vezes, dentre os 123 casos); ao lado de manifestações de uma expectativa de censura através das frases prontas e padronizadas sem que ficasse claro seu sentido e objetivo (71 vezes, dentre os 123). O que fica evidente, aliás, é exatamente sua plasticidade e variabilidade. O segundo grupo reuniria as expressões evidentes de indiferença ou contrariedade à punição do réu, com 61 casos (24.2%); e por fim um terceiro grupo de 68 respostas abrangeria tão somente as consequências decorrentes do crime, ignorando a questão realizada sobre a expectativa em relação ao julgamento (27%) (GIAMBERARDINO, 2015, p. 36-37).

O autor (2015 p. 39) destaca, ainda, a grande utilização de expressões como “que a justiça seja feita” e “pagar pelo que fez”, esta última muito comum dentre os réus e seus familiares, ressaltando que, apesar de o termo poder indicar uma vinculação com a noção de vingança ou com as teorias retributivas da pena, tal suposição mostra-se equivocada, na medida em que há a necessidade, antes, de analisar as representações que dão sentido à expressão em cada situação.

Para demonstrar a diversidade de sentidos para uma mesma expressão, cita, por exemplo, falas de mães dos acusados no sentido de que “se os filhos forem ‘culpados’, ‘devem pagar’ [...], ‘não preso’”, bem como as falas de réus no sentido de admitir a autoria e aceitar o juízo de reprovação, com abertura para mecanismos de censura não aflitivos como a privação de liberdade (“pagar pelo que fez em liberdade”; “pagar pelo seu ato em liberdade, com cesta básica”; “pagar pelo que fez com trabalho, não com cadeia”; “pagar pelo que fez, mas não suportaria a ideia de ficar presa, gostaria de pagar a pena prestando serviços”) (GIAMBERARDINO, 2015, p. 40).

Portanto, apesar da utilização de expressões idênticas, fica evidenciado pelas falas que há diferenças semânticas em cada caso. Como explica o autor (2015, p. 38), por meio das mesmas expressões, é possível extrair diversos sentidos das falas de vítimas e familiares, com a admissão da “facultividade entre prisão e ‘serviços comunitários’” em um caso, expectativa de uma “pena leve de prestação de serviços à comunidade” e de “prestação de serviços em um hospital” em outros, além da identificação de justiça como “reparação financeira”.

No tocante ao termo “justiça”, também não se verifica das falas um sentido unívoco, sendo ele percebido como “busca de paz e serenidade para viver o presente e o futuro” para as vítimas e seus familiares, como aquilo cujo anseio sustenta e faz viver, como vinculado a uma condenação para “mínima consolação” diante do sofrimento – apesar da afirmação de “ter pena da família” do réu (GIAMBERARDINO, 2015, p. 40). O que o autor conclui, a partir de tais falas, é que a percepção de justiça é tida mais “como uma experiência pessoal vinculada à superação e ressignificação do próprio sofrimento do que, necessariamente, à imposição desta ou daquela sanção penal a outrem”.

Isto é, embora o pensamento moderno imponha como premissa da racionalidade a retirada de qualquer resposta instintiva ou emocional ao delito e a consequente neutralização da vítima, que sequer encontra lugar nesse raciocínio penal, bem como promova uma visão caricaturada da vingança, como injusta e sem limite, a prática evidencia que o sentido de justiça é mais associado a uma experiência pessoal de superação e ressignificação do sofrimento do que ao desejo de impor o sofrimento a outrem.

Na contramão desse discurso, “muitas das vítimas não querem ver cabeça rolar, mas apenas que o seu drama sirva para qualquer coisa, para poupar outros, por exemplo. É então menos a pena que o processo que dá sentido à sua infelicidade” (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 265-266).

Essa preocupação quanto à entrada da vítima em cena e ao risco do retorno da vingança assimilada ao ódio também foi verificada por Daniel Achutti (2014, p. 207) quando da realização de sua pesquisa sobre o modelo belga de justiça restaurativa. No entanto, nas entrevistas feitas, observou-se a improcedência dessa desconfiança e resistência, uma vez que a vítima mostrou-se capaz de encontrar respostas criativas para o conflito, ligadas muito mais com o papel educacional do encontro do que efetivamente com a punição.

A percepção de justiça e de censura daqueles que vivenciaram concretamente o conflito é heterogênea, variável, e evidencia a complexidade das interações que permeiam esse evento e são ocultadas, de forma violenta, pelo reducionismo do

sistema punitivo, que opera mediante o enquadramento formal de todas as complexas circunstâncias particulares em definições jurídicas. Isto é,

[...] ‘o que querem as vítimas’ não seria sempre ou necessariamente a imposição de sofrimento ao ofensor, havendo, bem ao contrário, uma complexa teia de fatores e circunstâncias que poderiam e deveriam ser levadas em conta, mas restam por não ter qualquer relevância no âmbito do sistema penal formal nos moldes como ele é hoje operacionalizado (GIAMBERARDINO, 2015, p. 16).

Dessa forma, observa-se que há uma pluralidade de sentidos para as expressões “fazer justiça” e “pagar pelo que fez”, frequentemente utilizadas, sendo impossível, ao contrário do que tenta fazer o discurso jurídico-penal, estabelecer um significado único para os termos justiça e censura.

Essa teia complexa de fatores – reduzida e desconsiderada pelo sistema penal formal – e a compreensão de que “as vítimas têm expectativas novas como a reparação ou o reconhecimento pelos quais a pena pode ser tanto um instrumento como um obstáculo” fazem questionar a ideia de que a justiça está vinculada à punição do ofensor, de que há uma ligação indissolúvel entre justiça e punição (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 254).

Por conseguinte, há a necessidade de se pensar e criar novos instrumentos para satisfação dessas expectativas das vítimas, que não têm o condão de relegitimar a pena por meio da atribuição de uma nova justificação, mas sim de desqualificá-la em favor de respostas que não impõem sofrimento em reação ao sofrimento (GARAPON; GRÓS; PECH, 2001, p. 225).

Os discursos que visam à legitimação do poder punitivo fundam-se na exclusão dos sujeitos envolvidos e na ideia da violência contra o *outro desumanizado*, de modo que o resgate da participação ativa dos diretamente envolvidos no conflito contrapor-se-ia a essa racionalidade e limitaria o poder punitivo, a partir da abertura para novas representações em torno da justiça. Com efeito,

considerando que a legitimação discursiva da violência exercida contra o ‘outro desumanizado’ é componente dos discursos que sustentam o ‘poder punitivo’, pode-se dizer que trazer de volta os sujeitos envolvidos seria uma forma importante de limitação daquele (GIAMBERARDINO, 2015, p. 57).

Se se pretende uma justiça restaurativa que limite o poder punitivo, e não o relegitime, como aqui se defende, faz-se necessária não só a participação ativa dos envolvidos – componente este excluído do sistema de justiça criminal –, como também a percepção da justiça a partir de uma noção concreta e democrática, que oportunize a transformação social, a partir de estratégias de empoderamento e emancipação.

Ante a heterogeneidade do sentido de justiça, não necessariamente guiada pela lógica do talião ou pelo ódio, como visto, torna-se possível pensar na abertura de um espaço que permita o diálogo e a construção de um sentido de restauração e de justiça para o caso, ante a impossibilidade de determinar de antemão a postura de cada um dos protagonistas – já não mais definidos pelos estereótipos do sistema penal que transformam as partes em “criminoso” e “vítima”.

A revalorização dos diretamente envolvidos enquanto protagonistas exige voltar a atenção não exclusivamente para o ato – como ocorre nas teorias retributivas – ou para vítima e ofensor isoladamente, mas sim para o encontro entre o ponto de vista dessas duas figuras simultaneamente, para que, nesse frente a frente, a mediação revele o próprio sentido da justiça.

O momento da justiça é, então, esse frente a frente, esse encontro entre dois rostos e a justiça, ao contrário de desindividualizar o indivíduo e de reduzir violentamente as complexidades das circunstâncias particulares para enquadrá-las em definições jurídicas e abstratas, deve atribuir um rosto às vítimas, para que a situação passe de indiferença ao incômodo do frente a frente, onde cada um está de corpo presente.

A anulação do desprezo ocasionado pelo crime se dá por meio da manifestação de um reconhecimento público da identidade negada pelo crime em um espaço em que se assegure a capacidade de agir, assegurando à vítima a possibilidade de agir em justiça, exteriorizar seu sofrimento e traduzi-los em atos, com afirmação da igualdade, a fim de colocar fim a essa condição de vítima.

2.3 PRINCÍPIOS E VALORES RESTAURATIVOS

Feitas essas delineações para compreender esse modelo de justiça, que é essencialmente relacional, denominado justiça restaurativa ou, como prefere Antoine Garapon, justiça reconstrutiva, vale ressaltar que não se trata de um fenômeno novo, mas do resgate de uma abordagem antiga sobre a infração e o conflito (PRUDENTE, 2008, p. 204).

O interesse pela justiça restaurativa emergiu na década de 1970, como um movimento social cujas fontes são plurais e complexas, sendo esta pluralidade característica, ainda hoje, do seu horizonte, o que, ao mesmo tempo, provoca dilemas nesse movimento e vitaliza-o (ANDRADE, 2018, p. 56). Como ressalta André Giamberardino (2015, p. 18), a abertura das possibilidades de participação dos diretamente envolvidos pode ser compreendida como um projeto político e como um movimento social, na medida em que se condiciona ao contexto em que se insere e que possui vocação para transformação social, que, se desconsiderada, pode fazer com que a justiça restaurativa seja colonizada pelo poder punitivo estatal e instrumentalizada para sua expansão e relegitimação.

Por configurar um movimento em construção e marcado pela pluralidade, não há um conceito ou um modelo consensual universalmente válido – o que contrariaria suas próprias características de diversidade e pluralidade. Quanto ao significado de justiça restaurativa, conforme destacam os autores Gerry Johnstone e Daniel Van Ness, embora seja possível dizer que a justiça restaurativa busca transformar a forma de ver e responder ao crime,

[...] não há consenso sobre a natureza real da transformação pretendida pelo movimento da justiça restaurativa. Por exemplo, alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica social ou um programa que pode ser usado dentro de nossos sistemas de justiça criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de cura e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade, o objetivo final e foco principal, eles sugerem, deveria ser a mudança da maneira como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com os outros na vida cotidiana (Sullivan e Tift, 2001). O que todos os proponentes da justiça restaurativa buscam é algo melhor do que aquilo que existe e, também, algo melhor do que as

várias alternativas (como o tratamento penal) que foram tentadas, com sucesso limitado, no passado (JOHNSTONE; VAN NESS, 2007, p. 5, tradução nossa)².

De acordo com Gerry Johnstone (2002, p. 5-6), é essencial entender, em primeiro lugar, que, ao contrário do que se tende a generalizar, a justiça restaurativa não se propõe a ser simplesmente uma nova técnica ou um novo programa para controlar o crime, mas sim uma mudança fundamental na forma de ver e de responder aos conflitos criminais e de se relacionar com aqueles neles diretamente envolvidos.

A justiça restaurativa apresenta, então, um conceito aberto e fluido, podendo ser definida – não sem dificuldade –, por Tony Marshall (apud ACHUTTI, 2014, p. 63), como “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e a suas implicações para o futuro”.

Ao contrário do sistema de justiça criminal tradicional, que opera mediante a imposição do conceito de justiça verticalmente, a justiça restaurativa possibilita que os próprios envolvidos participem ativa e diretamente na busca por uma resposta justa para o conflito, caracterizada pela horizontalidade e pela pluralidade (OLIVEIRA, 2013, p. 62).

Como explica Raffaella Pallamolla (2009, p. 106), há diversas práticas restaurativas, porém, esses procedimentos têm como traço fundamental o diálogo, configurando uma forma mais respeitosa e digna de assunção de responsabilidades, de compreensão das diferenças e das dificuldades que todos os envolvidos enfrentam, a fim de se chegar a um acordo que, ao mesmo tempo em que promova o reconhecimento do sofrimento e das necessidades concretas da vítima e da

² “However, there is no agreement on the actual nature of the transformation sought by the restorative justice movement. For instance, some regard restorative justice as a new social technique or programme which can be used within our criminal justice systems. Others seek ultimately to abolish much of the entire edifice of state punishment and to replace it with community based responses that teach, heal, repair and restore victims, perpetrators of crime and their communities. Still others apply the vision of healing and restoration to all kinds of conflict and harm. In fact, the ultimate goal and primary focus, they suggest, should be on changing the way we view ourselves and relate to others in everyday life (Sullivan and Tiff 2001). What all proponents of restorative justice seek is something better than that which exists, and also something better than the various other alternatives (such as penal treatment) which have been tried, with limited success, in the past” (JOHNSTONE; VAN NESS, 2007, p. 5).

comunidade, não exclua o infrator.

A Resolução nº 2002/12, da Organização das Nações Unidas, que norteia o tema, apesar de não conceituar a justiça restaurativa, define as noções de programa restaurativo, processo restaurativo e resultado restaurativo. Em seu artigo 1º, dispõe que programa de justiça restaurativa significa “qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos” (ONU, 2015).

Já o processo restaurativo é definido, no artigo 2º, como

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles) (ONU, 2015).

O processo restaurativo funda-se, pois, no tripé vítima-ofensor-comunidade, cujo grau de participação ativa define, na mesma proporção, o seu alcance restaurativo.

Quanto à figura do facilitador, Raffaella Pallamolla (2009, p. 89) explica que se trata de um terceiro imparcial que deve considerar os fatos do caso concreto, bem como as necessidades de cada um dos envolvidos, incumbindo-lhe, em determinadas situações, corrigir eventuais desequilíbrios existentes, relativos, por exemplo, à idade e ao poder das partes.

O facilitador tem, pois, como função a garantia da posição de igualdade entre os protagonistas na condução do caso, com participação ativa, e na construção de soluções sem que haja a dominação de um dos participantes sobre o outro.

No tocante ao resultado restaurativo, o artigo 3º conceitua como sendo o acordo alcançado e construído no processo restaurativo, podendo corresponder a “respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor” (ONU, 2015). O artigo 15, por sua vez, estabelece que esses resultados “[...] deverão, quando

apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial [...]” (ONU, 2015).

A partir desse novo enfoque, não mais direcionado ao crime em si ou ao ofensor, mas às consequências da conduta delitiva, há

[...] a alteração dos objetivos e, essencialmente, a *forma de se proceder*: antes de se buscar, por meios inquiritórios, a *verdade real* dos fatos, será realizado um encontro entre os envolvidos, para que cada um possa relatar a sua versão sobre o ocorrido e, após a escuta de todos, seja deliberada a melhor maneira de lidar com os danos causados. Pode-se dizer que há um *processo de construção coletiva do caso*, que conduzirá a uma *construção coletiva da decisão* e, portanto, *produzirá a justiça* para cada situação (ACHUTTI, 2014, p. 67, grifo do autor).

Nas práticas restaurativas, não há uma resposta previamente estabelecida para as situações conflituosas, nem um procedimento formal predeterminado, mas sim a instigação da procura por soluções mais satisfatórias, por meio de tentativas criativas, orientadas por valores e princípios (ACHUTTI, 2014, p. 67).

Portanto, considerando a inexistência de um procedimento específico e previamente estabelecido, a participação dos envolvidos na condução do caso e na construção de soluções criativas, ampliando-se as respostas possíveis, e a observância de valores e princípios restaurativos são necessárias para o funcionamento do modelo restaurativo e para a própria satisfação das partes.

Em relação aos valores restaurativos, Daniel Achutti ressalta a divisão formulada por Braithwaite, que os classifica em três grupos, sendo que

no primeiro, encontram-se os valores obrigatórios (*constrainingvalues*), cuja inobservância pode comprometer de forma severa o caráter restaurativo dos encontros; no segundo, valores que devem ser encorajados (*maximisingvalues*); e no terceiro, aqueles que podem ser considerados como resultado de um encontro bem-sucedido (*emergingvalues*), mas que não devem ser solicitados ou exigidos pelo mediador ou por qualquer uma das partes: devem emergir de forma natural dos participantes (ACHUTTI, 2014, p. 68, grifo do autor).

No primeiro grupo (valores obrigatórios), encontram-se aqueles valores sem os quais um sistema de justiça não pode ser considerado restaurativo, quais sejam: não

dominação, empoderamento, respeito aos limites, escuta respeitosa, igualdade de preocupação pelos participantes, *accountability/appealability*, respeito aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder (ACHUTTI, 2014, p. 68-69).

Todos esses valores visam, em última instância, garantir que o programa utilizado seja efetivamente igualitário, com liberdade para que as partes se expressem e sejam ouvidas, sem, porém, resultar em desrespeito aos direitos humanos. Há a necessidade de que haja equilíbrio de forças no caso, para que não haja dominação de uma parte sobre outra, e que a preocupação para com os envolvidos se dê de forma igualitária.

Os valores orientadores, por sua vez, estão ligados às finalidades que o procedimento restaurativo pode assumir, “que podem incluir a reparação dos danos materiais ou, dentro do possível, igualmente a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção de novos delitos, dentro outros” (ACHUTTI, 2014, p. 69).

No terceiro grupo, segundo Daniel Achutti (2014, p. 70), encontram-se os valores emergentes, que correspondem justamente ao resultado restaurativo de um encontro frutífero. São verificados em manifestações espontâneas dos participantes, que, por sua própria natureza, não podem ser frutos de exigência, como é o caso do ato de pedir perdão e de perdoar.

Destaca-se que a Resolução nº 2002/12, da Organização das Nações Unidas, estabelece um rol sugestivo de princípios a serem observados no momento da implementação e da utilização de práticas restaurativas, entre os quais vale ressaltar a voluntariedade da participação, a aplicação das garantias processuais fundamentais e a confidencialidade do procedimento restaurativo.

De acordo com o artigo 7º da citada resolução,

Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova

suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012).

A adesão ao processo restaurativo deve, então, ser livre e voluntária e as partes podem se retirar do processo a qualquer tempo. Além disso, da voluntariedade – característica inerente à justiça restaurativa –, depreende-se também que os acordos devem ser pactuados não só de forma livremente consentida, como deve se pautar na razoabilidade e a proporcionalidade.

A voluntariedade depende, antes, que as pessoas sejam devidamente informadas quanto às formas e aos aspectos da participação em processos restaurativos para que as partes envolvidas em um conflito possam optar ou não, conscientemente, pelo modelo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009, p. 91). Destaca, ainda, a autora que

[...] uma participação plenamente voluntária não é possível enquanto a justiça restaurativa estiver atrelada à justiça criminal; mesmo atuando com um ‘autonomia condicional’, haverá a ‘sombra’ da aplicação da sanção judicial por trás da aceitação em participar do processo restaurativo. **O que se deve minimizar, sem dúvida, é o discurso de perdas e ganhos que transforma (ou reduz) o processo restaurativo a uma oportunidade de minimizar a resposta penal** (PALLAMOLLA, 2009, p. 92, grifo nosso).

O artigo 8º, por sua vez, orienta que as partes envolvidas “devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo”, bem como que “a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012). Isto é, o reconhecimento dos fatos essenciais no processo restaurativo, embora seja fundamento deste, não implica reconhecimento legal da culpa em eventual processo judicial, sobretudo ante o princípio da presunção de inocência, que deve ser garantido.

Contudo, como ressalva Raffaella Pallamolla (2009, p. 92-93), há o risco de que, na subjetividade do julgador, o reconhecimento dos fatos no processo restaurativo provoque dificuldades em julgar, revelando, dessa forma, o perigo de se ter como mediador um juiz, especialmente se é este quem posteriormente julgará a causa.

Segundo a autora, o procedimento restaurativo deve ser desenvolvido em ambiente não judicial, com mediadores preferencialmente ligados à comunidade, a fim de evitar que sejam os juízes os próprios mediadores.

Neste ponto, com relação à figura do mediador, são pertinentes os resultados da pesquisa empírica realizada por Daniel Achutti para analisar as práticas restaurativas adotadas na Bélgica, ressaltando-se, porém, que, em que pese a adequação das conclusões nesta questão específica, não se pode utilizar tal modelo como parâmetro comparativo direto, ante a necessidade de se considerar o contexto específico no qual a justiça restaurativa está sendo aplicada. Como explica o autor,

Ao incorporar o conhecimento de mediadores atuantes, a técnica legislativa se limitou a inserir o estritamente necessário para o funcionamento do serviço de mediação e, a partir das experiências com projetos anteriores, reduziu as margens de colonização do sistema restaurativo pela justiça criminal tradicional [...] Tanto os mediadores quanto os acadêmicos entrevistados, além dos membros da mencionada Comissão Especial da Noruega, ressaltaram que a autonomia da justiça restaurativa no modelo belga é um aspecto positivo. Ao atribuir a operadores não necessariamente jurídicos a condução dos casos, as chances de colonização pelo formalismo legal são significativamente reduzidas (ACHUTTI, 2014, p. 214).

Dessa forma, a fusão entre a teoria e a prática revelou-se como fator relevante para o sucesso do modelo e verificou-se, também, que a condução dos procedimentos por profissionais metajurídicos reduz o risco de a justiça restaurativa ser utilizada como forma de ampliação da rede de atuação do sistema penal, esvaziando-se de suas características centrais e de seu potencial transformador.

Além da questão relativa à profissionalização, faz-se necessário apontar outra preocupação, intimamente relacionada com a primeira, relativa à inserção da justiça restaurativa no âmbito do sistema de justiça criminal, caracterizado por uma burocracia estatal. Assim sendo,

outra preocupação é que pode ser impossível realizar a justiça restaurativa dentro de uma burocracia estatal, como o sistema de justiça criminal. A necessidade de perseguir os objetivos da burocracia e de cumprir com seu formalismo podem prejudicar a flexibilidade e a informalidade que são cruciais para o sucesso de iniciativas de justiça restaurativa (JOHNSTONE, 2002, p. 17, tradução nossa)³.

³ "Another concern is that it may be impossible to carry out restorative justice within a state bureaucracy such as the criminal justice system. The need to pursue the goals of the bureaucracy and

Portanto, a necessidade de que as práticas restaurativas ocorram em ambiente não judicial e com mediadores preferencialmente ligados à comunidade justifica-se não só pelo risco de serem os juízes os próprios mediadores, como também para evitar que os processos restaurativos sejam dominados por profissionais e pela lógica burocrática moderna, que, incompatível com os valores da informalidade e da flexibilidade, tende a ocultar, de forma violenta, a complexidade das interações que permeiam o conflito para promover seu enquadramento formal em definições jurídicas. Acrescente-se que a atividade desenvolvida pelos facilitadores não pode ser percebida como um fim em si mesmo, de modo que não pode ser a figura do mediador o centro do encontro.

Ademais, o artigo 13, da Resolução nº 2002/12, da Organização das Nações Unidas, estabelece a indispensabilidade de que as garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima sejam observadas nos processos restaurativos, destacando o direito à assistência jurídica e à informação acerca da natureza do processo e suas possíveis consequências. Portanto, o ambiente para que o procedimento restaurativo se desenvolva, embora não deva ser judicial, deve assegurar as garantias processuais.

A confidencialidade das discussões ocorridas nos processos restaurativos, prevista no artigo 14, visa assegurar que as partes sintam-se à vontade para compartilhar informações e experiências em um espaço seguro e livre do medo de que elas sejam utilizadas em eventual processo criminal.

A justiça restaurativa coloca, então, a vítima no papel de protagonista, assegurando-lhe, nesse espaço civilizado, respeitoso e com as garantias do ofensor, a oportunidade de verbalizar sua experiência, ampliando as possibilidades de resposta ao conflito, instigando os diretamente envolvidos a buscar uma solução concreta, não limitada à frieza e à abstração da pena, que não lhes fornece sentido, tampouco satisfação.

to comply with its red-tape is likely to spoil the flexibility and informality that is crucial to the success of restorative justice initiatives" (JOHNSTONE, 2002, p. 17).

Como explica André Giamberardino (2015, p. 138), “a mera proposta do encontro representa a tentativa de evitar que os esquemas tipificados sobre o outro – o ‘monstro agressor’ ou a ‘vítima coisificada’ – alimentem padrões de hostilidades fundados exatamente em tais abstrações”.

Se o sistema penal opera a partir de uma lógica simplista, maniqueísta e dicotômica, mediante a qual as pessoas são classificadas como boas ou más, a justiça restaurativa, por sua vez, coloca como finalidade desconstruir os preconceitos e os estereótipos impregnados no discurso punitivo, que apenas segregam e provocam o sentimento de insegurança.

Ao possibilitar e estimular o diálogo entre os protagonistas, a fim de reconstruir as relações desfeitas pelo conflito, torna-se possível romper com essa dinâmica reducionista e simplista de classificação binária da sociedade e de produção de estereótipos de vítima e criminoso. Nas palavras de Salm e Leal,

Isto significa que o ser humano deixa de ser um ser unidimensional (o ofensor, a vítima, a ladra, a assassina, o bêbado, o viciado, o traficante, o estuprador) e passa a ter várias faces (vítima, ofensor, pai, mãe, filho, filha, católico, protestante, judeu, preto, branco, heterossexual, homossexual, mulher, homem, trabalhador, desempregado, líder comunitário, deputado, professor, médico, carpinteiro, músico, artista, pessoa feliz, rancorosa, odiosa, triste, ansiosa, tranquila, teimosa, bondosa, caridosa, etc...). E, reconhecendo esta multidimensionalidade humana é que o ser humano, na Justiça Restaurativa, por meio das fortes relações interpessoais e da ética coletiva, pode contemplar a sua plenitude, sem ser rotulado de uma coisa ou outra (SALM; LEAL, 2012, p. 210-211).

A construção de espaços democráticos para o desenvolvimento das práticas restaurativas requer, então, além de uma mudança de linguagem, problematizando-se e rechaçando-se os conceitos rotulantes e arbitrários produzidos pelo paradigma punitivo, o empoderamento dos protagonistas para a produção conjunta de respostas ao conflito.

Considerando a necessidade de romper com a linguagem verbal, corporal e institucional na qual se pauta o sistema judicial burocrático oficial, esse espaços democráticos não podem se situar nesse cenário proporcionado pelo paradigma de juridicidade. Em outros termos,

[...] não se pode falar em espaços restaurativos algemando pessoas. Em espaços restaurativos não se pode ter aqueles infames bancos no lado de fora das salas dos tribunais, em que jovens cheios de vida, com uma potencialidade humana inesgotável, se sentam algemados com policiais armados ao seu lado, pois isso humilha o ser humano e o reduz ao nada, sem contar o impacto para suas famílias, amigos e comunidade. Um cenário como este, no qual o ser humano é limitado e reduzido a um animal anômico, afasta-se por consequência de qualquer possibilidade de restauração da potencialidade e condição humanas (SALM; LEAL, 2012, p. 202).

Por fim, ao tratar dos princípios básicos previstos na citada resolução, Raffaella Pallamolla (2009, p. 87-88) ressalva que não se trata de uma regulamentação acerca da forma como deve ser institucionalizada a justiça restaurativa, mas sim de uma orientação para sua implementação, sobretudo considerando a necessidade de flexibilização para adaptação ao contexto particular de cada Estado.

Em razão da flexibilidade e da plasticidade das práticas restaurativas, que tornam a justiça restaurativa um conceito aberto, fluido e em permanente construção, os princípios e os valores restaurativos têm relevância fundamental, na medida em que funcionam como um referencial para que, sem a pretensão de universalização ou formalização, seja possível averiguar a ocorrência de desvios na implantação da justiça restaurativa que a descaracterizem.

2.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS CONTRIBUIÇÕES ABOLICIONISTAS: ABRINDO OS CAMINHOS PARA UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA TRANSFORMADORA

A implementação da justiça restaurativa deve se orientar não só pelos valores e princípios mencionados, como deve estar acompanhada das críticas ao sistema penal, a fim de não esvaziar-se de seu potencial transformador e de reduzir, e não ampliar, o sistema de justiça vigente.

Para tanto, não basta que a justiça restaurativa proponha uma nova forma de percepção e de reação ao crime, mas depende, antes, de questionar o próprio conceito de crime, uma vez que, dada a inadequação da forma como o crime é

pensado a partir do modelo punitivo, as práticas restaurativas não podem partir dos padrões e das predisposições fornecidos pelo referido modelo. Nesse sentido, Daniel W. Van Ness e Karen Heetderks Strong afirmam que

o que sugerimos neste livro é que a maneira como pensamos sobre o crime é inadequada. Ao definir a criminalidade como infração à lei e, em seguida, concentrar-se no relacionamento contencioso entre o governo e o criminoso, falhamos em abordar - ou mesmo reconhecer - certas razões fundamentais e resultados do comportamento criminoso. Adicionar novos programas a um padrão inadequado de pensamento não é suficiente se o que é necessário for um padrão diferente (VAN NESS; STRONG, 2015, p. 5, tradução nossa)⁴.

Assim, se a justiça restaurativa parte da definição do problema como *crime*, conseqüentemente, a forma de se compreender e de responder a esse fenômeno já não pode ser tão distinta da resultante do modelo de justiça criminal, eis que fundada em premissas e definições próprias desse sistema, que responde a uma lógica burocrática, formalista, reducionista, punitivista, desigual e estigmatizante, incompatível com os valores, princípios e objetivos restaurativos.

Considerando a necessidade de que a justiça restaurativa questione esse padrão de pensamento, a fim de que não seja cooptada pelo sistema penal, as críticas abolicionistas, sobretudo em seus aspectos propositivos, podem fornecer subsídio para a construção de caminhos para uma justiça restaurativa emancipadora.

Neste ponto, faz-se relevante a preocupação de Thomas Mathiesen de que as novas propostas surjam apenas como forma de amenizar as críticas dirigidas à ordem estabelecida, alterando-se apenas simbolicamente o sistema vigente. Dessa forma, o autor destaca a necessidade de se estabelecer o inacabado, a fim de garantir uma reforma permanente e sem limites. Para tanto, há a necessidade de romper com os sistemas sociais de repressão, enquanto ordem estabelecida, total ou, ao menos, parcialmente. Com a abolição da ordem, que representa o acabado, torna-se possível dar início ao inacabado, de modo a alterar a estrutura do sistema dominante (FOLTER, 2008, p. 194). A partir das contribuições abolicionistas, é

⁴ “What we suggest in this book is that the way we think about crime is inadequate. By defining crime as lawbreaking and then concentrating on the resulting adversarial relationship between government and the criminal offender, we fail to address - or even recognize - certain fundamental reasons for, and results of, criminal behavior. Adding new programs to an inadequate pattern of thinking is not enough if what is needed is a different pattern” (VAN NESS; STRONG, 2015, p. 5).

possível pensar a justiça restaurativa como uma alternativa à pena, e não meramente como uma pena alternativa. Isto é, como um modelo de justiça que supere e transcenda o poder punitivo, e não o relegitime.

O abolicionismo, enquanto referencial teórico, é composto de diversas metodologias, havendo, assim, uma pluralidade de concepções. Destacam-se, como principais autores que constroem propostas abolicionistas, Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Michel Foucault e Nils Christie, cujas orientações são, respectivamente, marxista, fenomenológica, estruturalista e fenomenológico-historicista (ZAFFARONI, 2010, p. 98). Para os fins aqui pretendidos, a análise é feita a partir dos autores Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen.

Como destaca Daniel Achutti,

Ao tecerem as suas críticas ao sistema penal, os autores propunham, simultaneamente, uma nova forma de abordagem e de compreensão sobre os conflitos (ou *situações-problemáticas*, como referia Hulsman), que posteriormente ganhou forte impulso na América do Norte e na Europa sob o nome *justiça restaurativa* (ACHUTTI, 2014, p. 36).

Para além das críticas negativas ao sistema penal, é possível vislumbrar aspectos propositivos-constructivos das críticas abolicionistas, que permitem consolidar uma justiça restaurativa capaz de evitar a ampliação do poder punitivo e de configurar um mecanismo de resolução de conflitos mais democrático e qualificado.

No que tange às propostas de Louk Hulsman, o autor constata que há, no sistema de justiça penal, um problema originário, que o torna gradativamente mais inútil na resolução dos conflitos sociais, de modo que seria imprescindível a sua abolição total (apud ZAFFARONI, 2010, p. 98). Essa ausência de aptidão para alcançar os objetivos atribuídos pelas teorias oficiais e para atender aos anseios da população evidencia a incapacidade estrutural do sistema de justiça penal.

Como explica Salo de Carvalho (2013, p. 252), Hulsman sustenta a abolição do sistema penal em sua totalidade a partir de três fundamentos, quais sejam: o fato de o sistema criminal impor um sofrimento desnecessário, estéril e sem sentido, distribuído desigualmente; a expropriação do conflito, sem que se produzam

resultados positivos para aqueles diretamente relacionados com o evento danoso; e a dificuldade de se manter o controle do sistema.

Portanto, o sistema de justiça penal é incontrolável, distribui injustamente um sofrimento inútil e, ainda, confisca o conflito dos sujeitos nele envolvidos, reduzindo uma complexa teia de fatores e circunstâncias para enquadrá-la em definições jurídicas e abstratas. Para Hulsman e Celis

Quando o sistema penal se interessa por um acontecimento, o vê através de um espelho deformante que o reduz a um momento, a um ato. De um ponto a outro do procedimento, o sistema vai considerar o acontecimento de que se apropriou sob o ângulo extremamente estreito e totalmente artificial de um único gesto executado num dado momento por um dos protagonistas. [...] O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como “o delinquente” e “a vítima” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 81-82).

Com a expropriação do conflito, observa-se o reducionismo por meio do qual opera o sistema penal, eis que, a partir dele, a interpretação e a solução do conflito se dão tão somente por uma única via, que não leva em consideração os problemas concretos dos protagonistas ou suas possíveis reações diante da situação-problemática que se apresenta, tampouco as complexidades das circunstâncias particulares que envolvem o conflito.

O sistema penal, ao *sequestrar* o problema, não só desconsidera a vontade dos principais envolvidos na situação, como criminaliza acontecimentos que sequer são tidos pelos protagonistas como problemas, o que dispensaria qualquer tipo de solução. Com efeito,

é necessário prestar atenção permanentemente e cuidadosa, e atuar para evitar a criminalização de situações-problemas, especialmente aquelas situações que só são consideradas problemáticas por aqueles que estão fora da situação. Ao considerar a abolição do sistema penal em sua totalidade, torna-se necessário desenvolver critérios racionais para controlar todas as decisões concretas sobre criminalização (FOLTER, 2008, p. 189).

Ademais, nesse processo, os protagonistas do evento sofrem uma estigmatização, recebendo os rótulos de *vítima* e *delinquente*, a partir dos quais são esperadas, de cada um deles, determinadas reações pré-moldadas, em detrimento das

individualidades próprias do ser humano. Nesse contexto, “operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 83-84).

Diante das situações-problemas, o sistema penal atua de modo a subtrair a possibilidade de solução do conflito por esferas diversas das penais, pautado na premissa de que não há outras reações possíveis, além de fazer do condenado mais uma vítima de um sofrimento estéril. A partir dessas considerações, necessária se faz a retomada do poder sobre a situação por seus protagonistas, sem que haja uma resposta prévia ao problema, considerando, sobretudo, a singularidade e a complexidade de cada situação.

Segundo Hulsman e Celis, a ampliação de soluções alternativas aos conflitos depende, primeiramente, da reformulação do próprio vocabulário que sustenta a justiça penal. No dizer do autores,

as palavras **crime**, **criminoso**, **criminalidade**, política **criminal**, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os *as priori* do sistema punitivo estatal. O acontecimento qualificado como ‘crime’, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente ‘criminoso’, considerando como pertencente ao mundo dos ‘maus’, já está antecipadamente proscrito... [...] Seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 95-96, grifo dos autores).

Propõe-se, pois, também um abolicionismo das formas linguísticas tradicionais, que demanda a substituição de determinados conceitos por outros que não contenham o senso punitivista que está presente em noções como a de *crime*.

No caso da concepção de crime, a partir dessa modificação por conceitos como de situação conflituosa, alterando-se, assim, o próprio sentido de delito, entendido enquanto construção da realidade, torna-se possível alcançar novas soluções através do encontro entre os sujeitos envolvidos, como a conciliação ou a compensação (FOLTER, 2008, p. 187).

Esses mecanismos de solução dos conflitos que integram um sistema mais informal não podem ser afastados de antemão, vez que são inegáveis possibilidades de

reação diante de uma situação problemática, especialmente quando se observa, de um lado, a inaptidão do sistema penal para satisfazer às necessidades reais das partes e, de outro, a produção de um sofrimento estéril e inútil pela justiça criminal.

Para refutar a alegação de que a pacificação dos conflitos por meio de esferas diversas da penal encontra-se distante ou não passa de utopia, faz-se necessário atentar para o fato de que já hoje grande parte dos conflitos é solucionada fora da justiça penal. Isso é observado a partir da chamada *cifra negra*, pela qual se constata que, além de nem todos os crimes que passam pela polícia serem levados ao Judiciário, muitos crimes sequer chegam a ser denunciados (HULSMAN, 1997, 202-203).

Portanto, o sistema penal não atua em todas as situações que admitem a sua intervenção, mas, na verdade, a criminalização efetiva é a exceção, eis que a grande parte dos eventos criminalizáveis é lidada fora do âmbito do sistema penal, sem que isso implique dizer que não se lidou, de alguma forma, com a situação problemática.

A grande maioria de eventos criminalizáveis ('sérios' e 'menores') pertence, assim, à cifra negra. Todos esses eventos são, portanto, lidados fora da justiça criminal. Digo, 'lidados' de propósito, porque não devemos cometer o erro de pensar que o que não é *in acto* não está *in mundo*. O fato de não sabermos que se 'lidou' com alguma coisa, não significa que não se 'lidou' com ela. No mundo tudo é lidado de alguma maneira por aqueles diretamente envolvidos (HULSMAN, 1997, p. 204-205, grifo do autor).

Além disso, a abolição do sistema penal não provocaria um aumento da violência, pois, na verdade, ele sequer é apto a colocar fim à criminalidade e não há qualquer comprovação de que a repressão penal influencie no grau de violência existente em uma sociedade (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 108). Essa lógica parte da presunção de que as situações mais graves, como homicídios, são geralmente as mais frequentes, porém, os autores esclarecem que elas correspondem às relativamente menos comuns. Destaca-se, ainda, que, para que se questione sobre eventual aumento na violência em decorrência da ausência do sistema penal, seria necessário, em primeiro lugar, comprovar sua efetividade, utilidade e aptidão exclusiva no combate à violência do próprio sistema. Contudo, tais afirmações não

podem ser comprovadas em razão da ausência de relação empírica entre a prática de determinados fatos e a repressão penal.

Como explica Rolf S. de Folter (2008, p. 188-189), para alcançar a abolição pretendida, isto é, a substituição total da administração estatal centralizada da justiça penal por formas descentralizadas de regulação autônoma de conflitos, Hulsman não elabora um plano detalhado, mas fornece uma estratégia global para implementação da política penal abolicionista. A referida estratégia inclui, em primeiro lugar, o desenvolvimento de critérios racionais para o controle das decisões acerca da criminalização de fatos ainda não criminalizados, como o princípio da subsidiariedade, critérios relacionados aos custos e benefícios das ações penais e à capacidade do sistema penal, a fim de reduzir e minimizar a criminalização. Em segundo lugar, Hulsman defende a necessidade de estratégias de descriminalização para reduzir a aplicação do sistema penal. Por fim, sustenta ser necessária a criação de alternativas ao enfoque da justiça penal para lidar com as situações problemáticas, entre as quais destaca a substituição do controle social do sistema de justiça penal por outras formas de controle social, como, por exemplo, formas compensatórias, terapêuticas ou conciliatórias.

É importante destacar, também, as formulações teóricas de Thomas Mathiesen, que aborda o abolicionismo a partir de uma análise materialista, isto é, sob um viés marxista. Assim, Mathiesen identifica a relação entre estruturas materiais e sistema penal, cuja existência está vinculada às relações sociais de produção, e propõe a abolição de todas as estruturas sociais de repressão (ZAFFARONI, 2010, p. 99). O objetivo de abolição, em Mathiesen, alcança, além do sistema penal, os demais sistemas repressivos da sociedade.

Como já mencionado, há uma grande preocupação de Thomas Mathiesen em relação às novas propostas e à possibilidade de que elas promovam uma alteração meramente simbólica do sistema vigente, sem alterar a sua estrutura. Por essa razão, o autor defende a necessidade de romper com os sistemas sociais de repressão, total ou, ao menos, parcialmente, a fim de se dar início ao inacabado, cujo estabelecimento, a partir de uma relação de contradição e competição entre esse movimento de revolução e a ordem vigente, seria a única forma de se

assegurar uma reforma permanente e sem limites (FOLTER, 2008, p. 194 e 196). Mathiesen defende, pois, um movimento político ilimitado, permanente e *inacabado*, que, para continuar se expandindo, sem retrair-se, deve competir com o sistema existente.

No que se refere à pena de prisão, as formulações teóricas de Mathiesen revelam as contradições da teoria oficial, ressaltando que “a prisão é um sistema profundamente irracional em termos de seus próprios objetivos estabelecidos. Entretanto, a dificuldade é que *este seu conhecimento, em grande parte, é secreto*” (MATHIESEN, 2003, p. 95, grifo do autor).

Conforme destaca Salo de Carvalho (2013, p. 247-248),

aliado à ideia de reforma permanente e gradual, Mathiesen reivindica processo de moratória na construção de novas instituições prisionais a partir de oito premissas: (1^a) a criminologia e a sociologia demonstraram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo constatável efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência; (2^a) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma relação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito; (3^a) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; (4^a) a construção de novos presídios é irreversível; (5^a) o sistema carcerário, na qualidade de instituição total, em caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; (6^a) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; (7^a) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; e (8^a) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.

A partir da ideia do *inacabado* e da reforma permanente e sem limites, o autor tece críticas à prisão, elucidando não só os seus efeitos deletérios sobre a personalidade e o seu funcionamento desumano, como também a sua tendência expansionista, seu alto custo econômico e a seletividade dos processos de criminalização, sobretudo o secundário, ante a preponderância, na população carcerária, de sujeitos que respondem pela prática de crimes contra o patrimônio.

Essa prevalência dos crimes patrimoniais na população carcerária elucida a estrutura do controle social e a gestão diferencial das ilegalidades denunciadas por Lola Aniyar de Castro, a partir do que, como anteriormente afirmado, são tornados

como questão de ordem pública os valores essenciais à perpetuação e à reprodução do sistema de dominação, ou seja, à consolidação do sistema de classe.

Com relação às propostas de alteração da estrutura do sistema vigente, Mathiesen identifica como mais interessantes os novos modelos de apoio às vítimas, concretizados através de institutos como a compensação financeira pelos danos ocasionados. Nesse sentido, “ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento de apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão” (MATHIESEN, 2003, p. 96).

Mathiesen (2003, p. 97) sustenta, ainda, a proposta de intervenção na seara das políticas públicas, pois impõe como necessidade a inversão do inimigo da guerra, ou seja, destaca ser necessário transformar a luta contra o crime em luta contra a pobreza e a desigualdade social, de modo a garantir a promoção dos direitos sociais essenciais.

No tocante às propostas de Nils Christie, cuja abordagem do abolicionismo se dá a partir de uma vertente fenomenológico-historicista, destaca-se, em primeiro lugar, que o conceito de crime, para Christie, é uma construção social e não algo natural. “*As ações não existem, elas tornam-se!* Elas adquirem significados através dos processos sociais. O crime não existe. Ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos” (CHRISTIE, 1997, p. 247-248, grifo do autor).

Em *Conflitos como Propriedade* (1977), Nils Christie trata principalmente da questão relativa à apropriação dos conflitos pelo Estado. Na obra, o autor ressalta, também, a importância dos conflitos na sociedade e a necessidade de organização de sistemas sociais capazes de nutrir e tornar visíveis os conflitos, bem como de impedir que os profissionais os monopolizem.

Como sustenta Christie (1977, p. 1, tradução nossa)⁵, “os conflitos foram tirados das partes diretamente envolvidas e, portanto, desapareceram ou se tornaram

⁵ “[...] conflicts have been taken away from the parties directly involved and thereby have either disappeared or become other people's property. In both cases a deplorable outcome. Conflicts ought

propriedade de outras pessoas. Em ambos os casos, um resultado deplorável”. Acrescenta, ainda, o autor, que os conflitos não podem ser apenas abandonados, mas devem ser utilizados pelas partes nele diretamente envolvidos.

Segundo Christie (1977, p. 5-8), os conflitos foram sequestrados, dissolvidos e invisibilizados, por meio de um sistema de justiça criminal e de uma criminologia que se concentram no ofensor e o transformam em objeto de estudo e controle, isto é, em coisa. A vítima, por sua vez, é reduzida a uma não-pessoa e dela é retirada a propriedade mais interessante, que, como ressalta o autor, não são os bens retirados ou devolvidos através de uma compensação, mas sim o próprio conflito, fonte de aprendizado. Por esse mecanismo de sequestro e expropriação, os conflitos se tornam propriedade de outras pessoas e a vítima é deixada de lado, sem oportunidade de sequer conhecer o agressor, contando apenas com os estereótipos clássicos acerca do *criminoso* para compreender a situação na qual se encontra diretamente envolvida.

Com relação à pena, o autor abolicionista afirma que ela se presta apenas à imposição de sofrimento e dor, de modo que haveria necessidade de “[...] redução ou de imposição mínima do sofrimento, buscando opções aos castigos e não castigos opcionais como são as sanções alternativas e/ou substitutivas” (CARVALHO, S., 2013, p. 250). Isto é, não se trata de buscar e propor novas formas substitutivas de punição, mas de reformular a própria concepção de punição, que é incapaz de produzir resultados positivos e apenas causa dor a determinados indivíduos.

Além disso, Nils Christie denuncia a lógica simplista e dicotômica por meio da qual o sistema penal opera em face das situações problemáticas, classificando os sujeitos em bons e maus, culpados e inocentes, uma esquematização simplista, binária, típica da racionalidade moderna, que impõe a simplificação e incapacidade de abrir-se à complexidade dos fenômenos e às inúmeras possibilidades de soluções distintas, de modo ainda a impedir que seja considerada a responsabilidade social no evento conflitivo (ACHUTTI, 2014, p. 107-108).

to be used, not only left in erosion. And they ought to be used, and become useful, for those originally involved in the conflict” (CHRISTIE, 1977, p. 1).

Nos termos de Daniel Achutti (2014, p. 109), referindo-se às críticas de Christie, percebe-se que

o ponto forte das cortes penais é também o seu ponto fraco: os casos, as pessoas e as circunstâncias nunca são iguais, mas devem ser *tornadas iguais*. Há uma criação artificial de igualdade, que facilita a aplicação da lei penal e, em contrapartida, compromete a possibilidade de cada caso poder ser tratado conforme as suas peculiaridades.

Verifica-se, pois, que toda a teia complexa de circunstâncias é desconsiderada e reduzida forçosamente para permitir o enquadramento formal em conceitos jurídicos, criados artificialmente para facilitar a aplicação da lei, consubstanciada na “astúcia da razão da dogmática”, a partir da qual os conflitos são individualizados, neutralizados e reduzidos a meras abstrações conceituais.

Assim, considerando as realidades ilusórias do sistema punitivo, nas quais se inclui a classificação binária da sociedade, Nils Christie propõe “[...] formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório. [...] Como saída, propõe a (re)incorporação da vítima [...]” (CARVALHO, S., 2013, p. 251). A partir dessa justiça comunitária, o conflito retorna ao domínio da vítima, a quem se assegura a possibilidade de negociar com o autor do fato, em condições de igualdade, sobre formas de compensação pelos danos causados.

A vítima, portanto, adquire uma posição de igualdade com o ofensor, sendo que ambos “[...] assumirão uma forma que levará as partes envolvidas a formarem coalizões, de modo a garantir uma espécie de equilíbrio de forças.” (CHRISTIE, 2011, p. 122). Nils Christie idealiza, assim, um sistema formado por Tribunais comunitários. Com efeito,

o modelo de justiça comunitária de Christie, portanto, seria caracterizado principalmente pela sua orientação *voltada para a vítima*, respeitando um procedimento que se constituiria em quatro etapas consecutivas: na primeira, seria averiguada a plausibilidade da acusação, a fim de evitar que terceiras pessoas sejam responsabilizadas pelos atos de outros e que os direitos do acusado sejam violados; a segunda envolveria a elaboração de um relatório completo das necessidades da vítima, a ser formulado por ela própria, considerando o dano que lhe foi causado e as formas como ele pode ser reparado ou minimizado; na terceira, seria realizada uma análise pelos tribunais comunitários acerca de uma possível punição ao ofensor, independentemente do que ocorrera a etapa anterior; e, por fim, uma

discussão sobre a situação pessoal do ofensor seria realizada pelos mesmos participantes das etapas anteriores, com a finalidade de averiguar as suas eventuais necessidades (apud ACHUTTI, 2014, p. 106).

No modelo de justiça comunitária proposto, Nils Christie destaca também a importância da participação de pessoas comuns, que não são profissionais jurídicos, uma vez que,

a especialização na solução de conflitos é o maior inimigo; a especialização que no devido – ou indevido – tempo leva à profissionalização. Esta se dá quando os especialistas obtêm poder suficiente para alegar que adquiriram dons especiais, principalmente por meio da educação, tão poderosos que se torna óbvio que eles somente podem ser manuseados pelo artesão certificado (CHRISTIE, 1977, p. 11, tradução nossa)⁶.

Se as críticas negativas permitem revelar as contradições e a ineficácia do sistema penal, os aspectos propositivos-constructivos das críticas abolicionistas possibilitam a construção de propostas alternativas para se lidar com os conflitos criminais, com o permanente cuidado para que tais propostas não alterem apenas simbolicamente o modelo vigente e, conseqüentemente, para que não produzam a relegitimação do sistema penal.

Portanto, a partir dos valores restaurativos e das contribuições construtivas das críticas abolicionistas, depreende-se que a justiça restaurativa, para que não perca sua vocação para transformação da realidade e para que não seja cooptada pelo sistema penal, deve buscar a limitação dos discursos punitivos e a máxima redução do sistema penal. Para tanto, a justiça restaurativa deve estar associada à crítica atenta e permanente e à intervenção na seara das políticas públicas, de modo a garantir a promoção dos direitos sociais essenciais, bem como a estratégias de controle, a partir de critérios racionais, das decisões acerca da criminalização de fatos ainda não criminalizados e a estratégias de descriminalização para redução da incidência do sistema penal.

Além disso, a justiça restaurativa deve partir de um abolicionismo acadêmico,

⁶ “Specialisation in conflict solution is the major enemy; specialisation that in due – or undue – time leads to professionalisation. That is when the specialists get sufficient power to claim that they have acquired special gifts, mostly through education, gifts so powerful that it is obvious that they can only be handled by the certified craftsman” (CHRISTIE, 1977, p. 11).

abandonando as noções tradicionais do modelo de justiça criminal, carregadas de senso punitivista e estigmatizante. Dessa forma, as práticas restaurativas não devem buscar uma nova forma de enxergar o crime, mas deve questionar o próprio conceito de crime, compreendendo-o como construção social, e não como uma realidade ontológica. Nos termos propostos por Hulsman, a fim de romper com a relação entre crime e castigo e de possibilitar a resolução do conflito por outros mecanismos e a partir da perspectiva dos diretamente envolvidos, seria mais adequada a utilização da expressão *situação problemática*.

Considerando, ainda, a lógica burocrática, formalista e reducionista à qual responde o sistema penal, que sequestra dos protagonistas os conflitos e desconsidera suas possíveis reações diante da situação problemática, é possível concluir que as práticas restaurativas não podem ser inseridas no âmbito da justiça criminal tradicional. Do mesmo modo, é importante que se evite a participação de profissionais jurídicos ou formatados por outras áreas do saber, na medida em que a profissionalização traz consigo a burocratização e que os profissionais tendem a assumir o centro do encontro, afastando as partes, que devem, na verdade, retomar o domínio sobre conflito e ser incentivadas a construir, a partir de uma participação ativa e de um frente a frente, uma resposta singular e única para o caso.

Como ressalta Vincenzo Ruggiero (2011, p. 4-9), a crítica abolicionista direciona-se para as formas de justiça restaurativa distantes das configurações onde os conflitos ocorrem e nas quais os protagonistas dos conflitos são limitados por trâmites burocráticos – pensados a partir de categorias como utilidade e eficiência – ou pelo profissionalismo, do qual decorre um conhecimento que não provém da experiência vivida e compartilhada dentro de uma comunidade.

Há, pois, a necessidade de participação de pessoas comuns, que não profissionais jurídicos, nesse modelo de justiça, cujo foco deve se voltar para a vítima, para ofensor e para a comunidade de apoio, evitando-se a estigmatização, os estereótipos, a revitimização das vítimas e a percepção da vítima como não-pessoa e do ofensor, como coisa. A participação ativa dos diretamente envolvidos em um encontro não só oportuniza que os cidadãos administrem seus próprios conflitos, que não deveriam ser invisibilizados, desperdiçados ou mal utilizados, mas

valorizados como fonte de aprendizado e de transformação, como também permite à vítima a compreensão da situação, que, dentro do sistema de justiça formal, somente é possível a partir do recurso a estereótipos, ante a ausência de contato humano.

No tocante à participação da vítima, Vincenzo Ruggiero (2011, p. 10-12) destaca que a vitimologia tradicional e a justiça restaurativa tradicional podem utilizá-la tão somente como instrumento de fortalecimento do próprio sistema penal, como pretexto para a adoção de tratamentos cada vez mais vitimizadores. Por essa razão, uma perspectiva abolicionista associa a participação das vítimas a medidas não-penais, à informalidade, à negociação e ao envolvimento da comunidade.

O abolicionismo, com as proposições de desconstrução do conceito de crime, de construção de uma justiça descentralizada e participativa e de crítica permanente e atenta às reformas propostas, assume uma posição política que permite, como explica Daniel Achutti (2017, p. 7), “entrever a possibilidade de uma política criminal concreta, realista, cuja estrutura agora encontra respaldo no mencionado modelo de justiça restaurativa”. Ainda segundo o autor (2017, p. 13), torna-se possível, não a abolição imediata da justiça penal, até porque a justiça restaurativa, por não ser um produto pronto e acabado, ainda não possui condições de ter pretensões puramente abolicionistas, mas a significativa redução do sistema penal e do sofrimento que ele causa às partes, proporcionando, ainda, ferramentas para a estruturação de um modelo de justiça que estimule um verdadeiro encontro entre os diretamente envolvidos.

Portanto, as propostas abolicionistas, ainda que desvinculadas, por ora, do seu objetivo final, ao defenderem a substituição do sistema criminal tradicional por formas descentralizadas de administração dos conflitos que confirmam às partes diretamente envolvidas a possibilidade de buscar ativamente, por meio do diálogo, uma resposta que lhes seja mais satisfatória, contribuem para o debate acerca da justiça restaurativa, desde uma perspectiva transformadora, para que não seja colonizada e cooptada pelo sistema penal, tampouco produza sua relegitimação, mas que rompa com a lógica burocrática, estigmatizante, reducionista e seletiva por meio da qual ele opera.

2.5 AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO BRASIL: A PREVALÊNCIA DO PARADIGMA DE RESPONSABILIZAÇÃO E PREVENÇÃO EM DETRIMENTO DO PARADIGMA RELACIONAL

Após a análise dos valores, dos objetivos e dos princípios restaurativos, associados às contribuições abolicionistas, cumpre examinar as práticas restaurativas implementadas no Brasil, bem como o conjunto normativo que envolve a matéria.

No Brasil, foi promulgada a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo 1º, com redação dada pelas Emendas nº 1, de 31 de janeiro de 2013, e nº 2, de 08 de março de 2016, estabelece que:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.
Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Posteriormente, em 31 de maio de 2016, foi promulgada a Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, representando um marco fundamental para o desenvolvimento da justiça restaurativa no país, inclusive com a instituição de diretriz para sua implementação. Após as citadas resoluções, os tribunais de justiça brasileiros passaram a instituir programas de justiça restaurativa coordenados por Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (ANDRADE, 2018, p. 21).

No ano de 2006, foi aprovada a sugestão encaminhada à Comissão de Legislação Participativa pelo Instituto de Direito Comparado, transformada no Projeto de Lei nº 7006/06, que propõe alterações aos Códigos Penal e Processual Penal, bem como à Lei dos Juizados Especiais, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal.

Esse projeto de lei, ainda em tramitação, tem sido objeto de críticas, que ressaltam tanto seus aspectos positivos, quanto negativos. Sem esgotar sua análise – que foge ao escopo do presente trabalho –, vale destacar, brevemente, a inexistência de previsão para que as próprias partes solicitem o encaminhamento do caso a programas restaurativos, bem como a necessidade de anuência do juiz e do Ministério Público para o envio dos casos que recomendarem o uso de práticas restaurativas, com referência, inclusive, à personalidade e aos antecedentes do agente e às circunstâncias e às consequências do crime ou da contravenção penal, que evidenciam a reprodução da seletividade inerente ao sistema penal também no encaminhamento dos casos à justiça restaurativa.

Na prática, a saga restaurativa brasileira iniciou-se em 1998, nas escolas públicas e a primeira experiência com elementos da justiça restaurativa foi o *Projeto Jundiaí*, com a proposta de que o controle da escola fosse por ela própria exercido, sendo que as práticas de intervenção eram executadas e revisadas por *equipes de implementação*, constituídas por pesquisadores e funcionários das respectivas escolas (SCURO NETO, 2008, p. 5).

No ano de 2005, foram implantados, com o apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário e PNUD, três programas-piloto com sede em São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS) e Brasília (DF), sendo os dois primeiros na área da infância e da juventude e o último no âmbito do Juizado Especial Criminal.

Desde a implantação dos programas, o foco tem sido os adolescentes e os conflitos relacionados ao contexto escolar, distinguindo-se das experiências restaurativas em outros países, que se destinam a diversos tipos de crime e grau de gravidades (TOCHE, 2005, p. 147). O que se observa, então, é a utilização dos programas restaurativos para os casos de menor gravidade, produzindo o risco de a justiça restaurativa ampliar a rede de ação e controle do sistema penal, com incidência apenas em casos que sequer seriam tratados pelo sistema penal.

Esse risco também é apontado por Mylène Jaccoud (2005, p. 178-179), que acrescenta, ainda, que a utilização das práticas restaurativas tão somente nos casos de ofensas “leves” evidencia um paradoxo, na medida em que a justiça restaurativa,

embora seja capaz de ultrapassar a superficialidade para lidar, em sua profundidade e complexidade, com o conflito, é geralmente recomendada para os casos em que há menor necessidade de integração social.

Na análise dos mencionados programas-piloto, Raupp e Benedetti (2007, p. 22) verificam a presença do discurso do modelo tradicional de justiça, que acaba sendo reforçado pelos programas restaurativos, bem como a tendência de ampliação da rede de controle do sistema criminal e da intervenção punitiva. Destacam, também, especificamente quanto ao programa implementado em Porto Alegre, a grande utilização das práticas restaurativas cumulada com a medida socioeducativa também imposta.

Ademais, identifica-se que os referidos programas são intimamente vinculados à pessoa do juiz responsável pela implementação, estabelecendo uma relação de dependência entre os programas e a continuidade de atuação destes profissionais, o que enfraquece os programas e obstaculiza a apropriação do método pela comunidade, além de dificultar a criação de espaços próprios para o funcionamento dos encontros (TOCHE, 2005, p. 178 e 186).

Na pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário”, realizada pela Fundação José Arthur Boiteux, sob a coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade, com o objetivo geral de conhecer o “estado da arte” da Justiça Restaurativa conduzida pelo Poder Judiciário, no Brasil, no período compreendido de 2005 a 2017,

Confirmou-se, pois, a hipótese do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, seus atores e órgãos conexos (juízes, desembargadores, psicólogos, assistentes sociais, equipes técnicas, sistema de justiça, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça) no Brasil, ao qual se deve acrescentar o adjetivo personalizado. Trata-se de um protagonismo personalizado, porque liderado, sobretudo, por pessoas e equipes específicas, e dos quais têm dependido, em grande medida, a própria sustentabilidade dos programas (ANDRADE, 2018, p. 153).

Dessa forma, em que pese o risco já mencionado quanto à realização dos processos restaurativos em ambientes judiciais e quanto ao domínio dos processos por profissionais jurídicos e à consequente burocratização, o que se observa, nas

práticas restaurativas implementadas no Brasil, é justamente essa prevalência da condução dos programas por profissionais do Poder Judiciário, sobretudo pelo próprio juiz, assumindo, ainda, um caráter personalizado que prejudica a continuidade dos programas.

O filtro seletivo para o encaminhamento dos casos ao procedimento restaurativo também foi identificado na pesquisa, na medida em que concentrado, primordialmente, nas mãos dos juízes e os promotores de justiça, cuja recusa em participar do processo restaurativo pode acarretar sua inviabilização. Do mesmo modo, constatou-se o poder seletivo dos juízes na homologação (ou não) dos procedimentos restaurativos e na aplicação, quando correm em paralelo, de penas e medidas socioeducativas, o que obsta o empoderamento das partes para dizer a justiça e a apropriação espontânea dos espaços por elas, na medida em que o poder decisório continua nas mãos do juiz, reproduzindo e reconfigurando a seletividade (ANDRADE, 2018, p. 120-121).

Ademais, a pesquisa constatou a baixa adesão-presença das vítimas aos procedimentos, o que compromete estruturalmente o próprio encontro, e levantou as seguintes pistas para compreender essa ausência as vítimas:

- a) **Condição socioeconômica adversa para custeio das despesas necessárias aos deslocamentos aos locais das práticas de Justiça Restaurativa.** b) **Descompasso entre a temporalidade necessária às vítimas para voluntariar-se aos procedimentos de Justiça Restaurativa versus temporalidade necessária aos procedimentos, não raro movidos pela celeridade.** c) Insucesso, por esses motivos entre outros e pela própria inadequação dos contatos/ convites feitos pelos facilitadores para a participação das vítima nos programas. d) Incerteza ou insegurança quanto ao conteúdo das práticas. e) **Reprodução de uma cultura punitiva que não cuida das vítimas, mas pune os ofensores** (ANDRADE, 2018, p. 126-127, grifo nosso).

Portanto, o que se verifica nas práticas restaurativas implementadas no Brasil é a existência de programas focados prioritariamente no ofensor, e não no paradigma relacional, fundado no encontro, na bilateralidade e na simetria das partes.

Concluiu-se pela própria existência, mais expressiva, de **programas focados no ofensor, seja pelo fato de existirem projetos no âmbito da execução de penas**, ou medidas penais, ou socioeducativas, ou em prisão domiciliar, ou monitoramento eletrônico que são voltados exclusivamente

para o ofensor; **seja porque, em definitivo, o foco dos programas parece apontar para a responsabilização do ofensor (com esforço preventivo e pacificador) como princípio central.** Além de estarem desafiados pelos imperativos de incluir as vítimas, os programas parecem tão ou mais desafiados pela inclusão dos ofensores (ANDRADE, 2018, p. 127, grifo nosso).

Os programas restaurativos voltam-se exclusivamente para o ofensor, reproduzindo o mesmo discurso que atribui à pena as suas funções declaradas, travestindo de restaurativismo o próprio punitivismo e representando *mais do mesmo*. Da mesma forma, a ausência do foco no encontro, na simetria de ambas as partes e na vítima conduz, mais uma vez, a negação desta, impedindo a vivência da justiça pelos diretamente envolvidos, no frente a frente, que constitui elemento essencial da justiça restaurativa, enquanto modelo de justiça relacional.

Registre-se, por oportuno, a questão abordada por Vincenzo Ruggiero (2011, p. 12-1113) quanto à controvérsia acerca da relutância das vítimas em participar de programas que suspeitem ser orientados para interesses de outras partes, e não os seus. Por isso a necessidade, segundo o autor, como se depreende também das contribuições abolicionistas, de uma filosofia e uma prática de justiça informal diferente, que substitua a dicotomia entre ofensor e vítima por uma percepção do crime como um *desastre natural*, que requer uma mobilização solidária. Como aponta o autor, o modelo restaurativo exige o comprometimento dos recursos sociais e uma noção de responsabilidade coletiva, destinada à potencial resolução do conflito, e não à sua supressão. Acrescente-se que os modelos restaurativos devem evitar o profissionalismo e não podem centrar-se no poder e em interesses institucionais, que se traduzem, muitas vezes, no encaminhamento de casos que sequer seriam tratados pelo sistema de justiça formal e fazem com que a participação não seja voluntária, tendo em vista a pressão exercida pelas agências institucionais, cujos interesses muitas vezes não são de aprimorar a capacidade das comunidades de administrarem seus próprios conflitos, mas sim de ampliar a rede de controle social do Estado.

Constatou-se na pesquisa que o “encontro”, embora seja um objetivo generalizado, frequentemente não se concretiza, tanto pela baixa presença das vítimas, quanto pelo fato de os programas se dirigirem exclusivamente aos ofensores. Quando

realizados, os encontros acontecem usualmente dentro do espaço do sistema de justiça, sendo que a reparação dos danos é percebida como um objetivo residual dos programas (ANDRADE, 2018, p. 139).

Dessa forma, apesar de ser a justiça restaurativa um modelo de justiça essencialmente relacional, cujo horizonte está no confronto entre os protagonistas, num dizer de justiça, na reparação muito mais que na punição, na prática dos programas analisados, o que se observa, comumente, é a não concretização do encontro e, ainda que concretizado, a sua realização na esfera judicial, ou seja, em local considerado menos apropriado, como já destacado.

Não se verifica, pois, de um modo geral, nas práticas restaurativas implementadas no Brasil, uma valorização da conflitividade e do aprimoramento das habilidades das comunidades e dos cidadãos para gerirem, de forma que lhes seja útil, os seus próprios conflitos, mas, na verdade, há a sua ocultação. No mesmo sentido, não há a valorização do encontro, do frente a frente, entre sujeitos éticos, empoderados e em condição de igualdade, como horizonte da justiça.

Depreende-se, ainda, que, em que pesem os princípios da reparação, do atendimento das necessidades dos envolvidos, da participação e do empoderamento das partes, a reparação não é perseguida como um objetivo central, prevalecendo a noção de responsabilização.

O modelo brasileiro prioriza, então, a busca pela responsabilidade pela situação, centrando-se na evitação dos conflitos e dos crimes, de modo a incorporar e a reproduzir, nos programas restaurativos, voltados exclusivamente ao ofensor e ao controle de sua conduta, as funções preventivas da pena.

Funda-se, pois, muito mais em um paradigma de responsabilização-prevenção-pacificação social do que em um paradigma relacional, o que obsta que se encontre um sentido de justiça, enquanto experiência pessoal de superação e ressignificação do sofrimento.

Em outras palavras, ao centrar-se em outros objetivos em detrimento da concretização do encontro, da participação simétrica de ambas as partes, do empoderamento e do atendimento às suas necessidades, limita-se o próprio horizonte da justiça restaurativa, na medida em que não permite que se passe ao desconforto do frente a frente, capaz de oportunizar às partes a vivência da justiça.

3 A CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO E A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: BUSCANDO OS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E EPISTEMOLÓGICOS DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS PAÍSES PERIFÉRICOS

Com a compreensão das especificidades das sociedades periféricas, como a brasileira, fundadas na naturalização da desigualdade, bem como do papel das instituições penais modernas na gestão da subcidadania e na reprodução da invisibilidade pública e da humilhação social, torna-se possível pensar as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa, enquanto modelo de justiça essencialmente relacional, nos países periféricos e buscar fundamentação epistemológica e política para a construção de uma justiça restaurativa nessas sociedades. Para tanto, são analisadas a Criminologia da Libertação, como Teoria Crítica do Controle Social na América Latina, de Lola Aniyar de Castro, e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Joaquín Herrera Flores.

Não se pretende, com isso, formalizar uma teoria da justiça restaurativa, até porque a justiça restaurativa é e deve ser um modelo *inacabado*, não consolidado, mas busca-se situar a justiça restaurativa numa realidade específica, que é a dos países periféricos e especialmente da realidade social brasileira, calcada na naturalização da desigualdade, a fim de elucidar tanto os obstáculos quanto os fundamentos políticos e epistemológicos para sua implementação nessas sociedades.

Ademais, cumpre ressaltar que a concepção de justiça restaurativa que se postula é a de processo de construção cultural, política e social, como parte de uma estratégia para empoderar todos e todas, sobretudo aqueles indivíduos marginalizados social e politicamente pela ordem dominante, com potencialidade para produzir uma racionalidade de resistência, emancipatória. O que se defende é a construção de espaços para uma justiça restaurativa lúcida e libertadora, integrada a uma política social mais geral.

Assim, considerando a abrangência da justiça restaurativa, que pode abrigar ideias e interesses divergentes – orientados para a conservação do estado dominante ou

para a sua transformação –, a Criminologia da Libertação e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos constituem marcos teórico e metodológico que permitem elucidar as formas ocultas de dominação e permitem crer na possibilidade de transformação, fornecendo os fundamentos políticos e epistemológicos para uma justiça restaurativa da libertação (da deslegitimação), contextualizada na realidade dos países periféricos e voltada para os problemas específicos dessas sociedades.

3.1 A CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO COMO TEORIA CRÍTICA DO CONTROLE SOCIAL NA AMÉRICA LATINA

No debate acerca da existência de uma criminologia latino-americana, sobretudo ante a interpretação de Rosa del Olmo, em *A América Latina e sua Criminologia*, de que o que há é uma transnacionalização do saber criminológico pela imposição dos modelos dos países centrais, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 20) reconhece que a criminologia vivenciada, em geral, na América Latina, que não se confunde com a *criminologia latino-americana*, não está imune à dependência, inclusive cultural e ideológica, que se verificou na ciência, na técnica e nas políticas dos países periféricos.

Não se desconhece, pois, que a criminologia tradicional foi gestada na Europa e nos Estados Unidos e, em razão da pretensão do positivismo de ser um conhecimento científico universal, não levava em consideração o contexto social e político específico de cada sociedade. Da mesma forma, a criminologia da reação social, que problematizou pioneiramente as definições legais, expondo a noção de criminalização, e questionou a criminologia tradicional, também veio de fora, na medida em que seu surgimento não se deu nos países periféricos.

No entanto, como destaca Lola Aniyar de Castro (2005, p. 21), a importância da nova criminologia – ou radical, ou crítica –, originada a partir de movimentos radicais e cujo caminho se abriu pela escola interacionista, está no fato de ela exigir, por sua própria metodologia, que seja desenvolvida em e para determinada sociedade, a partir de uma conjuntura e um momento histórico específicos.

Nesse mesmo sentido, é precisamente a partir da construção de uma criminologia feita na América Latina e para a América Latina que se torna possível pensar e chamar, no continente latino-americano, uma criminologia de latino-americana, definida como

[...] aquela que tentou ser construída graças a uma pesquisa fundada em premissas muito distintas (o materialismo histórico, a filosofia crítica, por exemplo, e que por certo tampouco são de origem latino-americana), *sobre a realidade sociopolítica concreta do continente* (CASTRO, 2005, p. 21).

Portanto, apesar de se observar, nesse processo de construção da criminologia latino-americana, tendências externas, sobretudo no nível epistemológico (o materialismo histórico e a teoria crítica), vez que não surgem no continente latino-americano, essa criminologia funda-se em premissas específicas, partindo da realidade concreta dos países periféricos.

No processo dramático de criação de uma Criminologia da Libertação, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 22-23) esclarece a importância dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada, a partir de 1974, no 23º Curso Internacional de Criminologia, cujo tema foi a violência e teve como conferencistas representantes de todas as correntes do pensamento criminológico da época, consubstanciando um esforço combinado para compreender criticamente a criminologia, pela primeira vez, no terreno sociopolítico. Na oportunidade, foi possível constatar, nas realidades sociais latino-americanas, que a violência era fundamentalmente estrutural e se manifestava, primordialmente, pela violência institucional e institucionalizada.

A identificação de semelhanças estruturais nos países latino-americanos possibilita conferir uma unidade ao continente, marcado pela exploração do homem, pela violência estatal, pelos privilégios de uns em detrimento da maioria (em termos quantitativos), por profundas e consentidas assimetrias sociais, ante a naturalização da desigualdade, pela gestão dessa desigualdade pelo controle penal, pela marginalização e pelo consentido abandono social e político de categorias inteiras.

A partir da análise da lógica uniforme a que respondem esses países, em razão da já mencionada política que divide o mundo em países centrais e periféricos na qual se inscreve a questão do controle social, e como resultado do Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada, em 1981, no México, foi aprovado um manifesto que reunia os postulados de uma Criminologia da Libertação e propunha, ainda, a criação de um novo grupo, dedicado à construção de uma teoria crítica do controle social. Assim, o manifesto, que destacou a necessidade de que as realidades específicas de cada país que constituem essa unidade sejam examinadas para a elaboração de propostas com vistas à proteção das maiorias em termos quantitativos e dos mais vulneráveis, à superação dos fatores que geram a criminalidade e à profunda transformação e democratização dos mecanismos de controle social, estabeleceu que:

[...] 5. **A legitimação de um direito penal desigual para a América Latina foi corroborada pelo papel subalterno que a criminologia tradicional desempenhou.** A determinação de uma criminalidade a-histórica foi formulada a partir de modelos e tipologia construídos pelo sistema – particularmente pelo cárcere –, os quais geralmente se aplicam a quem já foi previamente marginalizado pela ordem social construída. 6. O movimento que se inicia terá como objetivo a construção de uma teoria crítica do controle social na América Latina. Portanto, entre outras coisas, **terá como objeto o estudo e a denúncia das situações referidas, o assinalamento do papel legitimador cumprido pela criminologia tradicional e a elaboração de estratégias alternativas para o controle social na América Latina.** [...] As pautas básicas que hão de orientar o trabalho em conjunto devem estar determinada pela **erradicação das ideologias positivista e defensivista, que determinaram o tratamento patológico da criminalidade e a falsa concepção médica e ressocializante da execução penal; e, definitivamente, pela erradicação de toda ideologia que tenda a converter a questão criminal em um simples problema de ordem pública** (CASTRO, 2005, p. 34).

Nos postulados reunidos no manifesto, é possível depreender a preocupação existente com relação ao papel do direito penal e da criminologia tradicional, na medida em que o primeiro serviu para produzir, reproduzir e aprofundar as assimetrias sociais, a partir dos processos seletivos de criminalização, e a criminologia tradicional, por sua vez, serviu para legitimar o primeiro.

Como explica Lola Aniyar de Castro (2005, p. 42-45), o conhecimento criminológico e penal produziu legitimação, entendida como “toda forma de convalidar, autorizando-o, principalmente através da promoção do consenso social, um determinado sistema de dominação”. Isto é, a criminologia, no decorrer da história,

desde a escola clássica do direito penal e incluindo a escola interacionista, assumiu função de legitimação do exercício do poder. Acrescenta a autora que, quanto à escola clássica (*criminologia administrativa e legal da repressão*), esse papel foi exercido por meio de técnicas legislativas e da dogmática penal voltada para a garantia dos interesses das classes dominantes. A escola positiva, por sua vez, recriou os mecanismos da dominação em resposta ao apelo epistemológico da época a partir das contribuições da medicina, da psicologia, da psiquiatria e da antropologia biológica, para produzir a repressão de um novo e único inimigo comum, o delinquente estereotipado da classe baixa, evidenciando, assim, a criminalização de uma classe social.

Ademais, como anteriormente ressaltado, a criminologia se voltou tanto para a violação da ordem, quanto para sua preservação, sobretudo por meio dos programas de prevenção geral, que visam o não questionamento da ordem e do sistema de classes.

Essa função de manutenção da ordem social depende, como afirma Lola Aniyar de Castro (2005, p. 49-50), da ideologia em sua concepção não de projeto político, mas de falsa consciência, de ocultação da realidade, que se verifica, em primeiro lugar, com os *processos de socialização primária*, aplicáveis a todas as classes sociais e que buscam conformar atitudes e valores de acordo com os padrões dominantes, nos quais a criminologia desempenha papel relevante mediante a criação de estereótipos e de políticas preventivas. Em segundo lugar, como já destacado, quando a *socialização primária* falha, incide a *socialização secundária* e é nela que a criminologia usualmente se concentra. Contudo, ao não se enfrentar o fato de que a criminologia desempenha esse papel substituto, não se torna possível contestar as normas violadas, tampouco compreender sua função para a manutenção de um sistema de dominação que a própria criminologia contribuiu para legitimar.

Ademais, em que pese a incapacidade da criminologia tradicional de converter-se em teoria, em razão da divisão do seu objetivo (o controle social) em diversos caminhos, essa debilidade, que lhe é interna, nunca foi exteriorizada, de forma que, mesmo sem poder ser considerada uma ciência, sem ter podido alcançar o *status* científico, conseguiu-se alcançar o objetivo central, de “construir um campo de

explicações tão florido, fácil e atraente que fosse capaz de concitar um acordo acrítico em torno da ordem social, e portanto, de seu controle” (CASTRO, 2005, p. 51). Por essa razão, defende a autora que a criminologia é controle social e, por conseguinte, é poder. Em contrapartida, se a criminologia tradicional é instrumento de poder, defende a possibilidade de que uma criminologia alternativa possa ser inimiga do poder.

Nesse sentido, a partir da concepção de controle social como instrumento reprodutor e da compreensão da ideologia ocultadora adotada pela criminologia, que, em seu discurso oficial, pretende-se sempre outra coisa que não o fortalecimento do controle social e a manutenção do sistema de dominação, o que se propõe para os países latino-americanos é a construção de uma criminologia que se orienta ao controle social, mas a partir de uma prática teórica transformadora, e não reprodutora, uma criminologia que, ao contrário da tradicional, que se faz instrumento de poder, pode ser inimiga do poder. Trata-se, pois, da construção de uma teoria crítica do controle social.

Ao propor uma criminologia para a América Latina que seja uma teoria crítica do controle social, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 57-58) parte da premissa de que a criminologia, ainda que sem assumir, sempre foi controle social e que uma criminologia como teoria crítica do controle social representa, então, a superação e a negação da criminologia como controle social. Embora o objeto de estudo desta criminologia também seja o controle social, a sua diferença está na crítica, ou seja, no fato de constituir uma teoria que se faz crítica, a partir de pautas metodológicas específicas.

Os elementos do método proposto derivam do método histórico dialético e da teoria crítica da Escola de Frankfurt e são sintetizados por Lola Aniyar de Castro da seguinte forma:

1. A história constituinte e o histórico constituído
2. A busca da essência por trás da aparência
3. A dialética
4. As contradições
5. A totalidade (ou holismo)
6. A análise do real, em vez da metafísica

7. A auto-reflexividade
8. A compreensão intuitiva:
 - 8.1. de propósito e significado, não causal
 - 8.2. de imaginação compreensiva, não de descrição ou busca de generalizações
 - 8.3. de acontecimentos únicos (o histórico constituído)
9. Um compromisso permanente com a emancipação e com a realização plena de todos os homens
10. A vontade de não formalizar-se
11. A necessidade de ser uma prática teórica transformadora (CASTRO, 2005, p. 63-64).

Os primeiros elementos citados dizem respeito à necessidade de se estudar a história constituinte, enquanto desenvolvimento da superação da luta entre contrários, e o histórico constituído, como o momento conjuntural específico, para encontrar as contradições esclarecedoras do fenômeno (essência e aparência), que podem ser explicadas, pelo método dialético, como elementos de requerimento recíproco. Além disso, a partir da premissa de que a falta da totalidade cria ideologia por ocultamento, esse método explica que os fatos sociais não estão isolados e precisam ser compreendidos dentro do seu contexto histórico (CASTRO, 2005, p. 59).

Dessa forma, por meio desses elementos metodológicos, é possível compreender que o desenvolvimento histórico deriva da luta entre interesses contrários que se superam e que essas contradições podem ser encontradas a partir da análise desse desenvolvimento e do seu contexto histórico, em sua totalidade, a partir do método dialético, a fim de desfazer a ideologia que se apresenta.

A ausência de totalidade para a compreensão do próprio direito, limitada pela hiperespecialização dos juristas, impede que ele seja entendido dentro de uma realidade complexa que não só explica o direito, como o condiciona, contribuindo, assim, para a despolitização e para a ideologização de sua gestão (CASTRO, 2005, p. 126).

Ademais, por ser a teoria de Marx, simultaneamente, teoria e prática, ela tem potencial tanto para ser uma prática teórica reprodutora, quanto transformadora, dependendo da orientação que possui, isto é, se voltada à manutenção da ordem ou à mudança (CASTRO, 2005, p. 60). A teoria crítica do controle social que se propõe a partir desses elementos metodológicos tem potencial para ser uma prática teórica

transformadora e emancipadora, na medida em que, ao fazer aparecer o discurso ideológico que busca legitimar o sistema, desmantela a opressão.

A crítica econômica de Marx e a crítica cultural da teoria crítica da Escola de Frankfurt, combinadas, permitem a construção de uma teoria cuja função é “*desmascarar todo tipo de legitimação ideológico, bem como exigir uma discussão de toda relação fática de poder*” (CASTRO, 2005, p. 61). Tornar transparente esse discurso ideológico e discutir as relações fáticas de poder é relevante para a criminologia que se propõe, sobretudo por pretender denunciar a estrutura do controle social latino-americano, combater as formas ocultas de dominação e estimular a consciência de classe.

Ademais, como esclarece Lola Aniyar de Castro (2005, p. 61), a razão instrumental, internalizada pelos indivíduos e que impera nas sociedades contemporâneas, tem no positivismo a sua consagração teórica e, ao preocupar-se unicamente com os problemas técnicos entre meios e fins, desvinculando-se da análise da racionalidade dos fins (razão prática ou moral), torna-se opressora.

O império da razão instrumental e a opressão que dele deriva evidenciam a necessidade de uma teoria que seja auto-reflexiva e histórica, que permita uma crítica problemática, consciente do momento conjuntural e da influência que esse processo também exerce sobre ela, e, por outro lado, que evite a fragmentação do real e a racionalidade tecnocrática, a partir de um compromisso com um projeto emancipatório. Essa teoria auto-reflexiva e histórica orienta-se, então, não para uma razão instrumental, mas para uma razão prática, interessada pelos fins, pela justiça e pela injustiça e pela revalorização do humano.

Para tanto, essa teoria crítica do controle social deve ser antiformalizante e voluntariamente assistemática, de modo a “não procurar consolidar, mas propor uma teoria que se perceba como parte de um processo, ao mesmo tempo que vinculada aos esforços de libertação humana” (CASTRO, 2005, p. 62). Em outras palavras, a teoria crítica do controle social não pode se realizar em um projeto prefixado e deve contrapor-se à ilusão de formalização, além de ter compromisso com uma atividade crítica permanente, orientada para a transformação, para a emancipação e para a

realização plena de todos, a fim de impedir o estabelecimento de sistemas de dominação.

Como ressaltam Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 308), “a extrema racionalização é Ordem. A Ordem é dominação. E é contra isso que vai se produzindo uma insurreição em quase todas as ordens da expressão humana, e em parte também, na institucional”. É nesse sentido também que a teoria crítica do controle social nega o estabelecido e o formalizado, em uma tendência antiautoritária.

A partir de tais premissas, vale ressaltar que é justamente por reconhecer a impossibilidade de suprimir a violência impessoal que a justiça restaurativa, problematizando e transformando as representações que conduzem à construção social do que se define como censura, se distingue do escopo repressivo, sustentado pela rejeição da desordem e do conflito (GIAMBERARDINO, 2015, p. 206-207). No modelo proposto, a justiça restaurativa não rejeitaria a desordem, mas limitaria e controlaria o poder punitivo por meio da disputa acerca do que se define socialmente como censura, como pena e como justiça.

Dessa forma, verifica-se que a justiça restaurativa tem o potencial de se abrir ao conflito e à sua complexidade, sem reduzi-la violentamente como faz o sistema penal, situando-se, assim, contra as formas de dominação, em favor de um modelo de administração dos conflitos e de controle social mais democrático, pluralista e aberto às incertezas do mundo da vida.

Além disso, a justiça restaurativa, pelos valores e princípios que a pautam e para que represente um modelo de justiça desvinculado da lógica punitiva e das respostas previamente estabelecidas pelo sistema burocrático, também deve ser antiformalizante e deve buscar, permanentemente, a autocrítica e a sua própria revisão, a fim de que não se consolide e de que se dirija para a transformação e para a emancipação. Ao se condicionar ao contexto na qual se situa, a justiça restaurativa, como um projeto político e um movimento social, tem vocação para a transformação social.

Como destacam Raffaella Pallamolla e Daniel Achutti (2014, p. 86), para que a justiça restaurativa seja uma experiência capaz de realmente mudar das formas de se lidar com os conflitos, não pode pretender construir um sistema, isto é, um modelo fechado e pré-determinado para aplicação a todos ou a certos tipos de delito, já que sua viabilidade somente pode ser verificada no caso concreto.

Quanto ao elemento metodológico da compreensão intuitiva, vale destacar que se trata de uma compreensão qualitativa, que, muito mais do que uma busca causal-explicativa, seja uma compreensão de propósito e significado, e, a partir da imaginação compreensiva, reconheça os acontecimentos como únicos, sem pretensão de generalizações (CASTRO, 2005, p. 63). Assim, por meio da compreensão intuitiva, não se busca explicações que sejam universalmente válidas, mas, pelo contrário, reconhece-se que os acontecimentos estão inseridos em um contexto específico e derivam de condições históricas determinadas, devendo, pois, ser estudados como únicos.

Ressalta-se que, como desdobramento da pretensão do positivismo de ser um conhecimento científico universal, independentemente do contexto sócio-político, a criminologia tradicional também não é contextualizada. Além disso, não se verifica, no sistema de justiça criminal, essa compreensão qualitativa dos acontecimentos, mas o apego à busca causal-explicativa, obstando que os eventos sejam estudados em sua particularidade. O sistema jurídico-penal opera a partir de uma lógica dicotômica, que classifica as pessoas em boas ou más, em não-criminosas e criminosas, conformando, pois, uma imagem simplista, na qual o seu funcionamento se sustenta.

A justiça restaurativa, por sua vez, ao permitir e incentivar a abertura para a compreensão da situação problemática a partir não de uma única e parcial leitura, mas impulsionadas pelas perspectivas dos protagonistas e de suas necessidades concretas, bem como ao possibilitar outras respostas ao conflito, não pré-definidas, deve se pautar por uma compreensão intuitiva e qualitativa, com abordagens diferenciadas e que levem em consideração as especificidades de cada caso, a fim de evitar a burocratização e a reificação dos sujeitos. Disso decorre, também, a necessidade de que as práticas restaurativas não sejam analisadas a partir de

resultados quantitativos, tampouco sejam contaminadas pelas categorias de eficiência e de utilidade nas quais se acostumou a pensar.

Embora a denúncia da estrutura do controle social para tornar transparente o seu caráter legitimador, estimular a consciência de classe e combater as formas ocultas de dominação seja objetivo da teoria crítica do controle social, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 64) defende que uma estrutura alternativa do controle social, compromissada com a crítica e a revisão permanentes e com os direitos coletivos, sobre a base de um projeto emancipatório, seja oportunamente proposta.

A teoria crítica do controle social, que denuncia os poderes opressores e o discurso ocultador, permite que se faça, em oposição à velha criminologia da repressão, no nível político, uma Criminologia da Libertação (conscientização), cujas tendências são, no nível epistemológico, o Materialismo Histórico e a Teoria Crítica; no nível criminológico, a Criminologia crítica ou Nova criminologia ou Criminologia radical; e, no nível interpretativo, a própria Teoria crítica do controle social (CASTRO, 2005, p. 66).

Vale ressaltar que a proposta da Criminologia da Libertação não pretende ser uma teoria criminológica latino-americana, mas uma forma de se fazer criminologia no contexto latino-americano, ou seja, uma metodologia para se desenvolver uma criminologia latino-americana, vocacionada ao enfrentamento dos problemas inerentes a essas formações sociais, marcadas por níveis assombrosos de violências institucional e estrutural.

Essa discussão que se trava em torno da libertação é também uma discussão sobre dominação, que, por sua vez, depende do controle social, enquanto técnicas de obtenção de consenso e submissão acerca dos valores essenciais para a manutenção do sistema e que assumem a face da ideologia (CASTRO, 2005, p. 93). Para uma Criminologia da Libertação, não importa apenas o exercício do controle formal, mas também a forma como os discursos ideológicos são construídos e manipulados, uma vez que a própria compreensão do controle social exige que se entendam tais ideologias, que buscam legitimar, pela obediência e pelo consenso, o poder. Portanto, a libertação é aqui entendida como deslegitimação.

Nas palavras da autora,

Finalmente, libertação de que?

Libertação das estruturas exploradoras; especialmente, mas não exclusivamente, através de uma libertação da ocultação das relações de poder e do funcionamento dos interesses. Libertação do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico, vinculados àquelas relações de poder. Libertação da razão tecnológica que contrabandeia para nossos países um conceito artificial de desenvolvimento. Tudo isso em benefício do valorativo, em função do homem e de sua expansão material e espiritual ao mesmo tempo. [...] A libertação terá, na América Latina, logicamente, seus próprios caminhos (CASTRO, 2005, p. 111).

A libertação, então, é da ocultação das relações de poder e dos interesses voltados à manutenção dessas relações, inclusive por meio da socialização primária e do controle social informal. É a libertação dos discursos ideológicos que, na tentativa de produzir legitimação, impedem a conscientização de classe e criam um conceito artificial de desenvolvimento, contrapondo *civilização* e *barbárie* e identificando a tecnologia e a cultura popular latino-americana como primitiva e subversiva.

Em que pese essa busca por legitimação, como já destacado, o que se verifica atualmente é uma crise de legitimação, cuja forma de tratamento é a própria busca de legitimação. No dizer de Castro,

parece, portanto, evidente que o sistema penal não pode continuar por muito tempo fundamentando-se numa jurisdição abstrata, num conjunto de mitos permanentemente a descoberto pelas evidências da realidade. Isso não significa que, no nível profundo do discurso, se possa afirmar que o sistema penal tenha fracassado no cumprimento de alguns de seus objetivos reais, como a manutenção e a reprodução do sistema social. A crise é gerada pela quebra do consenso frente aos fins previstos (CASTRO, 2005, p. 136).

Não se trata, pois, de uma crise decorrente da discrepância entre as funções atribuídas à pena pelas teorias oficiais e as funções reais por ela exercidas, tampouco da inaptidão das funções declaradas da pena à efetiva resolução dos conflitos sociais e à tutela dos bens jurídicos, mas, precisamente, decorrente do descrédito acelerado do discurso jurídico-penal, cuja falsidade é desnudada.

Nesse contexto de crise gerada pela quebra do consenso social, promovido para produzir legitimação de um determinado sistema de dominação, na busca por

legitimidade como remédio para esta crise, surgem propostas de reformas da justiça penal mais convincentes, mas igualmente orientadas à legitimação (e não à transformação) do poder punitivo.

Isto é, há propostas e reformas para que a justiça penal se oriente para a educação e o tratamento, como meio mais sutil de resgatar a disciplina perdida. Para isso, pede-se socorro também à participação comunitária, que reforça o consenso: legitimação, em suma, do exercício do poder (CASTRO, 2005, p. 137).

Nesse sentido, a reforma permanente e sem limites de que trata Thomas Mathiesen vai ao encontro da Criminologia da Libertação, enquanto proposta voluntariamente assistemática e antiformalizante, comprometida com uma atividade crítica e autocrítica permanente, orientada para a emancipação, para a transformação e para a deslegitimação dos sistemas de dominação, impedindo o congelamento de quaisquer desses sistemas, até porque o congelamento das teorias confere-lhes uma atitude autoritária.

Como exemplos de reformas da justiça penal que reforçam o consenso e produzem legitimação do exercício do poder, Lola Aniyar de Castro cita as propostas orientadas para a educação e o tratamento, como resgate da disciplina, bem como a justiça participativa. No tocante às primeiras, com base em uma perspectiva de reorientação do controle social, fundada nos dos direitos humanos, a autora ressalta que

A reorientação deve ter sempre em conta que a terminologia 'tratamento', 'reeducação', 'reabilitação', etc., é manipuladora porque refere-se a uma sociedade e a um sistema tomados por bons e aos quais o 'discordante' deve ser reintegrado de maneira submissa (CASTRO, 2005, p. 238-239).

Se a educação é forma de socialização primária, que cria obediência e consenso em torno dos valores essenciais à estabilidade do sistema, o tratamento, a reeducação e a reabilitação (*ideologias re*) constituem formas de socialização secundária (substitutas), também orientadas à legitimação, na medida em que configuram refinado e violento instrumento ideológico e de dominação. Esses instrumentos partem de realidades ilusórias do sistema punitivo, como a própria classificação binária da sociedade e um suposto consenso em torno de valores, forjando uma aceitação profunda do sistema.

Quanto à justiça participativa, Lola Aniyar de Castro (2005, 144) sustenta que, apesar da sua face mais suave, não se trata de uma justiça autônoma, eis que vinculada ao direito existente, não diferindo substancialmente da justiça formal e gerando não só o risco de uma capilaridade do controle, como de resultados mais repressivos com a presença da coletividade no controle social formal. Assim,

a via mais profícua para a libertação do homem é o desencantamento, o enfrentamento com a realidade, oculta ou evidente. No caminho da ocultação, os caminhantes mais corriqueiros são as palavras. Se elas não são constatativas, mas performativas, criam uma realidade falsa e superposta. São boa parte da ideologia-ocultação (CASTRO, 2005, p. 145).

Dessa forma, apesar de se apresentar como proposta mais suave e de travestir-se de outra coisa, não está orientada para a mudança substancial, mas apenas para a relegitimação do sistema, por meio de mais um instrumento, entre tantos, de controle social.

Considerando que o interesse pela justiça restaurativa se renova nesse contexto de crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo e que a tendência, como remédio a essa crise, é a própria busca por legitimidade, faz-se necessária a preocupação com relação aos objetivos e interesses a que a justiça restaurativa serve, até porque a sua diversidade e pluralidade, ao mesmo tempo em que asseguram a sua flexibilidade para implementação em contextos específicos, também permitem que ela se preste tanto à relegitimação, quanto à transformação da lógica punitiva e à deslegitimação do sistema penal.

Especificamente com relação à proposta de privatização do conflito, no modelo sistematizado por Louk Hulsman, apesar de tender a limitar o poder, para Lola Aniyar de Castro (2005, p. 145-146), a referida posição supõe uma sociedade sem conflitos, nem mesmo de classes, além de carecer de uma discussão sobre o poder, reconhecendo, porém, que se trata de um modelo teórico passível de aperfeiçoamento, sobretudo porque se apresenta como uma solução lógica e civilizada, não contaminada pela presunção de um direito de punir e que se mostra racional tanto a partir da lógica capitalista, quanto socialista, já que, para a primeira, ao estabelecer compensações, permanece na lógica do mercado, e, para a segunda, incentiva o entendimento entre os homens, a partir de sentimentos de

solidariedade e responsabilidade comunitária, bem como uma reflexão sobre as consequências das próprias ações e sobre o valor dos interesses da vítima.

Todavia, a autora aponta problemas para a viabilização da proposta, principalmente no caso dos países periféricos:

[...] uma sociedade sem sistema penal deve gozar de condições de democracia profunda, isto é, não só na formulação das instituições mas em sua estrutura social, econômica e cultural. [...] Não vemos na realidade política e social latino-americana nenhum sinal nesse sentido. Nem mesmo com a lentidão vislumbrada por Hulsman para o desaparecimento do sistema penal. [...] o não desaparecimento total das classes numa etapa intermediária da construção do socialismo produziria obstáculos importantes para o acordo e o entendimento recíproco entre vítima e agressor pertencentes a classes sociais distintas e, portanto, com interesses opostos ou não coincidentes, e com atitudes e valores diferentes diante da defesa de alguns direitos (CASTRO, 2005, p. 147 e 241).

Além do grau extremo de amadurecimento social e cultural que ambas as partes devem ter, em similitude, para a abolição do sistema penal e privatização do conflito, não verificado no horizonte das sociedades periféricas, marcadas por uma profunda desigualdade e estratificação, há um grande obstáculo, no contexto desses países, para o entendimento recíproco entre partes pertencentes a classes sociais diversas.

Com relação ao desafio para a criação de espaços comuns de diálogo, entendido como condição fundamental que deve ser considerada e enfrentada no processo de implementação da justiça restaurativa, André Giamberardino (2015, p. 188-189, grifo nosso), explica que

Sentar-se-iam frente à frente muitas vezes, para mediação, para um círculo restaurativo, um acusado socialmente vulnerável e uma vítima muito mais poderosa em termos de 'capital simbólico'. De um lado, o viciado em *crack* que cometeu um assalto, sem ninguém para lhe acompanhar como 'comunidade de suporte'. De outro, a vítima do possível roubo. **O encontro traz riscos vários**, como a produção de discursos moralistas, o reforço dos estereótipos, a imposição de falsos acordos. **Mas traz também potencialidades. E o que dizer da manutenção institucional da 'distância' com a persecução penal, a vedação do encontro, a privação da liberdade, a reprodução da violência?** Não se trataria, a própria criação da situação de interação, de uma maneira de reverter mecanismos de segregação que, como visto, hoje se constroem pela invisibilização do outro?.

Não se desconhecem, pois, os riscos e os desafios para a implantação de práticas restaurativas, sobretudo em sociedades marcadas por uma desigualdade abissal e pela produção do fenômeno de massa da subcidadania, como a brasileira. Contudo, não há como ignorar que, também nesses países, as instituições penais modernas são abertamente genocidas e têm servido para a gestão dessa subcidadania, neutralizando os indivíduos percebidos como não-gente, e para a reprodução dos fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social. Além disso, tais instituições obstruem os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Dessa forma, a compreensão desse contexto específico, a partir de uma conscientização crítica, ao mesmo tempo em que evidencia as dificuldades à construção de práticas restaurativas, fundadas precipuamente no diálogo, denuncia a estrutura do controle social e exige a luta contra as formas ocultas de dominação, abrindo espaço para propostas de reorientação do controle social, na perspectiva dos direitos humanos.

Ademais, ao examinarem o abolicionismo penal e as propostas de Louk Hulsman, em *Manuel de Criminologia Sociopolítica*, Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 236-237) apontam os questionamentos e as afirmações do autor abolicionista, como a necessidade de mudança da linguagem, com eliminação da palavra *crime*; a grave fragmentação do sistema penal; o enquadramento no conceito de *delito* de situações que nada têm em comum além da autorização do sistema de justiça penal a proceder contra eles; o fato de as discussões sobre reformas ao sistema penal visarem, por exemplo, a maior eficiência do controle social, e não a sua eliminação ou alternativa; as situações conflitivas ou problemáticas possibilitam uma diversidade de respostas, ao contrário do sistema penal, que somente fornece a mesma resposta, impossibilitando, ainda, a interação e a compreensão da realidade do conflito, bem como as respostas das próprias partes, ainda que lhes sejam mais satisfatórias.

Em que pesem as ressalvas feitas em *Criminologia da Libertação*, em *Criminologia Sociopolítica*, Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2012, p. 240-241) destacam que a proposta de Hulsman, pautada nas mencionadas considerações, foi recebida

com interesse pelos penalistas críticos da América Latina. Como reflexos institucionais, as teses abolicionistas, sobretudo de Hulsman, impulsionaram reformas processuais penais para inclusão de princípios autorizadores de acordos reparatórios e colocaram em discussão a questão relativa à justiça restaurativa.

Portanto, apesar dos desafios apontados para a aplicação do modelo de justiça proposto por Louk Hulsman, especialmente no contexto latino-americano, reconhece-se que as teorias abolicionistas permitiram a inserção de instrumentos alternativos à prisão, orientadas para a participação da vítima e para a justiça restaurativa.

Além disso, Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 511-512) propõem, para uma criminologia democrática e libertadora, o interesse pelas vítimas, sejam vítimas das transgressões, quanto as vítimas do próprio sistema penal, orientada para a garantia da liberdade, da igualdade e da segurança, a partir de uma interpretação holística, que relacione os saberes da Ciência, da Política e da Criminologia. Ainda segundo os autores (2017, p. 519), uma criminologia libertadora deve ter, como atitudes comuns, “a felicidade humana, seu desenvolvimento físico e espiritual, a liberdade, suas necessidades fundamentais, tudo o que se resumiria, sempre provisoriamente, no conceito de Direitos Humanos”. A metodologia proposta pelos autores (2017, p. 526) deve buscar a crítica da uniformidade autoritária, o compromisso de se posicionar e agir frente ao poder e a crença nas possibilidades de transformação, com apreciação dos impactos da prática teórica, porém, sem supervalorizá-la.

A partir da metodologia postulada, não se pode atribuir à justiça restaurativa a resposta para todos os males, mas é possível crer no seu potencial de transformação e de inclusão dos interesses das vítimas das transgressões e do sistema penal, desde que seja suficientemente aberta para não se tornar absoluta, que se recuse a se formalizar, que não rejeite o caos, a desordem e o conflito e que assuma um compromisso frente ao poder, em uma posição constantemente crítica e autocrítica.

Defende-se, a partir da Crítica Criminológica, a necessidade de autocrítica e crítica constante e permanente, bem como a compreensão dos seres humanos em função de sua realização total e em igualdade, ainda que sejam diferentes, assumindo, também, o dever de fazer transparecer toda legitimação ideológica das instituições de Lei e Ordem, de discutir toda relação fática de poder e de rejeitar o poder vertical e centralizado, assim como a atitude vigilante das tendências de capilarização (CASTRO; CODINO, 2017, p. 314).

Essas assertivas devem orientar a proposição de medidas alternativas para o controle social latino-americano, a fim de que sejam permanentemente revisadas, para evitar o autoritarismo, em uma prática teórica orientada para a promoção dos direitos humanos, em um projeto emancipador, e voltando-se para as realidades específicas em que aplicadas. Além disso, ao mesmo tempo em que se busca rejeitar o poder vertical e centralizado, deve-se impedir também a capilarização desse poder.

Essas reformas penais, porém, devem consistir não só em alterações processuais, como também administrativas, para que haja infraestrutura e estímulo para sua aplicação na prática, sob pena de serem ineficazes. Além disso, tais medidas devem levar em consideração a composição social dos países latino-americanos e, em se tratando de resolução alternativa de conflitos, como a justiça restaurativa, devem ser voluntárias e observar as normas protetoras de direitos humanos, bem como os princípios gerais (CASTRO; CODINO, 2017, p. 252-253).

Não basta, pois, que sejam feitas alterações legislativas, sem que os recursos materiais e pessoais para sua implementação sejam adequadamente providos. Tais disposições são aplicáveis à justiça restaurativa, cujas práticas dependem, por exemplo, da criação de espaços próprios e apropriados, preferencialmente fora do âmbito judicial, bem como da participação de profissionais metajurídicos. Ademais, as medidas propostas devem considerar especialmente o contexto social em que são aplicadas e ater-se às garantias processuais penais e aos direitos humanos.

Descrentes de que a justiça restaurativa possa reduzir a população carcerária, tendo em vista a tendência de se fabricarem mais presos na mesma medida em que se

aplicam medidas alternativas, Lola Aniyar de Castro e Rodrigo Codino (2012, p. 253) ressaltam como elemento mais importante das medidas alternativas o fato de elas evitarem o sofrimento inútil e tornarem o sistema penal mais humano, interativo e societário.

O sistema de justiça penal, além de ser incontrolável e de distribuir injustamente um sofrimento inútil, confisca o conflito dos sujeitos nele envolvidos, especialmente da vítima, cuja palavra é retirada. É exatamente por evitar esse sofrimento estéril e por estimular uma sociedade mais tolerante e com cidadania mais ativa que se verifica a relevância das medidas alternativas, nas quais se incluem as práticas restaurativas.

Entende-se que a descrença dos autores quanto à possibilidade de a justiça restaurativa efetivamente produzir um impacto na redução da utilização da prisão sustenta-se em uma tendência revelada na prática não só com relação a medidas alternativas anteriormente propostas e implementadas, como também – posteriormente se verá – no tocante à justiça restaurativa. Essa atitude crítica quanto às propostas alternativas é fundamental para que tais medidas, nas quais se inclui a justiça restaurativa, não sirvam apenas para relegitimar o poder punitivo, sem promover qualquer mudança estrutural.

No entanto, a partir da própria Criminologia da Libertação, postula-se que a justiça restaurativa seja parte de uma estratégia de política criminal e de uma política social mais geral, que trilhe os caminhos reivindicados pelos direitos humanos e possibilite uma transformação social. Não se trata, pois, de uma panaceia, mas de um processo de abertura para a democratização da administração dos conflitos, que deve posicionar-se criticamente para a libertação, ou seja, para a deslegitimação. Do mesmo modo, não se pretende uma visão ingênua, mas, ao contrário, uma posição lúcida e contextualizada, que compreenda os desafios que se apresentam na realidade em que se insere, bem como uma posição de enfrentamento e de resistência à ordem dominante, entendendo-a como passível de ser transformada.

Por fim, vale ressaltar que as propostas alternativas devem levar em consideração a relatividade dos conceitos de *crime* e *criminoso* e que a política criminal deve ser revista de forma permanente a fim de se ajustar aos fins considerados, devendo

passar, necessariamente, para configurar uma proposta transformadora, pela modificação da consciência pública, bem como evitar a modificação de leis e instituições para escapar de transformações sociais de base. Isto é, a política criminal deve integrar-se a uma política social mais geral (CASTRO, 2005, p. 239).

Assim, a elaboração de estratégias alternativas para o controle social no contexto latino-americano, acompanhada da denúncia das realidades sociais desses países, marcados pela naturalização da desigualdade, pelo consentido abandono social e político de categorias inteiras, pela subcidadania e pelo funcionamento dissimulado de interesses particulares, não implica a renúncia ao incentivo por mudanças estruturais, necessárias, inclusive, para a implementação das estratégias alternativas. Deve, portanto, a justiça restaurativa, como já afirmado, ser entendida no contexto dessas estratégias para a política social mais ampla proposta.

O rumo que deve tomar a criminologia deve ser aquele reivindicado pelos direitos humanos, qual seja, a de uma cidadania mundial na qual cada ser humano seja considerado como uma pessoa, e não como não-gente, e disponha do mínimo exigido para que essa condição seja respeitada (CASTRO; CODINO, 2015, p. 444-45). Nessa criminologia contrapoder, que se coloca à margem do poder oficial e dos conceitos rígidos da Justiça, defendem os autores a manutenção apenas do subversivo poder dos direitos humanos para fazer frente aos parâmetros armados de Lei e Ordem, aspirando, talvez, à desordem que possa nutrir mudanças de inclusão e de justiça possíveis (CASTRO; CODINO, 2015, p. 528).

Por reivindicar como único rumo possível aquele dos direitos humanos, sustenta-se, no presente trabalho, a necessidade de se somar à Teoria Crítica do Controle Social a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, postulada por Joaquín Herrera Flores. Antes, porém, considerando os elementos metodológicos da Teoria Crítica do Controle Social, para que a justiça restaurativa integre essa prática teórica transformadora e emancipadora, é imprescindível fazer transparecer o discurso ideológico que busca legitimar o sistema, a fim de dismantelar as formas ocultas de opressão e dominação.

3.2 O ENFRENTAMENTO DAS MITOLOGIAS QUE DESPOTENCIALIZAM AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Na pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário”, realizada pela Fundação José Arthur Boiteux e coordenada por Vera Regina Pereira de Andrade (2018), após o mapeamento dos programas de Justiça Restaurativa implantados pelo Poder Judiciário no Brasil e a identificação da existência de programas em 19 (dezenove) estados da federação brasileira, foram selecionados sete estados – Rio Grande do Sul, São Paulo, Distrito Federal, Bahia, Pernambuco, Minas Gerais e Santa Catarina –, desenvolvendo-se a respectiva coleta de dados e a pesquisa de campo a partir de métodos quantitativos e qualitativos. O objetivo geral da referida pesquisa foi de conhecer o “estado da arte” da Justiça Restaurativa “pilotada” pelo Poder Judiciário no Brasil, no período compreendido entre 2005 e 2017.

Com a realização da mencionada pesquisa de campo, precisamente no tocante à relação entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal e Infracional, identificou-se que, apesar de a Justiça Restaurativa se situar como um *paradigma emergente*, em oposição ao *paradigma punitivo*, ela não se estrutura desde o exterior do sistema de justiça, mas tem se institucionalizado no seu interior, estabelecendo uma relação de dependência e alocando-se na sua periferia, inclusive em termos físicos, com competência residual e de forma paralela, e não alternativa, ao procedimento convencional (ANDRADE, 2018, p. 143).

O funcionamento das práticas restaurativas no âmbito da justiça punitiva e o desenvolvimento de uma relação de dependência, marcada, ainda, pelo caráter residual e paralelo da justiça restaurativa, representam grandes desafios para que haja algum impacto da justiça restaurativa na redução do sistema penal e na modificação do paradigma punitivo.

Ademais, “[...] personagens do paradigma dominante tentam bloquear os novos significados e avanços restaurativos, para não abrir mão do controle e do domínio impostos por sua condição” (ANDRADE, 2018, p. 144). Nessa luta pelo predomínio

dos significados, constatou-se a consolidação de um senso comum em torno da justiça restaurativa, que configura uma *mitologia da Justiça Restaurativa no Brasil* e opera como obstáculo epistemológico e político à potencialização dos ideais restaurativos (ANDRADE, 2018, p. 145-146). Esse conjunto de representações refere-se aos mitos da celeridade, da formação instantânea, do método alternativo de resolução de conflitos e da criminalidade leve.

Isto é, verificou-se, a partir de uma análise crítica dos dados e resultados obtidos na citada pesquisa empírica, como desafios a serem superados, desvios da Justiça Restaurativa feitos mitologias no senso comum social.

Considerando o compromisso da Criminologia da Libertação, enquanto deslegitimação e conscientização, com os esforços da libertação humana, no sentido de libertar da ocultação das relações de poder e do funcionamento dos interesses voltados à manutenção dessas relações, faz-se necessário desnudar todo discurso ideológico e combater todas as formas ocultas de dominação. Assim, tratando-se, também, da libertação da mentira, a Teoria Crítica do Controle Social requer uma análise das práticas restaurativas que, concomitantemente, denuncie a estrutura do controle e faça transparecer o seu caráter legitimador. Exige-se, pois, o enfrentamento das mitologias que despotencializam as práticas restaurativas.

Com relação ao *mito da celeridade*, observa-se uma visão superficial de que a justiça restaurativa pode constituir ferramenta para “desafogar” o Judiciário, por ser uma justiça informal mais simplificada e célere. Contudo, “a Justiça Restaurativa tem o seu tempo, a sua temporalidade e não pode ser atropelada pela velocidade nem pelo produtivismo-eficientismo e, onde o for, será um natimorto” (ANDRADE, 2018, p. 146).

Desvela-se, então, um discurso não só superficial, como falso, tendo em vista que a justiça restaurativa não é uma justiça célere, eis que se trata de um modelo de justiça relacional e exigente, fundado no diálogo e cujo sentido de justiça associa-se a uma experiência pessoal de superação e ressignificação do sofrimento, além de não possuir respostas já pré-definidas, estimulando que essas sejam buscadas, no

caso concreto e no frente a frente, a partir das necessidades reais dos protagonistas.

Por se tratar de uma justiça vivencial e ante a necessidade de um número maior de encontros para que se obtenha resultados positivos, a justiça restaurativa pode demorar mais do que a própria justiça punitiva, sendo necessário respeitar essa temporalidade, que constitui, inclusive, um dos fatores que dificultam a adesão das vítimas aos procedimentos, já que as vítimas também têm seu tempo para recorrer à justiça (ADNRADE, 2018, p. 146).

Vale ressaltar que, ao analisar os programas de mediação aplicados na Bélgica, Daniel Achutti (2014, p. 217) sustenta a possibilidade de que a insatisfação com os resultados inicialmente obtidos esteja relacionada à utilização da mediação com o objetivo de otimizar a administração interna do Judiciário, e não de promover uma melhor prestação jurisdicional.

Esse discurso da celeridade, situado no contexto de crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo, atende a interesses pragmáticos, em detrimento dos valores centrais da justiça restaurativa e da sua vocação para transformação, e orienta-se à relegitimação, e não à deslegitimação da ordem estabelecida, por meio da difusão da ideia de uma justiça informal mais simples e mais célere.

O *mito da formação instantânea*, por sua vez, remete à visão comumente existente de que, para o exercício de condução das práticas restaurativas, é suficiente uma única e instantânea formação, ou seja, de que a capacitação dos facilitadores pode ser obtida, de forma satisfatória, por meio de cursos rápidos, não se levando em conta, porém, que, como uma justiça exigente, requer uma formação adequada e continuada, ancorada tanto em educação formal, quanto informal e interdisciplinar, constantemente avaliada e monitorada (ANDRADE, 2018, p. 146-147).

Apesar da necessidade de se evitar o profissionalismo, até porque a especialização e a profissionalização trazem consigo a burocratização e dificultam a retomada do domínio do conflito pelas partes nele diretamente envolvidas, e da necessidade de se buscar um conhecimento que provém da experiência vivida e compartilhada

dentro de uma comunidade, isso não implica dizer que a capacitação dos facilitadores decorre de uma formação única e instantânea. O que se busca é a participação de mediadores preferencialmente ligados à comunidade, que não profissionais jurídicos, mas metajurídicos, a fim de reduzir o risco de que a justiça restaurativa seja utilizada como forma de ampliação da rede de atuação do sistema penal.

No entendimento de Vera Andrade,

formação adequada não significa, exclusivamente, formação especializada; sobretudo num âmbito tão rico da convivência humana que encontra fonte nos mais diversos domínios do saber, sendo a inter e a transdisciplinariedade muito oportunas. Efetivamente, se a Justiça Restaurativa pertence a todos, e a todos os espaços, e se no Poder Judiciário tem encampado um número tão expressivo de voluntários, há que se pensar com acuidade na formação (ANDRADE, 2018, p. 147).

A ideia de uma formação instantânea, somada ao fato de que os programas implementados no Brasil funcionam em ambientes judiciais e são conduzidos preponderantemente por profissionais do Poder Judiciário, representa um desafio para romper com a lógica burocrática moderna e com o paradigma punitivo, esvaziando a justiça restaurativa de suas características centrais e de seu potencial transformador.

Além disso, ao mesmo tempo em que o facilitador não deve ser o centro do encontro, já que as partes devem ser empoderadas e estimuladas a encontrarem ativamente uma solução para o conflito, o facilitador tem papel relevante para auxiliar a comunicação entre os protagonistas e para assegurar a posição de igualdade entre eles, sem que haja a dominação de um sobre o outro.

O *mito da criminalidade leve* refere-se à visão de que a justiça restaurativa se aplica apenas a delitos menos graves ou de “menor potencial ofensivo”. Com efeito,

essa visão não se consolidou a partir de um debate aprofundado sobre a gravidade das condutas tipificadas como crime, mas a partir de uma visão seletiva, estereotipada e estigmatizante (tributária do positivismo periculosista do século XIX), que identifica criminalidade grave com a criminalidade tradicional, de rua, identificada a sua vez com periculosidade individual dos baixos e negros estratos sociais, estendendo o corte cidadãos (de bem) x criminosos (do mal, perigosos, que ameaçam à segurança

pública e merecem prisão), que equivale a um corte de classe, de raça e gênero (já consolidado pela clientela prisional), para o campo da Justiça Restaurativa (ANDRADE, 2018, p. 147).

Dessa forma, observa-se que essa visão difundida pauta-se em estereótipos e estigmatizações, e não em debates profundos, acerca do que seria a criminalidade grave. Esse mito reproduz a lógica seletiva por meio da qual opera o sistema penal e a política da ordem pública já denunciada, que tipifica as condutas mais facilmente verificáveis nos grupos precarizados, identificando-as como um problema de ordem pública, e não como desdobramento do próprio sistema socioeconômico, além de graves e perigosas, assegurando a hegemonia da classe dominante.

Nesse contexto,

o mito de que apenas a criminalidade leve (ou as condutas de baixa ofensividade) podem ser objeto da Justiça Restaurativa persiste, em grande medida, porque não se supera ao que tudo indica, a tal visão positivista de criminalidade, nem um esquema causal de resposta a ela, mesmo quando os projetos brasileiros de Justiça Restaurativa já operaram e operam com crimes ditos graves, embora excepcionalmente (ANDRADE, 2018, p. 148).

Além de revelar a necessidade de superação da visão positivista de criminalidade e da compreensão causal, o *mito da criminalidade leve* gera o risco de ampliação do campo de ação e controle do sistema penal, ante a aplicação da justiça restaurativa a situações que sequer seriam lidadas pelo sistema penal. A competência meramente residual da justiça restaurativa a casos “leves”, que nem seriam tratados pelo sistema de justiça formal, desconsidera a capacidade da justiça restaurativa de romper com a lógica burocrática e reducionista e de compreender a teia complexa de fatores e interações na qual se inscreve o conflito.

Portanto, além de se pautar numa concepção de criminalidade grave decorrente de uma visão seletiva, estereotipada e estigmatizante, que afastaria a possibilidade de incidência da justiça restaurativa justamente nas condutas que representam o núcleo permanente da criminalização, impedindo, por conseguinte, qualquer impacto na redução do sistema penal, essa visão desconsidera o potencial da justiça restaurativa precisamente para uma compreensão qualitativa e intuitiva, não causal, dos acontecimentos como únicos.

Se os conflitos, ao serem expropriados pelo Estado, desapareceram ou se tornaram propriedade de outras pessoas, como sustenta Nils Christie, a justiça restaurativa, por sua vez, se propõe não à invisibilização e à negação dos conflitos, mas ao contrário, tem potencial para nutrir e tornar visíveis os conflitos, devolvendo-os às partes diretamente envolvidas. Além disso, por se tratar de um modelo de justiça que deve ser voluntariamente aberto, sistemático e antiformalizante, não há como definir ou restringir, de antemão, os tipos de delitos em que deve ser aplicado, nem mesmo em razão da suposta gravidade, sendo necessário avaliar a sua viabilidade a partir do caso concreto.

Acrescente-se que, conforme explica André Giamberardino (2015, p. 41), a viabilidade do encontro ente as partes diretamente envolvidas no conflito não se condiciona à gravidade ou a violência da conduta tipificada como crime, mas a outros fatores, relacionados à existência de condições para o diálogo. Por isso a necessidade, em primeiro lugar, da construção social de um espaço que, ao invés de impossibilitar, permita o diálogo.

Nos países periféricos, fundados na naturalização desigualdade, essa tarefa assume um contorno ainda mais complexo e requer uma cautela ainda maior, sobretudo porque não só há a divisão entre *vítimas de primeira e de segunda classe*, já que nem todos são percebidos como cidadãos, como também a reprodução do *habitus precário*, enquanto fenômeno de massa que desqualifica indivíduos e grupos sociais inteiros, percebidos, a partir dos fenômenos psicossociais da invisibilidade pública, da humilhação social e da reificação, como coisa, não-gente.

Não se trata, portanto, apenas da coisificação promovida pelo sistema de justiça formal, mas uma reificação anterior, generalizada e difundida como fato objetivo pelo *habitus precário* e agravada pelo sistema penal, que funciona de modo a intensificar e a perpetuar a desigualdade, tanto de vítimas quanto de autores.

A construção social desse espaço que possibilite e estimule o diálogo é dificultada, então, pela existência e pela perpetuação de privilégios e exclusões, bem como pelo fenômeno da subcidadania, cujos desdobramentos fazem com que determinados indivíduos sejam percebidos como incapazes de interpelar os outros em igualdade, o

que prejudica, por conseguinte, a comunicação humana. Todavia, é preciso ter em mente que as instituições penais modernas constituem mecanismo de gestão da subcidadania e de reprodução dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, além de obstruírem, elas mesmas, os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a realidade dos países periféricos, marcados pela naturalização da desigualdade, traz obstáculos à criação desses espaços, ela clama, urgentemente, por uma prática transformadora e emancipadora, sobretudo ante um sistema penal que, além de desigual, é abertamente genocida. Por isso a importância, denunciada pela Criminologia da Libertação, de enfrentamento desses discursos ideológicos que ocultam os sistemas de dominação, bem como de conscientização, desmascarando todo tipo de legitimação ideológico. Tornar transparente a gênese da naturalização da desigualdade abissal verificada nos países periféricos possibilita compreender os fatores não econômicos dos problemas sociais e o aparelhamento diferencial dos indivíduos para a competição social, para que possam ser enfrentados e desconstruídos.

Constatou-se, ainda, o *mito da justiça restaurativa como um “método” consensual de resolução de conflitos*. Trata-se do mito central, reforçado pela Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, do qual derivam os mitos anteriormente mencionados.

Na medida em que a Justiça Restaurativa **foi normativamente alocada como um “método” consensual de “resolução” de conflitos**, e incluída no caudal da conciliação e da mediação, **seu próprio núcleo significativo ficou centrado: a) no método (ou técnica); b) na ideia de que é possível resolver, ou seja, pôr fim aos conflitos com o método; e c) de que a Justiça Restaurativa, antes que um processo, é um produto: uma prestação pontual**. Como derivação, segue-se o mito de que a resolução evita a criminalidade, a reincidência e a vitimização. **A Justiça Restaurativa pode legitimamente incluir essa dimensão resolutória e preventiva, mas a ela não se reduz, sob pena de redução e despotencialização do seu núcleo significativo**, que é um novo ideal de justiça integrado por valores, princípios e métodos ou técnicas (ANDRADE, 2018, p. 149, grifo nosso).

A redução da justiça restaurativa à ideia de *método* que coloca fim aos conflitos por meio de uma prestação pontual desconsidera e esvazia o seu potencial como um

novo ideal de justiça, como um modelo de justiça relacional, sustentado por valores e princípios, cujo horizonte se volta para o reconhecimento e para o restabelecimento da relação e está no confronto entre os protagonistas, num dizer de justiça.

Dessa redução do núcleo significativo da justiça restaurativa, decorre, também, o mito derivado da “evitação” da criminalidade, da reincidência e da vitimização. A partir de uma perspectiva crítica e contextual, é possível observar que o enfrentamento desse mito revela a inserção da justiça restaurativa em um contexto de relações não de resistência e transformação do estado de coisas dominante, mas de conservação e adaptação.

No que concerne à tradução do movimento restaurativo no sistema de justiça, tem sido, regra geral, sob a rubrica de um “modelo alternativo de resolução de conflitos”, com perspectiva reducionista procedimental; ou seja, **a Justiça Restaurativa tem sido apropriada como uma técnica para fazer frente à grave crise de legitimidade que afeta, sobretudo, o sistema de justiça penal, sendo funcionalizada, principalmente, para o “desafogamento” e a “lentidão” da justiça, norteadas pelos princípios da economia e da celeridade processuais, com vistas a incrementar a eficiência, paradoxalmente, do próprio modelo punitivo**, eis que vigora no país a mentalidade (repudiada por autores como Howard Zehr) de que a Justiça Restaurativa apenas se presta a casos simples e não graves (ANDRADE, 2018, p. 37-38, grifo nosso).

Portanto, ante a crise de legitimidade do sistema de justiça, a justiça restaurativa tem servido não à deslegitimação, mas à relegitimação do próprio sistema penal, como técnica para torná-lo mais célere e eficiente.

Por fim, como mito que conforma esse conjunto de representações identificado na pesquisa, destaca-se o *mito da alternatividade*, que generaliza uma visão de que a justiça restaurativa é um método *alternativo*. O marco teórico utilizado na pesquisa desenvolvida requer uma justiça restaurativa orientada para a mudança dos pressupostos do paradigma punitivo. Contudo, ante a pluralidade de suas materializações, a justiça restaurativa pode remeter a uma perspectiva expansionista da prisão – como verificado no Brasil –, como com uma perspectiva minimalista ou abolicionista (ANDRADE, 2018, p. 149-150).

Em outras palavras, no tocante à relação entre a justiça restaurativa e a justiça penal, a primeira pode tanto se prestar à relegitimação e expansão do poder punitivo, quanto pode se orientar para uma perspectiva minimalista ou abolicionista, que vise à redução da incidência do sistema penal e da prisão.

Nas práticas implementadas no Brasil, em que pese a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça recomendar que a justiça restaurativa seja alternativa, ou concorrente, ao procedimento convencional, exigindo-se que a tramitação deste seja suspensa, essa funcionalidade não é verificada nas práticas restaurativas, que, em regra, sequer suspendem a tramitação do procedimento convencional (ANDRADE, 2018, p. 150). Ademais, ainda segundo a pesquisa empírica realizada, a justiça restaurativa não tem se situado como alternativa ao processo, tampouco à justiça ou ao encarceramento, posicionando-se de forma paralela e concorrente à justiça penal, sem possibilidade de impactar o paradigma punitivo.

Não se verifica, pois, a existência de condições jurídicas e ideológicas para que a justiça restaurativa dispute o núcleo criminalizador duro da justiça, que tem como alicerce o conceito positivista de criminalidade e pena (ANDRADE, 2018, p. 150-151). Para que se situe como alternativa ao processo e à pena e não se consolide como um sistema complementar e paralelo ao punitivo, os espaços abertos pela justiça restaurativa precisam ser instrumentalizados e devem adentrar o âmbito da criminalidade estereotipada como grave.

Ainda segundo Andrade,

Deslocado para as margens do sistema, alojado nos espaços residuais e inferiorizados, pode ficar o restaurativismo encarregado dos crimes (e indisciplinas) “leves”, enquanto o sistema penal e juvenil fica encarregado, e com mais tempo, do núcleo duro do controle. Os sistemas prisional e de medidas não apenas correm o risco de não deslocar sua centralidade e tamanho, mas tendem a se ampliar e fortalecer, e inclusive, duplicar suas reações, incorrendo em risco de bis in idem: ampliação do controle social, conforme amplamente explicitado pela criminologia crítica há quatro décadas.

A justiça restaurativa, para que não configure um sistema meramente complementar, paralelo e residual, utilizado apenas para casos “leves” que sequer seriam tratados pelo sistema penal, deve se pautar na disputa sobre o que se define socialmente

como crime e como pena, de modo a desconstruir o conceito positivista e a atingir a criminalidade estereotipada como “grave”, com a qual se ocupa preponderantemente o modelo punitivo.

Como proposta viável para que a justiça restaurativa não estabeleça uma relação de complementaridade e dependência com o sistema jurídico-penal formal, André Giamberardino (2015, p. 204-206) defende um modelo denominado *alternatividade estrategicamente não-excludente*, por meio do qual o sucesso das práticas restaurativas poderia substituir as práticas tradicionais do sistema de justiça no tocante à aplicação da pena, sem dispensar a importância do Estado na instrução probatória e no acerto do caso penal, assegurando-se as garantias processuais penais. Para o autor, o referido modelo sustenta a viabilidade, estratégica e politicamente, de operar com práticas de censura distintas da punição paulatinamente, possibilitando, inclusive, a desconstrução das demandas coletivas pela pena. A relação que se estabelece entre a justiça restaurativa e a justiça criminal deve ser, então, segundo o autor, de autonomia e alternatividade, de modo a tolerar a convivência provisória entre elas com a finalidade de, por meio da produção de coesão e estabilização desvinculada da imposição de sofrimento, problematizar e transformar as construções sociais acerca de censura, pena e justiça.

Trata-se de um modelo contextualizado para os países periféricos e que parte da relatividade dos conceitos de crime e de pena, relacionando-se a uma perspectiva transformadora, que demanda uma justiça restaurativa não colonizada pelo sistema penal, e que não produza sua relegitimação. Isso porque o modelo tolera provisoriamente as práticas restaurativas e as formas tradicionais da justiça penal com o objetivo de transformar as construções sociais de censura, pena e justiça. Há, pois, não só a problematização dos referidos conceitos, como o estímulo à sua disputa e transformação, em favor de práticas de censura desvinculadas da ideia de imposição de sofrimento.

Assim, ainda que se reconheça, como apontado por Lola Aniyar de Castro, a inexistência, no horizonte das sociedades periféricas, do grau extremo de amadurecimento social e cultural que ambas as partes devem ter, em similitude,

para a abolição do sistema penal e privatização do conflito, ainda que se reconheça a ausência de condições para que a justiça restaurativa tenha pretensões puramente abolicionistas, torna-se possível associar o referido modelo, não fundado na rejeição da desordem e do conflito, mas no reconhecimento do conflito interpessoal como impassível de supressão, às contribuições abolicionistas anteriormente destacadas.

3.3 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: RESISTINDO À NATURALIZAÇÃO DE IDEOLOGIAS EM PROL DE UMA ONTOLOGIA DA POTÊNCIA E DO EMPODERAMENTO

À proposta de Lola Aniyar de Castro de uma criminologia que retome o rumo reivindicado pelos direitos humanos, com vistas a que cada ser humano seja considerado como uma pessoa e detenha o mínimo para que seja assim respeitado, de uma criminologia à margem do poder cuja arma seja o poder subversivo dos direitos humanos, acrescenta-se a Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

Considerando que a justiça restaurativa deve constituir uma prática teórica orientada para a promoção dos direitos humanos, em um projeto emancipador, faz-se necessária uma perspectiva crítica dos direitos humanos, para que estes sejam compreendidos como os processos de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana e a partir de uma ética dos direitos humanos, que reconhece o outro como igual e detentor do direito de desenvolvimento pleno das potencialidades humanas.

No prefácio à obra *A (re)invenção dos direitos humanos*, de Joaquín Herrera Flores, Flávia Piovesan (2009, p. 14-15) destaca se tratar de uma proposta inspiradora, que se pauta na crença dos direitos humanos como racionalidade de resistência, que traduzem processos de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana, e se pauta, também, na concepção de direitos humanos como um construído histórico, assim como o são as violações a esses direitos, que precisam, então, ser urgentemente desconstruídas. Acrescenta, ainda, a autora, no citado prefácio (2009, p. 45, grifo nosso), que

Há que se assumir o risco de romper com a cultura da ‘naturalização’ da desigualdade e da exclusão social, que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino da humanidade. **Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade de seres humanos.**

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de apropriar-se e desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena. **É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.**

Nos países periféricos, como o Brasil, mergulhados na naturalização da desigualdade e marcados pela produção social da subcidadania enquanto fenômeno de massa, verifica-se que, às características inerentes a todo sistema penal, se somam o seu caráter abertamente genocida, ante o abandono político e social de uma classe inteira, percebida como subcidadã, não-gente. Ademais, o sistema penal cumpre abertamente as funções de reproduzir os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social e de obstruir os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Essa *ralé estrutural*, assim denominada por Jessé Souza para destacar o consentido abandono social e político de uma classe de indivíduos precarizados, produzida por uma desigualdade baseada no *habitus precário*, não só não possui os capitais cultural e econômico, como é desprovida das condições sociais, econômicas e políticas que permitem a sua apropriação. Isto é, na medida em que não reconhecido intersubjetivamente como cidadão, não há a generalização e a internalização pré-reflexiva e automática desses esquemas avaliativos, dessas condições.

Nesse contexto, como já ressaltado, faz-se necessário desnudar as teses que associam os problemas sociais e políticos brasileiros a um passado longínquo e o fracasso das tentativas de mudança à dificuldade de se alterar um cenário de desigualdade muito antigo. Esse discurso ideológico oculta e legitima a reprodução indefinida da desigualdade no cotidiano por meios modernos, possibilitando a naturalização da desigualdade social abissal e a diferenciação no valor dos seres humanos, como um fato objetivo.

Do mesmo modo, a redução dos problemas sociais e políticos a fatores econômicos, a partir de uma visão distorcida e economicista, que opõe o mercado ao Estado, invisibiliza os conflitos sociais e oculta a gênese da reprodução da desigualdade social, atribuindo a marginalização a um fracasso social e obstando que se compreenda o aparelhamento diferencial dos indivíduos para a competição social.

Nesse cenário de legitimação de privilégios de uns em detrimento de outros, como se acessíveis a todos através do esforço individual, da exclusão de uma classe inteira das oportunidades materiais e imateriais de reconhecimento social e de debates superficiais que invisibilizam essas questões, faz-se necessária a conscientização do desafio para romper com a cultura da naturalização da desigualdade e da exclusão.

Nesse sentido, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, ao propor uma concepção dos direitos humanos como racionalidade de resistência e como conjunto de processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, possibilita *enfrentar essas amarras mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade de seres humanos*, enquanto construído histórico, e não essências metafísicas e imutáveis, que, por conseguinte, podem e precisam ser desconstruídas.

Como bem colocado por Flávia Piovesan, a referida teoria parte de uma ética dos direitos humanos, que reconhece o outro como igual e como detentor do direito de apropriação e desenvolvimento pleno das potencialidades humanas, orientando-se, pois, à afirmação da dignidade e à prevenção do sofrimento humano.

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos, proposta por Joaquín Herrera Flores, parte, então, de uma perspectiva crítica e emancipatória, compromissada com a vida e que acredita na possibilidade de transformação das realidades. A partir da compreensão de que tanto os direitos humanos quanto suas violações são constructos históricos, torna-se possível pensar na modificação desses processos de construção da realidade e, por conseguinte, pensar em alternativas para desconstrução da naturalização da desigualdade, do abandono social e da obstrução dos canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Na perspectiva de Flores,

todas essas propostas têm, por conseguinte, um **objetivo último: ir contra a naturalização dos processos a que nos conduz o neoliberalismo econômico, político e cultural que nos domina**. Ao mesmo tempo, implica **enfrentar diretamente a força compulsiva da ideologia dominante em prol de uma ontologia da potência e do empoderamento cidadão** (FLORES, 2009, p. 78).

Dessa forma, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, ao contextualizar os direitos como práticas sociais concretas e emancipadoras, permite resistir à naturalização de ideologias, às *falácias ideológicas*, à homogeneização e à invisibilização, bem como requer, como pilar, o empoderamento dos grupos menos favorecidos para lutarem pela igualdade e pela generalização do acesso aos bens tutelados pelo direito.

Na concepção crítica de direitos humanos, Joaquín Herrera Flores destaca três precisões conceituais no contexto da globalização, quais sejam: a precisão filosófica, a precisão teórico-política e a precisão filosófica-jurídica. Quanto à primeira, explica o autor (2008, p. 39-41) que, tradicionalmente, a fundamentação filosófica dos direitos humanos sustenta-se na universalidade dos direitos e na sua pertinência inata à pessoa humana. Contudo, essa fundamentação filosófica abstrata, que supõe os direitos humanos como entidades à margem da ação humana e liberados de qualquer tipo de impureza contextual, traz graves problemas, sendo, pois, necessário compreender os direitos humanos como produtos culturais, que não existem em si mesmos, mas que surgem em determinada realidade, condicionados por contextos específicos de relações e condicionando, por sua vez, a realidade.

No dizer do autor,

Nada, nem a justiça, nem a dignidade e muito menos os direitos humanos procedem de essências imutáveis ou metafísicas que se situem além da ação humana para construir espaços onde desenvolver as lutas pela dignidade humana.

Por mais que se fale de direitos que as pessoas têm por serem seres humanos, quer dizer, por mais que se fale de essências 'anteriores' ou 'prévias' às práticas sociais de construção de realidades sociais, políticas ou jurídicas, inevitavelmente teremos de *decifrar o contexto de relações* – a trama densa de relações que definem o sujeito – que lhe dão origem e sentido, sobretudo se queremos fugir da tentação de 'imputar' a toda a humanidade o que não é senão produto de uma forma cultural de ver e estar no mundo (FLORES, 2008, p. 41-42).

Os direitos humanos não decorrem de essências imutáveis, nem estão à margem da ação humana, mas devem ser contextualizados como práticas sociais concretas, como produto cultural, que surge num marco histórico específico e que atua sobre esse contexto no qual se insere. Nesse sentido, não se trata de categorias anteriores à ação política ou econômica, de algo que os seres humanos já possuem simplesmente pelo fato de serem seres humanos, como postulado pela perspectiva tradicional e hegemônica.

Quanto à precisão teórico-política, Joaquín Herrera Flores (2008, p. 42-44), no plano de luta pelos direitos humanos, cita os quatro mal-estares culturais, abordando, em primeiro lugar, o *mal-estar da dualidade* por uma nova perspectiva, distinta da relativa à dupla atitude frente ao Estado – exigências de proteção contra o Estado e, ao mesmo tempo, exigências de intervenção estatal para impedir consequências irrestritas do mercado nas relações sociais. Para o autor, a razão do *mal-estar da dualidade* reside no dualismo castrante do liberalismo que divide ideologicamente os direitos humanos em esferas irreconciliáveis e sustenta a impossibilidade de garantir institucional e juridicamente os direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, postula o autor para que não se fale em direitos *humanos* – que remete a instâncias ideais e morais de justificação das ações individuais e das políticas públicas –, tampouco em *direitos humanos* – que remete ao conjunto de normas constitucionais, justificados apenas por serem positivados –, mas sim em *direitos humanos*, que afrontam o dualismo mencionado e se referem a mais do que as normas positivadas que os reconhecem e menos do que as propostas idealistas que afirmam a existência de uma suposta esfera moral externa aos seres humanos.

No plano jurídico-cultural de luta pelos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2008, p. 44-46) explica que a necessidade de homogeneização e de compartilhamento de traços comuns que permitiriam aos cidadãos se perceberem como partícipes da vontade geral e que permitiriam falar em igualdade perante a lei fez com que a identidade prevalecesse sobre a diferença e a pluralidade, fazendo preponderar, assim, as teorias formais ou procedimentais da justiça, sem que essa igualdade de direitos impulsionasse o reconhecimento e o respeito das diversidades. Verifica-se, neste nível, o que o autor chama de *mal-estar da emancipação*.

Essa tendência homogeneizadora, a pretexto de evitar discriminações, resulta perversamente na redução e na expulsão das diferenças do espaço público, mediante a imposição de uma visão do mundo como universal. Ao mesmo tempo, ante a aparente justiça dos procedimentos, as situações de desigualdade são invisibilizadas.

Como explica o autor (2008, p. 45-46), a figura clássica do *contrato* é fictícia e ideologicamente separada dos contextos específicos, de modo a normalizar, legitimar a legalizar as posições prévias de desigualdade, reproduzindo-as infinitamente. Por essa razão, seria necessário reconhecer, fomentar e garantir a diferença como recurso público, assegurando a todos a possibilidade de apresentar suas expectativas e interesses. Para ele,

não estaríamos diante de uma política de discriminação inversa, com toda a conotação adversa que tem a palavra discriminação; mas diante de políticas de *inversão da discriminação* e dos privilégios tradicionalmente ostentados pelos grupos que dominaram a construção social da realidade que vivemos (FLORES, 2008, p. 47-48).

Com políticas de reconhecimento da diferença como recurso público a ser garantido, a não-discriminação ultrapassa o âmbito formal e concretiza-se, permitindo que sejam confrontados os privilégios ostentados pelos grupos dominantes, enquanto construído histórico.

Essa necessidade de reconhecer e assegurar a diferença como recurso público exige a superação do discurso de enaltecimento de uma suposta homogeneidade do povo brasileiro como atributo positivo articulado como ideia, que, como elucidado por Jessé Souza, demoniza o conflito e deslegitima a crítica e a explicitação das diferenças, conservando os privilégios de uns em prejuízo de muitos.

Já no plano social, Joaquín Herrera Flores (2008, p. 48) trata não da não-discriminação perante a lei, mas das diferenças nas condições sociais, econômicas e culturais que capacitam os indivíduos para atuarem, evidenciando o *mal-estar do desenvolvimento*, segundo o qual se observa que o progresso nas técnicas e na abundância se dá em benefício de poucos e em detrimento da imensa maioria da

população, cuja exploração e empobrecimento parece ser fonte de alimento para o citado progresso.

O que distingue as diferenças nas posições ante os direitos é a desigualdade no acesso aos recursos. Por isso, a tarefa jurídica, ao formalizar e, conseqüentemente, abstrair, para que não aprofunde as desigualdades, não pode abstrair essas diferenças nas posições. Com efeito,

Se abstrairmos as normas das diferentes situações no momento de ter acesso aos recursos disponíveis, os direitos, sobretudo os individuais, serão vistos como privilégios dos cidadãos que têm acesso às condições materiais que permitem gozar dos mesmos, e a um conseqüente desprezo pelos direitos sociais, econômicos e culturais como meros indicadores de tendência. Nesse sentido, o direito privilegiaria os membros de uma classe, de um sexo, de uma raça ou de uma etnia em prejuízo dos que não pertencem ao viés privilegiado, mantendo ou aprofundando a distância entre a proclamação formal da igualdade e as condições que permitem seu gozo. É esse o objetivo da democracia e do Estado de direito? Agora, se ao formalizar uma forma de satisfazer alguma necessidade, não abstrairmos as diferentes posições sociais, na hora de ter acesso aos recursos que permitam pôr em prática os direitos, estaremos, primeiro, denunciando os privilégios gozados pelos poucos; segundo, estabelecendo vias para ir fechando o abismo entre o formal e o material; e, terceiro, colocando em funcionamento o princípio de não discriminação por razões econômicas, sexuais, raciais ou étnicas, já que o importante para o direito será essa função ou tendência de igualação no acesso aos recursos e não defender e garantir os privilégios dos membros de uma classe, sexo, raça ou etnia (FLORES, 2008, p. 49, grifo nosso).

A partir de políticas de reconhecimento da diferença como recurso público a ser garantido e de promoção da igualdade na distribuição do acesso aos recursos que permitem concretizar os direitos, torna-se possível democratizar o jurídico, rechaçar os privilégios gozados pelos grupos dominantes e reduzir a desigualdade.

No plano político, o autor (2008, p. 50-51) elucida as relações entre os conceitos de igualdade e de liberdade, demonstrando que a liberdade, compreendida como socialização da política, depende da luta pela igualdade, enquanto socialização dos recursos. A interpretação da liberdade como autonomia, independentemente de contextos ou relações, conduz ao *mal-estar do individualismo abstrato*, já que supõe um tipo de sujeito passivo e imóvel, envolvido apenas numa relação de indivíduos morais e racionais, que dialogam na pura abstração e excluem para o terreno do irracional toda reivindicação de diversidade. Nesse sentido, ao mesmo tempo em

que se oculta esse contexto irracional da ação individual, recusando-se a política como construção de condições sociais, econômicas e culturais, depende-se dela para garantir o espaço moral individual que permita a ação individual orientada para os próprios interesses. Como segunda interpretação do conceito de liberdade, o autor sustenta que, mais do que autonomia, a liberdade consiste na construção de espaços sociais que permitam aos indivíduos lutar por sua concepção de dignidade humana e entenderem-se como partícipes ativos do seu destino. A partir dessa interpretação, reivindica o autor que a luta pela liberdade vai mais além do que a luta pela igualdade.

A luta pelos direitos humanos passa, então, pela refutação dos mal-estares mencionados – da dualidade, da emancipação, do desenvolvimento e do individualismo abstrato – e pela construção de espaços sociais de luta contra a discriminação e contra as situações de desigualdade, bem como que reconheçam as diferenças como recursos públicos, a partir da explicitação dos conflitos e das diferentes posições e perspectivas em torno deles. Requer, ainda, a socialização dos acessos aos bens materiais e imateriais que permitem concretizar os direitos e a difusão da percepção dos indivíduos como sujeitos ativos do seu próprio destino.

No tocante à precisão filosófica-jurídica, Joaquín Herrera Flores (2008, p. 51-52) ressalta a predominância da visão dos direitos humanos a partir da ideologia liberal – marcada pelo individualismo, pela abstração e pelo formalismo – como visão *natural* e *universal*. Segundo o autor, se o termo *humanos* impôs essa concepção liberal-individualista que divide a realidade e que funciona como uma suposta expressão da essência abstrata da pessoa, o termo *direito* prestou-se a consolidar a ideia de que os direitos humanos poderiam supostamente ser garantidos por si mesmos.

Quando se fala em direito, não se refere a uma ferramenta neutra, até porque é uma técnica de domínio social específica cuja abordagem dos conflitos se dá pela neutralização destes a partir da perspectiva da ordem dominante e cujos legitimados à sua produção são determinados aprioristicamente. Os dotados de autoridade para *dizer* o direito, isto é, para controlá-lo têm imensa força. Nas palavras do autor, “portanto, nem desprezo da luta jurídica, nem confiança, em que somente através

dela se vá chegar a um tipo de sociedade justa, em que caibam todas as expectativas, não somente as hegemônicas” (FLORES, 2008, p. 53).

O direito não é uma ferramenta neutra, mas também não é a única que pode ser utilizada para legitimar ou para transformar esses sistemas de valores dominantes, constituindo apenas um dos meios de assegurar o resultado provisório das lutas travadas pelos seres humanos para ter acesso aos bens materiais e imateriais para se ter uma vida digna. Além de não ser neutro, vinculando-se aos interesses dominantes, o direito tem, portanto, um caráter instrumental.

Os sistemas de valores dominantes e os processos que colocam determinados indivíduos e grupos em posição de desigualdade frente os acessos aos bens condicionam as normas, legitimando ou deslegitimando certas posições ocupadas nos sistemas sociais. Segundo Joaquín Herrera Flores, a *leitura* da realidade se dá a partir da *posição ideológica*, ou seja, a partir dos parâmetros dominantes que conformam a hegemonia num dado lugar e num dado tempo, bem como a partir da *posição política*, ou seja, a partir da situação na qual o indivíduo se insere no interior dos conflitos sociais, conduzindo a uma ação social opositora ou legitimadora do *status quo* (2008, p. 53-54).

Com efeito, a leitura *não ideológica* do direito nega a influência das ideologias em sua produção e interpretação ou defende a sua suscetibilidade de ser utilizado por qualquer ideologia, enquanto a leitura *não política* postula dogmas de auto-suficiência (validade formal) e completude (puramente interna) ou, ainda que reconheça a relação do direito com os conflitos, não os enxerga na origem das normas e pressupõe que qualquer conflito pode ser resolvido tecnicamente pelas normas, de forma neutra. Essa leitura, segundo o autor, não compreende o fenômeno jurídico em sua globalidade e complexidade, mas seleciona e hierarquiza os componentes que o constituem, de modo a invisibilizar as suas posições ideológicas e políticas (2008, p. 53-54).

A partir das pautas metodológicas específicas da Criminologia da Libertação, sustenta-se que as leituras *não ideológica* e *não política*, denunciadas por Joaquín Herrera Flores, criam ideologia por ocultamento, na medida em que invisibilizam a

história constituinte e o histórico constituído (acontecimentos únicos) e não analisam os fatos sociais em sua totalidade, isolando-os de seu contexto específico.

Ademais, ainda a partir das formulações teóricas de Lola Aniyar de Castro, é possível afirmar que a leitura do fenômeno jurídico também é limitada pela *hiperespecialização dos juristas*, que obsta a sua compreensão contextualizada em uma realidade complexa, que tanto o explica, quanto o condiciona. Como desdobramento dessa falta de totalidade fruto das leituras *não ideológica e não política*, tem-se a despolitização e a ideologização da gestão do direito.

Ao elucidar a utopia da validade formal e as ficções que ela pressupõe, Joaquín Herrera Flores afirma que

A onisciência do legislador, do intérprete/aplicador e do intérprete/descobridor de lógicas imanentes, ou a referência à auto-regulação e auto-fundamentação da máquina jurídica, são ambos, pressupostos metafísicos que não podem submeter-se às condições de factibilidade (leituras condicionadas e contextualizadas das relações sociais e ausência de todo automatismo dos sistemas) de toda antecipação racional que não pretenda converter-se em utopia absolutista e coisificada. No entanto, **por mais metafísicos e utópicos que sejam, tais pressupostos são necessários para evitar reconhecer a presença das ideologias e das relações fáticas de poder e passar a entender as normas como enunciados normativos neutros e universais** (FLORES, 2008, p. 56-57, grifo nosso).

Essa concepção da máquina judiciária autossuficiente, hierarquizada e dotada de validade objetiva, que se fundamenta em si mesma, exclui, da análise, os fatos e as relações de poder, que determinam e são também condicionadas pelo direito, limitando-se ao aspecto meramente formal. Despolitiza-se, assim, a sua gestão assim como sua aplicação.

Desse modo, também a discussão acerca da justiça restaurativa não pode ser despolitizada, tendo em vista que remete a um novo ideal de justiça e de reação a condutas, pressupondo, por conseguinte, a necessidade de discussão sobre poder, controle social e dominação/emancipação (ANDRADE, 2018, p. 154).

Isso porque, ainda que haja a necessidade do Estado e dos poderes públicos no estabelecimento de garantias de confiabilidade nos programas, as práticas

restaurativas devem ter autonomia com relação ao sistema penal formal e devem estimular a participação ativa e a soberania dos protagonistas, que precisam assumir papel central na decisão quanto à solução do conflito. Contudo, como já ressaltado, na prática, observa-se que o poder de encaminhamento dos casos ao procedimento restaurativo concentra-se, primordialmente, nas mãos dos juízes e dos promotores de justiça, e que o empoderamento das partes é obstado pelo fato de o poder decisório continuar nas mãos do juiz, do grande e inquestionável soberano.

Como adverte Andrade,

ao protagonizar o processo restaurativo, está em jogo, para o Judiciário, não apenas a busca de uma outra justiça, mas de uma justiça mais legítima e exigente, ao tempo em que a redistribuição do poder de fazer justiça, até aqui institucionalizada e por ele monopolizada. Na síntese que apareceu ao longo das múltiplas falas em campo escutadas, trata-se de superar um modelo de poder 'sobre o outro' para construir um modelo de 'poder com o outro'. Daí porque princípios e valores como 'participação' e 'empoderamento', conjuntamente com outros, como respeito, equidade, alteridade, escuta e empatia, sejam tão caros ao restaurativismo (ANDRADE, 2018, p. 154).

A ideia de participação ativa e de vivência da justiça pelos protagonistas configura, então, uma nova concepção de justiça, cuja legitimidade se extrai das próprias partes e que exige, em contraposição à racionalidade de institucionalização e monopolização estatal, uma redistribuição do poder de fazer justiça, ainda não verificada, ante o lugar hegemônico ocupado pelo Judiciário. Ressalta-se, pois, que a análise da justiça restaurativa não pode carecer de uma discussão sobre o poder, como criticado por Lola Aniyar de Castro com relação à privatização dos conflitos proposta por Hulsman.

Ademais, retomando a articulação teórica de Joaquín Herrera Flores, ao reduzir-se o direito ao seu componente jurídico-formal, oculta-se ideologicamente que a ação se dá dentro de um conjunto de narrações que situam as normas e que lhes conferem significado cultural, funcionando os direitos humanos como esse contexto de narrações, na medida em que estabelece, de forma processual, as relações entre o mundo normativo e o mundo material. Esse contexto, a depender dos *compromissos interpretativos* com o estado de coisas dominante, pode conduzir a um paradigma de

passividade e resignação ou a um paradigma de contradição e resistência (FLORES, 2008, p. 58).

A possibilidade de construir algo distinto, um paradigma de resistência, é obstada, então, pela redução dos direitos ao aspecto puramente formal, que, pela ideologia ocultadora, invisibiliza esse contexto de narrações. Não basta, pois, para incluir as necessidades e expectativas da imensa maioria da população, tradicionalmente marginalizada, analisar as normas, mas se faz necessário compreender esses universos discursivos.

Se analisarmos as normas (ou, o que é muito importante, as consequências de sua aplicação a coletivos tradicionalmente marginalizados das vantagens que supõe a adoção daquela ficção e desse “nomos”) e as teorias ou reflexões sobre as mesmas, percebemos as dificuldades existentes a nível jurídico e institucional para incluir as expectativas e os valores de grandes camadas da população: o patriarcalismo, o individualismo possessivo e o formalismo estão na base de dita norma fundamental, de dita hipótese, ficção ou, melhor ainda, de dita cultura jurídica dominante.

Agora, ao toparmos com universos discursivos e não com essências absolutas ou metafísicas, poderemos defender que, **se a burguesia teve êxito ao construir um procedimento que lhe permitiu elevar seus valores e expectativas à categoria de “Grundnorm”, hoje em dia deve-se generalizar dita possibilidade e possibilitando uma transformação do procedimento jurídico para que outros coletivos possam constituir – parafraseando a Ignacio Ellacuría – outra “Grundnorm”, ou seja, outro conjunto de ficções e pressupostos, favoráveis agora, não somente a uma classe social, a que triunfa com as revoluções burguesas, mas aos coletivos tradicionalmente marginalizados da ficção hegemônica: indígenas, imigrantes, mulheres...** (FLORES, 2008, p. 58-59, grifo nosso).

Uma compreensão que analise os universos discursivos, sem pretensão de neutralidade e objetividade – que levam à especialização, à formalização e à passividade –, permite entender que o direito, as categorias e as instituições são produtos culturais, que não são alheios à ação humana, mas, ao contrário, são criadas por seres humanos. Por conseguinte, encarar esses produtos culturais como ficções, ou seja, como realidade construída pelos seres humanos, possibilita a percepção de que tais ficções também podem ser modificadas pelos seres humanos.

Desvelar esse discurso ideológico que oculta esse conjunto de narrações no qual se dá a ação abre caminho para a construção de processos de inclusão e generalização também dos valores e das expectativas das grandes camadas da

população, marginalizadas pela cultura jurídica dominante. Isto é, tornar transparente o contexto de narrações, evidenciando sua dependência com os compromissos interpretativos com o estado de coisas dominante, possibilita a construção de um paradigma de resistência, em contraposição a um paradigma de passividade e resignação.

Mais do que identificar as normas que produzem e reproduzem desigualdade ou discriminações, Joaquín Herrera Flores (2008, p. 59) defende a necessidade de desvelar e julgar criticamente os pressupostos e as ficções da cultura jurídica, que impõem uma leitura da realidade que parte de um único ponto de vista, mas que se coloca como única e universal. Nesse sentido, para o autor, é imprescindível uma concepção do direito que englobe e relacione suas três componentes (filosófica, teórico-política e filosófica-jurídica).

O conceito de direitos humanos proposto por Joaquín Herrera Flores (2008, p. 59-60) é o de direitos humanos como processos, não limitados ao conjunto de normas formais que os reconhece e que integram a “[...] tendência humana de construir e assegurar as condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitam aos seres humanos perseverarem na luta pela dignidade”. É esse impulso vital, segundo o autor, que possibilita aos seres humanos continuar lutando para serem seres dotados de capacidade e potência para atuar por si mesmos.

As formações sociopolíticas não decorrem de uma vontade transcendente, mas do *conatus* – a potência da multidão – que se relaciona com o conjunto de relações mantidas com outras forças e que conduz à autoconservação, constituindo a causa imanente dessa tendência de atuar para preservar o ser e para transformar tudo que reduza sua força e seu dinamismo (FLORES, 2008, p. 60).

No dizer do jusfilósofo espanhol,

se nosso universo normativo sustenta-se no medo, na superstição e na morte, estamos diante da aniquilação do humano, entendido não como o resultado da manifestação de alguma essência transcendente à nossa condição humana, mas como o desdobramento de nossas potencialidades imanentes. **Somente a partir da alegria, da felicidade e do desejo de vida, que só se desdobram quando o social, o jurídico, o econômico ou**

o político se dedicam a fortalecer nossa potência cidadã, é que podemos conceber uma definição de direitos humanos que supere as tentativas de reduzi-los a uma de suas facetas (a jurídico-formal), ou de inseri-los em uma transcendência metafísica afastada das paixões, das necessidades e das determinações de nossa existência (FLORES, 2008, p. 60-61, grifo nosso).

Dessa forma, é preciso compreender os direitos humanos, não como uma ideia liberal-individualista universalizada da humanidade, tampouco como algo dado e alcançado de uma vez por todas, mas “como a convenção terminológica e político-jurídica a partir da qual se materializa o *conatus* que nos induz a construir tramas de relações – sociais, políticas, econômicas e culturais – que aumentam as potencialidades humanas” (FLORES, 2008, p. 61). Propõe o autor uma concepção situada em um discurso normativo de alternativa e de resistência ao essencialismo e ao formalismo liberal, funcionais aos desenvolvimentos genocidas e injustos da globalização neoliberal, e que define os direitos humanos, em sua integralidade e a partir da trama de relações, como lutas de resistência contra a violência exercida pelas diversas manifestações do poder, como processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que permitem construir e consolidar espaços de luta pela dignidade humana.

A definição essencialista e abstrata dos direitos os percebe a partir de uma perspectiva a-histórica, como se fossem produtos de uma instância transcendental, sem relação com os processos de lutas sociais e de sua base ideológica, política e econômica, culminando em um conceito individualista e formalista. Assim, a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, rechaçam-se as fundamentações idealistas e o formalismo liberal, ao mesmo tempo em que se reconhece a relação que há entre os direitos humanos e seus contextos, em suas relações, seja de conservação e adaptação, seja de resistência e transformação do estado de coisas dominante.

Contudo, mais do que contextualizar os direitos e desnudar o conjunto de relações que é imposto como se fosse uma realidade transcendental e inalterável, propõe Joaquín Herrera Flores (2008, p. 68) que se afirme que as fases históricas não estão determinadas objetivamente, mas decorrem de subjetividades que conformam o processo de transição para uma nova configuração social, de modo que a constituição material de subjetividade revolucionária e antagonista, com o

empoderamento dos sujeitos para a transformação, deve ser sustentada como motor no processo de luta pela dignidade humana e como capaz de propor alternativas à ordem dominante. Mais do que processos, os direitos humanos são defendidos, então, como processos de luta, orientados contra a ordem genocida e antidemocrática do neoliberalismo globalizado.

A proposta do autor é de contrapor à racionalidade capitalista, que pressupõe a generalização de uma ideologia pautada no individualismo, na competitividade e na exploração, por uma racionalidade atenta às expectativas das grandes camadas da população, tradicionalmente marginalizadas. Isto é, de se contrapor à perspectiva tradicional dominante, que percebe os direitos como algo dado de uma vez por todas e que se tem pelo simples fato de ser humano, independentemente de qualquer condição, e ignora o fato de que grande parte da população (a *ralé* estrutural) não detém as condições materiais para exercer tais direitos.

Por isso a importância de rechaçar uma concepção do direito que o reduza às normas, bem como de contextualizá-lo e de perceber as ideologias e as expectativas dos que detêm o controle do seu funcionamento, para propor o seu uso alternativo, interpretando-o e aplicando-o em favor dos interesses e expectativas das maiorias sociais (FLORES, 2009, p. 18).

Esse uso alternativo do jurídico deve ser, segundo o autor (FLORES, 2009, p. 18), estimulado de baixo, por meio dos movimentos sociais e dos sindicatos, por exemplo, e de cima, como pelos partidos políticos, sendo as ações sociais de baixo aquelas que orientam os seres humanos, em uma perspectiva crítica e contextual, para a emancipação quanto aos valores dominantes e aos processos de divisão do fazer humano.

Nesse sentido, postula o mestre uma perspectiva dos direitos humanos como processos institucionais e sociais que permitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana, definindo-se sua universalidade não a partir do mero reconhecimento jurídico, nem de categorias alheias às ações políticas e econômicas, mas a partir do fortalecimento dos indivíduos e grupos na construção de um marco de ação que possibilite a todos a criação de condições iguais de

acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna de ser vivida. Trata-se, pois, de afirmar a luta do ser humano por suas necessidades nos contextos vitais em que se insere (FLORES, 2009, p. 19).

Os direitos humanos, como processos de luta, são necessários justamente porque se constata que os bens exigíveis para uma vida digna não são dados aprioristicamente e independentemente da ação humana, garantidos a todos pelo simples fato de serem humanos. Esses bens materiais e imateriais que satisfazem a necessidade humana dependem do acesso que se tem a eles. Contudo, os processos de divisão do fazer humano, apontado por Joaquín Herrera Flores, e a produção de uma *ralé estrutural*, a partir de um *habitus precário*, como ressaltado por Jessé Souza, demonstram que classes inteiras de indivíduos são desprovidas das precondições sociais, morais e culturais necessárias à apropriação de tais bens. Ou seja, a distribuição dos acessos aos bens exigíveis para uma vida com dignidade se dá a partir de processos desiguais, que facilitam essa obtenção para uns e obstam para outros. Por isso, todo direito é produto da luta, não há afirmação dos direitos fundamentais sem uma luta incessante pelo seu reconhecimento e efetividade, para que todos disponham das condições concretas que possibilitam o acesso aos referidos bens.

Essa luta pelos direitos em geral, e pelos direitos humanos em particular, exige a sua redefinição teórica, que aborde a sua complexidade, para não invisibilizar os conflitos e as lutas que levaram a dado sistema de garantias em detrimento de outros, nem os sistemas de valores e os processos de divisão do fazer humano que privilegiam determinados grupos e subordinam outros, bem como para que não se suponha que o mero reconhecimento jurídico é capaz de resolver todo o problema relativo às situações de desigualdade ou injustas reguladas pelas normas (FLORES, 2009, p. 21).

Essa redefinição teórica requer que, no lugar dos direitos, se parta dos compromissos e deveres originados e autoimpostos a partir das lutas pela dignidade, integrando, na análise, os conflitos e as práticas sociais, para se alcançar o acesso igualitário aos bens necessários para uma vida digna (FLORES, 2009, p. 21).

Os direitos não existem de forma apriorística, mas decorrem dessas lutas pelo acesso aos bens exigíveis para viver uma vida com dignidade, ou seja, pelo acesso aos bens que satisfazem as necessidades concretas dos seres humanos, exteriores à norma. Daí a necessidade de abertura desses processos de luta pela dignidade. Com efeito,

os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado *'a priori'* por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja *'digna'* de ser vivida (FLORES, 2009, p. 31).

Não se pretende, então, a universalidade da teoria tradicional, que ignora as condições materiais e entende os direitos como produtos de uma instância transcendental, mas a socialização e a generalização a todos e todas de processos de acessos aos bens e a universalização das lutas pela dignidade, enquanto objetivo material que se concretiza a partir do empoderamento e do fortalecimento dos grupos marginalizados e oprimidos para que tenham os instrumentos necessários para lutarem pela dignidade.

A compreensão dos direitos humanos em sua complexidade depende, ainda, de uma metodologia relacional, que reivindique a impureza de seus conteúdos, isto é, que se contamine pelas relações existentes entre os direitos humanos e as expectativas dos grupos sociais interessados em sua produção e aplicação, e que, dada a sua força emancipadora, introduza a pluralidade de formas de lutar pela dignidade e a diversidade de concepções acerca do que deve ser uma vida digna de ser vivida (FLORES, 2009, p. 22).

Os direitos humanos devem ser entendidos em sua complexidade. Isso implica questionar a premissa que funda a teoria tradicional de que todos os seres humanos têm seus direitos reconhecidos, sobretudo ante a realidade que se apresenta, principalmente em países marcados por uma desigualdade abissal, como o Brasil,

que evidencia a existência de processos que dificultam ou facilitam o acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida com dignidade.

No dizer do mestre espanhol,

não podemos tranquilamente acreditar que, com a existência de uma norma, já temos o acesso aos bens [...]. Pode ocorrer que a norma não possa ser aplicada por falta de meios econômicos. Pode ocorrer que não se queira aplicar por falta de vontade política. Ou quiçá ocorra que uma pessoa ou grupo partam de coordenadas culturais e sociais que impeçam sua colocação em prática. O que fazer com um instrumento que 'temos' se não podemos coloca-lo para funcionar por falta de meios, por falta de políticas públicas ou por razões que apelam a alguma tradição considerada intocável? (FLORES, 2009, p. 38-39).

Há a necessidade de assegurar os instrumentos e os meios para colocar os direitos em prática, mediante a potencialização da capacidade dos seres humanos de atuarem no mundo, de construí-lo e também de desfazê-lo, e o reconhecimento das diferenças e da pluralidade como recurso público. Se o contexto em que se insere a justiça restaurativa evidencia dificuldades e obstáculos à sua implementação desde uma perspectiva emancipadora, que não legitime o sistema penal, o compromisso assumido pela Criminologia da Libertação e pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de irresignação, de resistência e de enfrentamento, não só se situa a partir da crítica permanente, como também permite a crença na transformação da realidade social.

Parte, em primeiro lugar, da conscientização, da contextualização, da identificação dos universos discursivos e das relações fáticas de poder, a partir de um pensamento crítico, que nutre a lucidez e conscientiza das dificuldades e dos desafios, mas assume, também, uma atitude otimista, que compreende a realidade como suscetível de transformação ante a capacidade humana de construir e de desconstruir o mundo que é dado, com abertura para a construção de condições materiais que permitam uma vida digna de ser vivida.

A partir de uma perspectiva crítica, que requer a submissão à crítica de todas as concepções que chegam e que combate a homogeneização, a invisibilização, a centralização e a hierarquização das práticas institucionais tradicionais, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 72) propõe a construção de uma alternativa que rechace

todo tipo de naturalização de uma ideologia em prol de uma concepção histórica e contextualizada da realidade dos direitos humanos, mediante a recuperação da ação política de seres humanos cujas necessidades são concretas e insatisfeitas, a formulação de uma filosofia *impura* do direito (contaminada de contexto) e a recuperação de uma metodologia *holística e relacional*, que busque os vínculos que unem os direitos humanos a outras esferas da realidade social, teórica e institucional.

A recuperação da ação política, como esfera complementar e paralela à luta pela dignidade a partir dos direitos humanos, faz com que se passe da *ontologia da passividade*, segundo a qual a realidade transcenderia a toda ação política e os seres humanos não teriam capacidade para modificá-la, para uma *ontologia da potência*, que consiste em uma ação política cidadã que tencione as tendências à reificação (FLORES, 2009, p. 75-76).

Por fim, a contínua interação entre as posições – conjunto de capitais distribuídos hierárquica e desigualmente – e as disposições – *habitus* –, que conforma uma estrutura ou ordem social, pode gerar estratégias de reprodução/dominação, quando estiverem orientadas à legitimação da estrutura social, ou pode gerar estratégias de antagonismo/emancipação, se apresentar uma crítica e uma alternativa aos elementos básicos da estrutura social. Os direitos humanos, na perspectiva da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, devem ser entendidos como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais ocupada, mediante estratégias antagonistas que sirvam de metodologia de uma ação emancipadora (FLORES, 2009, p. 89-90).

As condições para essa tarefa consistem em, primeiramente, afirmar permanentemente as estratégias de reprodução das relações de força hegemônicas, que situam as pessoas em posições desiguais de acesso aos bens, para impedir que essas formas de dominação sejam ocultadas por ideologias; em segundo lugar, identificar e denunciar as funções cumpridas pelas estratégias de reprodução/dominação no tocante à sua própria perpetuação de modo a obstar a possibilidade de alternativas, à produção de obrigações morais com a estrutura de posições e disposições e à construção de sistemas de garantias judiciais, políticas e

econômicas dessas estratégias, impedindo a sua transformação; por fim, tornar transparente e denunciar sempre as formas simbólicas assumidas pelas referidas estratégias, por meio dos processos educativos, culturais e midiáticos, como se fossem fenômenos naturais não relacionados à desigualdade de posições (FLORES, 2009, p. 91).

Tais estratégias vão ao encontro das propostas da Criminologia da Libertação de denúncia da estrutura do controle social, inclusive no tocante à *socialização primária*, e exige a luta contra as formas ocultas de dominação, abrindo espaço para propostas de reorientação do controle social, na perspectiva dos direitos humanos.

O que se busca, de maneira geral, é criar as possibilidades para que também aqueles não conformados com as ordens hegemônicas, em um paradigma de resistência e uma postura de combate, possam romper com o bloqueio promovido pela cultura dominante de criação de alternativas e possam levar adiante suas lutas, de forma plural, por sua concepção singular, material e concreta de dignidade. É preciso, para tanto, enfrentar e desfazer as *amarras que mutilam o protagonismo, a cidadania e a dignidade de seres humanos*, empoderando-os para escolher essas formas de luta pela dignidade.

Nos precisos termos de Herrera Flores,

devemos, portanto, nos armar com conceitos e formas de práticas que tendam a conquistar a maior quantidade de 'espaços sociais' de democracia; espaços onde os grupos e os indivíduos encontrem possibilidades de formação e de tomada de consciência para combater a totalidade de um sistema caracterizado pela reificação, formalismo e fragmentação [...]. A democracia deve consistir num processo de construção de um 'espaço público de empoderamento', onde possa surgir uma variedade de diferentes experiências e onde sobressaiam a mutabilidade e as possibilidades de modificação e transformação (FLORES, 2009, p.188-189).

No contexto da justiça restaurativa, ao devolver à sociedade a resolução do conflito a partir do empoderamento dos protagonistas e da comunidade, subverte-se um dos principais monopólios que mantém o sistema penal, que é o ato de fala, o monopólio da palavra como poder de enunciação absoluto da verdade, de uma verdade sempre revelada pelo soberano na perpetuação de sua dominação. Nesse sentido,

o (re)empoderamento do ato de fala, do diálogo, pode ser talvez o grande rompimento com a sociedade moderna e sua juridicidade tributária de dinâmicas judiciosas, hierarquizadas e cerradas ao monopólio da fala aos detentores de poder-saber oficial. O (re)empoderamento da fala constitui-se em um verdadeiro ato de profanação ao paradigma de juridicidade, para romper com as suas procedimentalidades castradoras e de solução de conflitos com a produção de dor adicional (SALM; LEAL, 2012, p. 201).

Trata-se, pois, de uma racionalidade de resistência, fundada em uma ontologia da potência, que possibilita o desfazimento, pelo próprio ser humano, das instituições e das categorias, inclusive as de crime e de pena, permitindo, assim, que se travem processos de disputa sobre as concepções de censura e de justiça. Para tanto, é necessário que a justiça restaurativa seja contextualizada em práticas sociais emancipatórias e integre o processo de construção da cidadania, a partir de uma atitude lúcida e realista, mas também otimista, comprometida com a luta contra todas as formas de desigualdade e injustiça e capaz de gestar transformações culturais e críticas e de potencializar o protagonismo popular da cidadania.

Esse processo de reconstrução e potencialização do protagonismo dos cidadãos, mutilado pela cultura da *naturalização* da desigualdade e da exclusão social, passa, então, pela transformação crítica do que se entende por direito, cidadania, liberdade e dignidade para permitir a abertura a alternativas, nas quais se inscrevem as práticas restaurativas, como dinâmica e processo aberto e inacabado de construção cultural, política e social, que, ao empoderar a comunidade e supor a participação democrática, igualitária e plural, reconhecendo e fomentando a diferença, devem ser contextualizadas e tensionadas por uma racionalidade insurgente e emancipatória para ampliar a capacidade humana de agir no mundo, mediante o oferecimento da oportunidade de poder agir em justiça, e para romper com a lógica punitiva, burocrática, reprodutora e genocida do sistema penal nos países periféricos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: por uma justiça restaurativa da libertação

O processo de modernização implicou problemas diferentes nos países centrais e nos periféricos, tendo em vista que, nos primeiros, as condições sociais, econômicas e políticas se consolidaram de modo a generalizar um *habitus primário*, a generalizar, também para as classes dominadas, a idealização de um tipo humano – do ser humano como agente racional e autônomo – que está na fundação das práticas modernas. Esse componente transclassista permite que cada um seja percebido como cidadão, como úteis, ainda que desiguais em outras dimensões.

Contudo, nas sociedades periféricas, não se vislumbra tal consolidação efetiva, ou seja, não há esse consenso valorativo transclassista, mas um *habitus precário*, que faz com que redes objetivas e opacas considerem determinados indivíduos e grupos sociais como desqualificados, por não atender às demandas objetivas do tipo humano produtivo e útil. Os contextos de desigualdade, portanto, nos países periféricos, não dizem respeito apenas à apropriação seletiva de bens e recursos escassos, mas à percepção de uma classe inteira de indivíduos como subcidadãos – a *ralé estrutural* – que sequer possui as condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação.

Assim, nas sociedades periféricas, verificam-se a *naturalização da desigualdade* e a *construção social da subcidadania*, como resultados de um efetivo processo de modernização – estruturada, porém, a partir das bases heterodoxas da escravidão – e da legitimação da dominação por novas formas, e não de uma continuidade do passado longínquo. Nos países periféricos, tem-se um acordo corporal implícito que sugere a diferença no valor dos seres humanos, como fato objetivo e atualizado pelas práticas sociais e institucionais.

As instituições modernas assumem, então, papel para legitimar essa dominação e reproduzir a naturalização da desigualdade, distinguindo, de forma consentida, cidadãos e subcidadãos (não-gente), a partir da difusão da ideia de que os privilégios modernos são acessíveis a todos, a partir do esforço individual, isto é, do

desempenho diferencial dos indivíduos. Ocultam-se, assim, os fatores não econômicos e a gênese da desigualdade, que revela que os indivíduos, desde o início de suas vidas, são aparelhados diferencialmente para a competição social.

No mesmo sentido, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Joaquín Herrera Flores, permite desconstruir a ideia dos direitos humanos como algo que todos detêm pelo mero fato de serem seres humanos, postulando, em contrapartida, uma concepção de universalidade dos direitos humanos que não se define pelo mero reconhecimento jurídico, mas a partir do fortalecimento dos indivíduos e grupos na construção de um marco de ação que assegure a todos a possibilidade de criação de condições iguais de acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna de ser vivida. Ou seja, a partir da compreensão de que os direitos não existem de forma apriorística e independentemente da ação humana, mas decorrem dessas lutas pelo acesso aos bens exigíveis para viver uma vida com dignidade. Esses bens materiais e imateriais que satisfazem a necessidade humana dependem do acesso que se tem a eles.

No entanto, os processos de divisão do fazer humano, explicitado por Joaquín Herrera Flores, e a produção de uma *ralé estrutural*, a partir de um *habitus precário*, como ressaltado por Jessé Souza, demonstram que classes inteiras de indivíduos são desprovidas das condições sociais, morais e culturais necessárias à apropriação de tais bens. Por esta razão, para que todos disponham das condições concretas que possibilitam o acesso aos referidos bens, é que se entendem os direitos humanos como processos de luta, não bastando o mero reconhecimento jurídico para combater as situações de desigualdade ou injustas.

Ademais, a crítica de Jessé Souza à tese de Gilberto Freyre – de que haveria uma unidade substancial dos brasileiros, que une harmonicamente os opostos – revela o enaltecimento dessa homogeneidade, da *índole pacífica do povo brasileiro*, da negação do conflito, como atributo positivo articulado como ideia e não mais como uma *prática* inconfessável. Como consequência desse discurso, há a demonização e a deslegitimação da crítica e da explicitação das diferenças e dos conflitos.

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos também permite observar, a partir da problematização da redução do direito ao aspecto jurídico-cultural e da preponderância das teorias formais ou procedimentais da justiça, uma perversa redução e expulsão das diferenças do espaço público, mediante a imposição de uma visão (única e parcial) do mundo como universal, ao mesmo tempo em que invisibilizam as situações de desigualdade, legitimando e reproduzindo infinitamente as posições prévias de desigualdade, decorrentes da desigualdade no acesso aos recursos.

Nesse contexto, os aparelhos penais das sociedades periféricas têm servido como instrumento histórico de *naturalização da desigualdade*, cabendo-lhe a gestão da subcidadania, de modo a produzir e a reproduzir os fenômenos políticos denominados *invisibilidade pública* – redução do homem a objeto, incapaz de se fazer interpelar como humano e de interpelar outros humanos em igualdade – e *humilhação social* – exclusão de um grupo inteiro de homens do âmbito intersubjetivo da iniciativa, da palavra e da ação, do governo do trabalho e do governo da cidade. Obstruem-se, pois, os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Vale ressaltar que, embora esses fenômenos se pautem em um consenso naturalizado e pré-reflexivo, como fato objetivo, a desigualdade social é um fenômeno político e depende sempre do homem e de mecanismos estruturais e institucionais para se perpetuar. Da mesma forma em que os direitos humanos não são um dado, mas um construído histórico, também o são as violações aos direitos, as desigualdades, as exclusões e as injustiças. Essa percepção abre possibilidades para que o homem trilhe caminhos para o desfazimento dessas realidades.

Ao elucidar-se a especificidade do processo de modernização das sociedades periféricas, como a brasileira, não se pretende negar a seletividade dos sistemas penais das sociedades centrais, até porque esta é uma característica estrutural, inerente a qualquer sistema penal. Todavia, os sistemas penais periféricos, além de desiguais, são genocidas, pois, quando se naturaliza a desigualdade, faz-se com que determinados setores sejam vistos como seres absolutamente invisíveis, como coisas, não-gente, tornando o nível de letalidade dos sistemas penais latino-

americanos muito maior do que o dos países centrais. O sistema punitivo periférico impulsiona um modelo de controle social de extermínio escancarado e consentido de segmentos marginalizados da população – integrados ao sistema jurídico apenas na condição de devedores, réus –, por meio de um *massacre a conta gotas*.

Nesse cenário, a criminologia assume uma função *reprodutora* do controle social, na medida em que somente se ocupa destes sujeitos vulneráveis quando visa consolidar o sistema de classes, declarando, de um lado, a ilegalidade dos interesses da classe subalterna e, de outro, transformando em questão de ordem pública a afirmação desses interesses. Os valores que se buscam tutelar a partir da transformação de uma questão como sendo essencialmente de ordem pública não são aqueles definidos segundo as exigências sociais, mas seletivamente definidos para a perpetuação de um projeto de dominação colonial, que visa controlar os segmentos autóctones e manter a exploração da mão de obra no capitalismo periférico. Há, pois, uma gestão diferencial das ilegalidades, de acordo com a classe do destinatário desse controle, que faz com que as marginalidades social e econômica sejam percebidas como um problema de ordem pública, de controle punitivo, e não como decorrentes do próprio sistema socioeconômico.

É possível depreender, portanto, que não há um conceito absoluto de crime – que preexista às relações sociais –, mas sim processos seletivos de criminalização, de modo que as noções de pena e de crime são construídas socialmente. Dentro do sistema jurídico e com a mistificação do processo, a partir da expropriação do conflito pelo Estado e da substituição da vítima, não se volta a atenção para o dano causado ou para a situação efetivamente vivenciada, mas apenas para o ato definido pela lei como crime, do mesmo modo em que não há o objetivo do processo criminal de promover reconciliação entre vítima e ofensor, na medida em que a ofensa, o dano e o relacionamento entre eles não são considerados problemas relevantes.

O sistema de justiça confisca o conflito das vítimas, marginaliza-as e impede qualquer possibilidade de diálogo, acordo ou reparação dos danos. Por outro lado, sequer é capaz de responsabilizar efetivamente o réu, exercendo funções latentes completamente diversas das declaradas, com vistas a garantir a reprodução e a

manutenção da realidade social desigual e injusta da sociedade capitalista. No entanto, ante a brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal, fala-se em crise de legitimidade do paradigma punitivo.

É nesse contexto que se renova o interesse na justiça restaurativa enquanto alternativa não punitiva de controle social, que requer uma mudança de percepção sobre o fenômeno crime, sobre o papel que deve desempenhar a vítima, sobre o que significa punir, ou mais precisamente censurar, e sobre a própria concepção de justiça, a partir da busca por uma resposta emancipada da ideia de pena e que vise a possibilitar a relação violada pelo crime. A revalorização da vítima enquanto protagonista exige voltar a atenção não exclusivamente para o ato – como ocorre nas teorias retributivas – ou para vítima e ofensor isoladamente, mas sim para o encontro entre o ponto de vista dessas duas figuras simultaneamente, para que, nesse frente a frente, a mediação revele o próprio sentido da justiça. Assim, o que deve ser considerado como fato gerador de justiça é o próprio evento do encontro.

O horizonte da justiça restaurativa, que se volta justamente para o restabelecimento, de diversas formas, da relação, está no confronto entre os interessados, num dizer de justiça, na reparação muito mais que na punição, partindo de um pensamento de ligação para que, mesmo após esse desprezo do outro e essa perversão da relação que é o crime, seja possível a continuidade do mundo. A partir da noção de crime como, em última instância, um desprezo à vítima, a justiça deve anular esse desprezo por meio da manifestação de um reconhecimento público da identidade negada pelo crime. Esse reconhecimento público não só afirma a igualdade entre as pessoas, como lhes atesta a capacidade de agir, mediante o oferecimento da oportunidade de a vítima poder agir em justiça, exteriorizando o seu sofrimento.

Por meio do frente a frente, as partes envolvidas no conflito, não mais em uma condição de passividade, mas ativamente, através do diálogo e de tentativas criativas, podem buscar, a partir dos danos e das suas necessidades concretas, soluções capazes de suprir as perdas resultantes desse encontro infeliz, de modo a restaurar a relação violada com o ato. Ampliam-se, então, as respostas possíveis, bem como a forma de se alcançar tais respostas, a partir da perspectiva dos próprios protagonistas. Esse encontro se dá entre dois sujeitos éticos colocados em

capacidade (*empowerment*) e instaura uma simetria entre o poder restituído à vítima e a responsabilização do autor. A partir do reconhecimento da dimensão humana do conflito e da compreensão do crime como esse encontro infeliz que fratura a justa distância entre os sujeitos éticos, isto é, que destrói uma relação, é possível repensar as formas de se lidar com a situação-problemática, a fim de criar um espaço que assegure a capacidade de agir, por meio da exteriorização do sofrimento, e que anule o desprezo ocasionado pelo crime, para, mediante o reconhecimento da identidade por ele negada, colocar-se fim a essa condição de vítima.

Ressalta-se que, embora o pensamento moderno imponha como premissa da racionalidade a retirada de qualquer resposta instintiva ou emocional ao delito e a consequente neutralização da vítima, que sequer encontra lugar nesse raciocínio penal, bem como promova uma visão caricaturada da vingança, como injusta e sem limite, a prática evidencia que o sentido de justiça é mais associado a uma experiência pessoal de superação e ressignificação do sofrimento do que ao desejo de impor o sofrimento a outrem. A percepção de justiça e de censura daqueles que vivenciaram concretamente o conflito é heterogênea, variável, e evidencia a complexidade das interações que permeiam esse evento e são ocultadas, de forma violenta, pelo reducionismo do sistema punitivo, que opera mediante o enquadramento formal de todas as complexas circunstâncias particulares em definições jurídicas.

Uma justiça restaurativa limitadora, e não relegitimadora, do poder punitivo, exige não só a participação ativa dos envolvidos – componente este excluído do sistema de justiça criminal –, como também a percepção da justiça a partir de uma noção concreta e democrática, que oportunize a transformação social, a partir de estratégias de empoderamento e emancipação. Torna-se possível pensar na abertura de um espaço que permita o diálogo e a construção de um sentido de restauração e de justiça para o caso, ante a impossibilidade de determinar de antemão a postura de cada um dos protagonistas – já não mais definidos pelos estereótipos do sistema penal que transformam as partes em “criminoso” e “vítima”.

Esse modelo de justiça, essencialmente relacional, pode ser compreendido como um projeto político e como um movimento social, na medida em que se condiciona ao contexto em que se insere e que possui vocação para transformação social. Trata-se de um movimento inacabado, em construção, marcado pela pluralidade e por sua plasticidade, que, por isso, não possui um conceito ou um modelo consensual universalmente válido, consistindo, de uma maneira geral, na transformação da forma de ver e responder às condutas tipificadas como crime e de se relacionar com aqueles diretamente envolvidos no conflito, através de práticas fundamentadas no diálogo, na participação ativa do tripé vítima-ofensor-comunidade. Considerando o protagonismo das partes diretamente envolvidas, o facilitador, enquanto terceiro imparcial, tem a função de assegurar a posição de igualdade entre as partes na condução do caso, sem que haja a dominação de um dos participantes sobre o outro.

Nas práticas restaurativas, não há uma resposta previamente estabelecida para as situações conflituosas, nem um procedimento formal predeterminado, mas sim a instigação da procura por soluções mais satisfatórias, por meio de tentativas criativas, orientadas por valores e princípios, que visam, em última instância, garantir que o programa utilizado seja efetivamente igualitário, com liberdade para que as partes se expressem e sejam ouvidas, sem, porém, resultar em desrespeito aos direitos humanos. Os princípios e os valores restaurativos têm relevância fundamental, na medida em que funcionam como um referencial para que, sem a pretensão de universalização ou formalização, seja possível averiguar a ocorrência de desvios na implantação da justiça restaurativa que a descaracterizem.

Destaca-se, ainda, a necessidade de que as práticas restaurativas ocorram em ambiente não judicial e com mediadores preferencialmente ligados à comunidade, tendo em vista o risco de serem os juízes os próprios mediadores, como também para evitar que os processos restaurativos sejam dominados por profissionais e pela lógica burocrática moderna, que, incompatível com os valores da informalidade e da flexibilidade, tende a ocultar, de forma violenta, a complexidade das interações que permeiam o conflito para promover seu enquadramento formal em definições jurídicas.

Se o sistema penal opera a partir de uma lógica simplista, maniqueísta e dicotômica, mediante a qual as pessoas são classificadas como boas ou más, a justiça restaurativa, por sua vez, coloca como finalidade desconstruir os preconceitos e os estereótipos impregnados no discurso punitivo, que apenas segregam e provocam o sentimento de insegurança.

Entende-se que, a fim de que a justiça restaurativa não se esvazie de seu potencial transformador e não amplie o sistema de justiça vigente, a sua implementação deve ser orientada não só pelos valores e princípios restaurativos, como também pelas críticas ao sistema penal. Mais do que propor uma nova de percepção e de reação ao crime, postula-se que a justiça restaurativa problematize e questione o próprio conceito de crime, para que não tome como pressupostos os padrões fornecidos pelo modelo punitivo, que responde a uma lógica burocrática, formalista, reducionista, punitivista, desigual e estigmatizante, incompatível com os valores, princípios e objetivos restaurativos.

As contribuições abolicionistas apontam, em primeiro lugar, para a necessidade de estabelecer o “inacabado”, por meio de uma reforma permanente e sem limites, para que as “alternativas” propostas não sirvam apenas para amenizar as críticas dirigidas à ordem estabelecida, sem promover mudanças estruturais. A justiça restaurativa deve ser pensada a partir dessa perspectiva, como uma alternativa à pena, e não meramente como uma pena alternativa, deve ser pensada como um modelo de justiça que limita o poder punitivo, e não o relegitima.

As críticas negativas ao sistema penal, promovidas pelo abolicionismo revelam a existência de um problema originário no sistema de justiça penal, que o torna gradativamente mais inútil na resolução dos conflitos sociais. Produz-se um sofrimento que é, portanto, desnecessário, estéril, e que é distribuído desigualmente, sem qualquer resultado positivo aos diretamente envolvidos, dos quais o conflito foi confiscado. Além disso, o sistema penal opera mediante uma lógica simplista, dicotômica e reducionista, interpretando e “solucionando” o conflito por uma única via, que não leva em consideração os problemas concretos dos protagonistas ou suas possíveis reações diante da situação-problemática, tampouco as complexidades das circunstâncias particulares que envolvem o conflito. Nesse

sequestro do conflito, os conflitos se tornam propriedade de outras pessoas e a vítima é deixada de lado, sem oportunidade de sequer conhecer o agressor, contando apenas com os estereótipos clássicos acerca do criminoso para compreender a situação na qual se encontra diretamente envolvida.

Para além das críticas negativas ao sistema penal, é possível vislumbrar aspectos propositivos-constructivos das críticas abolicionistas, que demandam a ampliação de soluções alternativas ao conflito e permitem consolidar uma justiça restaurativa capaz de evitar a o alargamento do poder punitivo e de configurar um mecanismo de resolução de conflitos mais democrático e qualificado. Para tanto, faz-se necessário reformular o vocabulário que sustenta a justiça penal, substituindo determinados conceitos por outros que não contenham o senso punitivista que está presente em noções como a de crime.

Além disso, a partir da estratégia global para substituição total da administração estatal centralizada da justiça penal por formas descentralizadas de regulação autônoma de conflitos proposta por Louk Hulsman, postula-se o desenvolvimento de critérios racionais para controle das decisões acerca da criminalização de fatos ainda não criminalizados, a fim de reduzir e minimizar a criminalização, bem como de estratégias de descriminalização para reduzir a aplicação do sistema penal. Por fim, é necessária a criação de alternativas ao enfoque da justiça penal para lidar com as situações problemáticas, entre as quais destaca a substituição do controle social do sistema de justiça penal por outras formas de controle social.

Com Nils Christie, defende-se a importância dos conflitos na sociedade e a necessidade de organização de sistemas sociais capazes de nutrir e tornar visíveis os conflitos, bem como de impedir que os profissionais os monopolizem, para que eles possam ser utilizados pelas partes nele diretamente envolvidos, como no modelo de justiça comunitária idealizado.

Portanto, a partir dos valores restaurativos e das contribuições constructivas das críticas abolicionistas, depreende-se que a justiça restaurativa, para que não perca sua vocação para transformação da realidade e para que não seja cooptada pelo sistema penal, deve buscar a limitação dos discursos punitivos e a máxima redução

do sistema penal, mediante uma atividade crítica atenta e permanente e uma intervenção na seara das políticas públicas, de modo a garantir a promoção dos direitos sociais essenciais, além de integrar um plano de estratégias de controle, a partir de critérios racionais, das decisões acerca da criminalização de fatos ainda não criminalizados e a estratégias de descriminalização para redução da incidência do sistema penal.

As práticas restaurativas não podem ser inseridas no âmbito da justiça criminal, que responde a categorias como utilidade e eficiência e a uma lógica burocrática, formalista e reducionista, e devem evitar a participação de profissionais, na medida em que a profissionalização traz consigo a burocratização e que os profissionais tendem a assumir o centro do encontro, obstando que as partes retomem o domínio sobre conflito.

Assim, ainda que desvinculadas, por ora, do seu objetivo final, as propostas abolicionistas, ao postularem a substituição do sistema criminal tradicional por formas descentralizadas de administração dos conflitos que confirmam às partes diretamente envolvidas a possibilidade de buscar ativamente, por meio do diálogo, uma resposta que lhes seja mais satisfatória, contribuem para o debate acerca da justiça restaurativa, desde uma perspectiva transformadora, para que não seja colonizada e cooptada pelo sistema penal, tampouco produza sua relegitimação, mas que rompa com a lógica burocrática, estigmatizante, reducionista e seletiva por meio da qual ele opera.

No entanto, o que se verifica, por meio das pesquisas empíricas realizadas nos programas restaurativos já implementados no Brasil, é que, desde o início, o foco tem sido os casos de menor gravidade, produzindo o risco de a justiça restaurativa ampliar a rede de ação e controle do sistema penal, com incidência apenas em casos que sequer seriam tratados pelo sistema penal.

Na pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário”, realizada pela Fundação José Arthur Boiteux, sob a coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade, observou-se o protagonismo personalizado exercido pelo Poder Judiciário. Dessa forma, em que pese o risco já mencionado quanto à realização dos

processos restaurativos em ambientes judiciais e quanto ao domínio dos processos por profissionais jurídicos e à consequente burocratização, nas práticas restaurativas implementadas no Brasil, há a prevalência da condução dos programas por profissionais do Poder Judiciário, sobretudo pelo próprio juiz, assumindo, ainda, um caráter personalizado que prejudica a continuidade dos programas.

Ademais, constatou-se a concentração do poder de encaminhamento dos casos ao procedimento restaurativo nas mãos dos juízes e promotores, reproduzindo e reconfigurando a seletividade. Acrescente-se a verificação da baixa adesão-presença das vítimas aos procedimentos, o que compromete estruturalmente o próprio encontro e evidencia programas focados prioritariamente no ofensor, e não no paradigma relacional, fundado no encontro, na bilateralidade e na simetria das partes, de modo a reproduzir o mesmo discurso que atribui à pena as suas funções declaradas, travestindo de restaurativismo o próprio punitivismo e representando mais do mesmo. Apesar de ser a justiça restaurativa um modelo de justiça essencialmente relacional, cujo horizonte está no confronto entre os protagonistas, num dizer de justiça, na prática dos programas analisados, o que se observa é a não concretização do encontro e, ainda que concretizado, a sua realização na esfera judicial, ou seja, em local considerado menos apropriado, como já destacado.

Portanto, as práticas restaurativas implementadas tendem a perseguir outros objetivos, relacionados à responsabilização, em detrimento da concretização do encontro, da participação simétrica de ambas as partes, do empoderamento e do atendimento às suas necessidades, limitando o próprio horizonte da justiça restaurativa, na medida em que não permite que se passe ao desconforto do frente a frente, capaz de oportunizar às partes a vivência da justiça.

Essa dificuldade pode estar relacionada à contaminação das práticas restaurativas pelas categorias de eficiência e utilidade do sistema penal, que aceleram forçosamente a justiça restaurativa em descompasso à temporalidade da vítima e dos procedimentos restaurativos, bem como à inexistência de recursos materiais e pessoais para sua adequada implementação (como, por exemplo, a criação de espaços apropriados, preferencialmente fora do âmbito judicial, a formação adequada e a participação de profissionais metajurídicos e o oferecimento de

condições para adesão das partes). Pode, ainda, estar vinculada à tendência de reprodução da cultura punitiva e à tese de que haveria uma suposta unidade substancial dos brasileiros (mito da índole pacífica do povo brasileiro), que deslegitima a crítica e a explicitação das diferenças e dos conflitos, optando pela negação e evitação do conflito, ao invés de valorizar a conflitividade e de aprimorar as habilidades das comunidades e dos cidadãos para gerirem, de forma que lhes seja útil, os seus próprios conflitos.

Tendo em vista as dificuldades e os desafios identificados, a Criminologia da Libertação permite aterrissar o debate no contexto dos países periféricos, uma vez que, enquanto Teoria Crítica do Controle Social, edifica-se a partir de premissas específicas e da realidade concreta desses países, marcada pela violência institucional e institucionalizada, pela exploração do homem, pela existência de privilégios de poucos em detrimento da grande parte da população, pela naturalização da desigualdade, pela gestão dessa desigualdade pelo controle penal, pela marginalização e pelo consentido abandono social e político de categorias inteiras. Trata-se, assim, de uma criminologia que se assume como superação e a negação da criminologia como controle social, a partir de pautas metodológicas específicas.

Esses elementos metodológicos relacionam-se à concepção de justiça restaurativa que se defende, que, ao contrário do sistema penal, não rejeita a desordem e invisibiliza o conflito, mas assume o conflito interpessoal como inevitável e como recurso a ser devolvido às partes para que elas possam utilizá-lo e solucioná-lo. Acrescente-se que a justiça restaurativa também exige uma compreensão holística, contextualizada, qualitativa, na medida em que se condiciona ao contexto em que se situa, reconhece os acontecimentos como únicos, não buscando explicações causais ou generalização, e estimula a compreensão do problema a partir das perspectivas dos protagonistas e de suas necessidades concretas, com abordagens diferenciadas e que levem em consideração as especificidades de cada caso, a fim de evitar a burocratização. Como um projeto político e um movimento social, comprometido com a crítica e com reforma permanente e sem limites, a justiça restaurativa também tem vocação para a transformação social. Para tanto, deve ser entendida, a partir da Criminologia da Libertação, como deslegitimação, exigindo-se

a libertação da ocultação das relações de poder e dos interesses voltados à manutenção dessas relações, isto é, a libertação dos discursos ideológicos.

Contudo, considerando que o interesse pela justiça restaurativa se renova no contexto de crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo e que há a tendência de se buscar mais legitimidade como resposta a essa crise, necessária se faz, também, a cautela para que as práticas restaurativas não se prestem à relegitimação do sistema, conformando instrumento de ampliação do poder punitivo, até porque a sua diversidade e pluralidade, ao mesmo tempo em que asseguram a sua flexibilidade para implementação em contextos específicos, também possibilitam que ela sirva a objetivos e interesses distintos e até mesmo contraditórios.

A partir da Criminologia da Libertação, é possível identificar dificuldades para a implementação da justiça restaurativa nos países periféricos, caracterizados por uma profunda desigualdade e estratificação, principalmente para o entendimento recíproco entre partes pertencentes a classes sociais diversas. No entanto, embora a consideração e o enfrentamento desses desafios sejam imprescindíveis para a implementação da justiça restaurativa, não há como ignorar que, nesses países, as instituições penais modernas são abertamente genocidas e têm servido para a gestão da subcidadania, neutralizando e exterminando os indivíduos percebidos como não-gente, e para a reprodução dos fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social, além de obstruir os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Portanto, a conscientização crítica desse contexto específico não só evidencia as dificuldades à construção de práticas restaurativas, como denuncia a estrutura do controle social e exige a luta contra as formas ocultas de dominação, abrindo espaço para propostas de reorientação do controle social, na perspectiva dos direitos humanos.

Por meio dos elementos metodológicos da Criminologia da Libertação, defende-se que não se pode atribuir à justiça restaurativa a resposta para todos os males, mas é possível crer no seu potencial de transformação e de inclusão dos interesses das vítimas das transgressões e do sistema penal, desde que seja suficientemente

aberta para não se tornar absoluta e que recuse a formalização, como um processo em construção, um inacabado, que não rejeite o caos, a desordem e o conflito e que assuma um compromisso frente ao poder, em uma posição constantemente crítica e autocrítica, em uma prática teórica orientada para a promoção dos direitos humanos, voltada para as realidades específicas em que aplicada.

Ademais, a justiça restaurativa deve integrar uma política social mais geral, de modo que, nos termos em que propostos pela Criminologia da Libertação, seja acompanhada do incentivo por mudanças estruturais, isto é, por transformações sociais de base, necessárias, inclusive, para a implementação das estratégias alternativas.

A necessidade de fazer transparecer o discurso ideológico que busca legitimar o sistema, a fim de dismantelar as formas ocultas de opressão e dominação, exige desmascarar e enfrentar as mitologias que despotencializam as práticas restaurativas, conforme constatado na pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário”, realizada pela Fundação José Arthur Boiteux e coordenada por Vera Regina Pereira de Andrade.

A partir da referida pesquisa, é possível perceber que as práticas restaurativas têm funcionado no interior da justiça punitiva, estabelecendo uma relação de dependência e assumindo um caráter meramente residual e paralelo, além de haver um conjunto de representações em torno da justiça restaurativa, configurando uma *mitologia da Justiça Restaurativa no Brasil*, que opera como obstáculo epistemológico e político à potencialização dos ideais restaurativos.

Esses desvios da Justiça Restaurativa feitos mitos são os mitos da celeridade, da formação instantânea, da criminalidade leve e do método alternativo de resolução de conflitos. O primeiro está relacionado à visão superficial e falsa difundida de que a justiça restaurativa é célere e, por isso, pode “desafogar” o Judiciário. Contudo, a justiça restaurativa é uma justiça exigente e que requer tempo e paciência, pois, enquanto modelo relacional, funda-se no diálogo e na justiça como experiência vivencial. Analisando esse discurso da celeridade a partir dos elementos metodológicos sintetizados pela Criminologia da Libertação, é possível situá-lo no

contexto de crise de legitimidade do paradigma punitivo-retributivo e verificar os interesses pragmáticos a que ele atende, em prejuízo dos valores centrais as justiça restaurativa e da sua vocação para transformação. Esse mito faz com que as práticas restaurativas implementadas orientem-se à relegitimação, e não à deslegitimação da ordem estabelecida, eis que propagam a ideia de uma justiça informal mais simples e mais célere, capaz de tornar o paradigma punitivo mais eficiente.

Quanto ao mito da formação instantânea, novamente não se leva em conta o fato de a justiça restaurativa ser uma justiça exigente, que requer uma formação adequada e continuada, tanto formal quanto informal, além de interdisciplinar, a ser constantemente avaliada. A necessidade de se evitar o profissionalismo e de se buscar um conhecimento que provém da experiência vivida e compartilhada dentro de uma comunidade não conduz à conclusão de que a capacitação dos facilitadores decorre de uma formação única e instantânea. O que se rejeita é a ideia de que formação adequada é unicamente a especializada e o que se pretende é a participação de mediadores preferencialmente ligados à comunidade, que não profissionais jurídicos, mas metajurídicos, a fim de reduzir o risco de que a justiça restaurativa seja utilizada como forma de ampliação da rede de atuação do sistema penal.

Com relação ao mito da criminalidade leve, tem-se uma visão de que a justiça restaurativa se aplica apenas a delitos menos graves, definindo-se esta “gravidade” a partir de estereótipos e estigmatizações, e não de debates profundos, de modo a reproduzir a lógica seletiva por meio da qual opera o sistema penal e a política da ordem pública denunciada, que tipifica as condutas mais facilmente verificáveis nos grupos precarizados, identificando-as como um problema de ordem pública, e não como desdobramento do próprio sistema socioeconômico, além de graves e perigosas, assegurando a hegemonia da classe dominante.

Desse mito também decorrem grandes desafios para que haja impacto da justiça restaurativa na redução do sistema penal, eis que à justiça restaurativa é atribuída uma competência meramente residual, com a ampliação da rede de controle do sistema penal, a casos que sequer seriam lidados pelo sistema de justiça formal,

impedindo, de antemão, a incidência da justiça restaurativa justamente nas condutas que representam o núcleo permanente da criminalização. Essa percepção desconsidera a capacidade da justiça restaurativa de romper com a lógica burocrática e reducionista e de compreender a teia complexa de fatores e interações na qual se inscreve o conflito, bem como de nutrir e tornar visíveis os conflitos, devolvendo-os às partes diretamente envolvidas.

A viabilidade da justiça restaurativa não pode ser definida aprioristicamente, mas deve ser avaliada a partir das especificidades do caso concreto, estando muito mais atrelada à existência de condições para o diálogo do que à “gravidade” da conduta qualificada como crime. Depende, pois, da construção social de espaços que permitam o diálogo, o que, nos países periféricos, assume um contorno específico, ante os desafios gerados pela existência e pela perpetuação de privilégios e exclusões, bem como pelo fenômeno da subcidadania. Esses desafios, mais uma vez, devem necessariamente ser levados em conta e enfrentados com lucidez, cautela e conscientização crítica, mas não podem servir como impedimento às práticas restaurativas, até porque a forma que se tem hoje de gestão dos conflitos constitui, na verdade, mecanismo de gestão da subcidadania, de reprodução dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social e de extermínio, por meio de um *massacre a conta gotas*.

No tocante ao mito da justiça restaurativa como um “método” consensual de resolução de conflitos, verifica-se a redução da justiça restaurativa à ideia de método que coloca fim aos conflitos por meio de uma prestação pontual, despotencializando-a como um novo ideal de justiça, como um modelo de justiça relacional. Mais uma vez, a partir de uma perspectiva crítica e contextual, é possível observar que o enfrentamento desse mito revela a inserção da justiça restaurativa em um contexto de relações não de resistência e transformação do estado de coisas dominante, mas de conservação e adaptação, ante a apropriação da justiça restaurativa pelo modelo punitivo, como técnica para torná-lo mais célere e eficiente.

Por último, o mito da alternatividade generaliza uma visão de que a justiça restaurativa é um método alternativo. No entanto, a pesquisa empírica analisada demonstra que a justiça restaurativa não tem se situado como alternativa ao

processo, tampouco à justiça ou ao encarceramento, posicionando-se de forma paralela e concorrente à justiça penal, sem possibilidade de impactar o paradigma punitivo, sobretudo porque não instrumentaliza seus espaços abertos para adentrar o âmbito da criminalidade estereotipada como grave.

A descrença quanto à possibilidade de a justiça restaurativa efetivamente produzir um impacto na redução da utilização da prisão sustenta-se em uma tendência revelada na prática não só com relação a medidas alternativas anteriormente propostas e implementadas, como também no tocante à justiça restaurativa. Essa atitude crítica quanto às propostas alternativas é fundamental para que tais medidas, nas quais se inclui a justiça restaurativa, não sirvam apenas para relegitimar o poder punitivo, sem promover qualquer mudança estrutural.

No entanto, a partir da própria Criminologia da Libertação, postula-se que a justiça restaurativa seja parte de uma estratégia de política criminal e de uma política social mais geral, que trilhe os caminhos reivindicados pelos direitos humanos e possibilite uma transformação social. Não se trata, pois, de uma panaceia, mas de um processo de abertura para a democratização da administração dos conflitos, que deve posicionar-se criticamente para a libertação, ou seja, para a deslegitimação. Do mesmo modo, não se pretende uma visão ingênua, mas, ao contrário, uma posição lúcida e contextualizada, que compreenda os desafios que se apresentam na realidade em que se insere, bem como uma posição de enfrentamento e de resistência à ordem dominante, entendendo-a como passível de ser transformada.

Considerando que, para a Criminologia da Libertação, o caminho a ser trilhado é aquele reivindicado pelos Direitos Humanos, no qual cada ser humano deve ser considerado como uma pessoa, e não como não-gente, e disponha do mínimo exigido para que essa condição seja respeitada, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos permite uma compreensão dos Direitos Humanos, como conjunto de processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, que possibilita romper com a cultura da naturalização da desigualdade e enfrentar os obstáculos ao protagonismo, à cidadania e à dignidade, a partir de uma racionalidade de resistência.

Parte-se de uma perspectiva crítica e emancipatória, compromissada com a vida e que acredita na possibilidade de transformação das realidades, eis que compreendidas como construídos históricos. Ao contextualizar os direitos como práticas sociais concretas e emancipadoras, permite, assim, resistir à naturalização de ideologias em favor de uma ontologia da potência e do empoderamento cidadão, sobretudo dos grupos menos favorecidos, para lutar pela igualdade e pela generalização do acesso aos bens tutelados pelo direito.

A liberdade, a partir da referida teoria, é entendida não apenas como autonomia, mas como construção de espaços sociais que permitem aos indivíduos lutarem por sua concepção de dignidade humana e entenderem-se como partícipes ativos do seu destino. Requer, assim, a socialização dos acessos aos bens materiais e imateriais que permitem concretizar os direitos e a difusão da percepção dos indivíduos como sujeitos ativos do seu próprio destino.

Ademais, a partir da Teoria Crítica do Controle Social e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, é possível compreender que o direito não é uma ferramenta neutra e que os fenômenos, inclusive o jurídico, são interpretados a partir de uma *posição ideológica* (parâmetros dominantes que conformam a hegemonia num dado lugar e num dado tempo) e de uma *posição política* (situação na qual o indivíduo se insere no interior dos conflitos sociais). Contudo, essa leitura do fenômeno jurídico é limitada pelas leituras *não ideológica* e *não política*, bem como pela hiperespecialização dos juristas, que obstam a sua compreensão contextualizada em uma realidade complexa, que, ao mesmo tempo, o explica e o condiciona. Como desdobramento dessa falta de totalidade fruto das leituras não ideológica e não política, tem-se a despolitização e a ideologização da gestão do direito.

A discussão acerca da justiça restaurativa não pode ser despolitizada, uma vez que remete a um novo ideal de justiça e de reação a condutas, pressupondo a necessidade de discussão sobre poder, controle social, dominação e emancipação. A ideia de participação ativa e de vivência da justiça pelos protagonistas configura, então, uma nova concepção de justiça, cuja legitimidade se extrai das próprias partes e que exige, em contraposição à racionalidade de institucionalização e

monopolização estatal, uma redistribuição do poder de fazer justiça, ainda não verificada, tendo em vista o lugar hegemônico ocupado pelo Judiciário.

Do mesmo modo em que sua interpretação não pode ser despolitizada, o direito não pode ser reduzido ao seu componente jurídico-formal, sob pena de ocultar conjunto de narrações que o situam e que lhe conferem significado cultural e de obstar a construção de um paradigma de resistência (em oposição a um paradigma de passividade e resignação), eis que a inclusão das necessidades e das expectativas da grande maioria da população, tradicionalmente marginalizada, depende da compreensão desses universos discursivos, sem pretensão de neutralidade e objetividade.

Encarar o direito, as categorias e as instituições como produtos culturais, construídos pelos seres humanos, possibilita a percepção de que tais ficções também podem ser modificadas pelos seres humanos e abre caminho para a construção de processos de inclusão e generalização dos valores e das expectativas das grandes camadas da população, marginalizadas pela cultura jurídica dominante.

O conceito de direitos humanos proposto por Joaquín Herrera Flores, que engloba as três precisões conceituais, culmina em considerá-los como processos de luta de resistência contra a violência exercida pelas diversas manifestações do poder, como processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que permitem construir e consolidar espaços de luta pela dignidade humana, a partir do que se materializa o *conatus* (a potência da multidão).

Os direitos humanos devem ser entendidos em sua complexidade. Isso implica questionar a premissa que funda a teoria tradicional de que todos os seres humanos têm seus direitos reconhecidos, sobretudo ante a realidade que se apresenta, principalmente nos países de capitalismo periférico, como o Brasil, caracterizados por uma desigualdade abissal, que evidencia a existência de processos desiguais e hierárquicos que dificultam ou facilitam o acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida com dignidade.

Não se pretende, então, a universalidade da teoria tradicional, que ignora as condições materiais e entende os direitos como produtos de uma instância transcendental, mas a socialização e a generalização a todos e todas de processos de acessos aos bens e a universalização das lutas pela dignidade, enquanto objetivo material que se concretiza a partir do empoderamento e do fortalecimento dos grupos marginalizados e oprimidos para que tenham os instrumentos necessários para lutarem pela dignidade. Isto é, reconhece-se a necessidade de assegurar os instrumentos e os meios para colocar os direitos em prática, mediante a potencialização da capacidade dos seres humanos de atuarem no mundo, de construí-lo e também de desfazê-lo, e o reconhecimento das diferenças e da pluralidade como recurso público.

Nesse sentido, o compromisso assumido pela Criminologia da Libertação e pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de irresignação, de resistência e de enfrentamento, não só situa a justiça restaurativa a partir da crítica permanente, a fim de rechaçar todo tipo de naturalização de uma ideologia em prol de uma concepção histórica e contextualizada da realidade dos direitos humano, como também permite a crença na transformação da realidade social, mediante a recuperação da ação política de seres humanos cujas necessidades são concretas a insatisfeitas, a formulação de uma filosofia impura do direito (contaminada de contexto) e a recuperação de uma metodologia holística e relacional, que busque os vínculos que unem os direitos humanos a outras esferas da realidade social, teórica e institucional. Postula-se, pois, que se passe de uma *ontologia da passividade* para uma *ontologia da potência*.

A justiça restaurativa, ao restituir à sociedade o conflito e ampliar as possibilidades de resposta, a partir do empoderamento dos protagonistas e da comunidade, tem potencial para ser uma racionalidade de resistência, fundada em uma ontologia da potência, que possibilita processos de disputa sobre as concepções de censura e de justiça, que seja contextualizada em práticas sociais emancipatórias e que integre o processo de construção da cidadania, a partir de uma atitude lúcida e realista, mas também otimista, comprometida com a luta contra todas as formas de desigualdade e injustiça e capaz de gestar transformações culturais e críticas e de potencializar o protagonismo popular da cidadania.

Esse caminho, guiado pelos esforços para libertação humana das amarras que mutilam o protagonismo, a cidadania e a dignidade humana, não pode, porém, se trilhado no interior de um sistema que se incumbe justamente de gerir a subcidadania, de (re)produzir os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, de perpetuar a desigualdade social abissal e de neutralizar e promover abertamente o genocídio de categorias inteiras de indivíduos (a *ralé* estrutural). Há a necessidade, pois, de construir espaços democráticos para o desenvolvimento das práticas restaurativas. A construção social desses espaços autônomos de abertura para o diálogo e para o frente a frente entre os envolvidos (horizonte da justiça) exige a luta pela a socialização e pela generalização a todos e todas de processos de acessos aos bens, de modo a romper com a perpetuação de privilégios e exclusões, que fazem com que determinados indivíduos sejam percebidos como incapazes de interpelar os outros em igualdade.

Uma justiça restaurativa da libertação deve assumir-se, então, como racionalidade de resistência ao monopólio da palavra como poder de enunciação absoluto da verdade – revelada pelo soberano na perpetuação de sua dominação – e, por conseguinte, como contrapoder, recorrendo tão somente ao poder subversivo dos direitos humanos, enquanto processos de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana, que postulem o reconhecimento do outro como igual e detentor do direito de desenvolvimento pleno das potencialidades humanas e que se concretizem a partir do empoderamento e do fortalecimento dos grupos marginalizados e oprimidos pela cultura jurídica dominante. Assegurar a participação ativa dos envolvidos na solução dos conflitos, restituindo-lhes, enquanto sujeitos éticos, a capacidade de agir, num dizer de justiça, mediante estratégias de empoderamento e emancipação, e perceber a justiça a partir de uma noção concreta e democrática, integra um projeto político e um movimento social que oportuniza a transformação social e cria alternativas para que todos e todas possam levar adiante suas lutas, de forma plural, por sua concepção singular, material e concreta de dignidade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel Silva. Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do Idealismo ao Realismo político-criminal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 1, p. 33-69, jan./jun. 2014.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: Contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Coord.). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **The force of law**: toward a sociology of the judicial field, *The Hastings Law Journal*, v. 38, 1987.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento**. O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. de Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: ICC, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de Castro; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítico**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

COSTA, Fernando Braga da. **Homens Invisíveis**: relatos de uma humilhação social. Rio de Janeiro: Globo, 2000.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B. D. (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 241-257.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal Of Criminology**, Oxford, v. 17, n. 17, p.1-15, jan. 1977. Disponível em: <<http://bjc.oxfordjournals.org/content/17/1/1.full.pdf+html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

COSTA, Fernando Braga da. **Moisés e Nilce**: relatos biográficos de dois garís. Um estudo de psicologia social a partir de observação participante e entrevistas. 2008. Tese (Doutorado em Psicologia Social e do Trabalho) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

FLORES, Joaquín Herrera. Os direitos humanos no contexto da globalização: três precisões conceituais. **Lugar comum**: estudos de mídia, cultura e democracia, Rio de Janeiro, n. 25-26, p. 39-71, maio/dez. 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253519/mod_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinven%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf>.
Acesso em: 22 fev. 2018.

FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das idéias de hulsman, mathiesen e Foucault. **Revista Verve**, São Paulo, n.14, p. 180-215, 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5140/3667>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método I e II**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva I e II**. Petrópolis: Vozes, 2007.

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

GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

GONÇALVES FILHO, José Moura. **Humilhação Social** - um Problema Político em Psicologia. Psicologia USP, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 11-67, jan. 1998. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/107818/106159>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GONÇALVES FILHO, José Moura. Invisibilidade Pública. In: COSTA, Fernando Braga da. **Homens Invisíveis**. Rio de Janeiro: Globo, 2000.

HEKMAN, Susan J. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento**: Lisboa: Edições 70, 1986.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk. Práticas Punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman, **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (14). São Paulo, 1996.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETI, E.; SILVA, R. B. D. (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 189-213.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. Justiça Restaurativa. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Brasília, 2005.

JOHNSTONE, Gerry. **Restorative Justice: Ideas, values, debates**. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willan Publishing, 2002.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Org.). **Handbook of Restorative Justice**. London: Willan Publishing, 2007. Disponível em: <<https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781134015191>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 1998.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?. **Revista Verve**, São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. Resolução nº 2002, de 2012. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

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

PALLAMOLLA, Raffaella; DANIEL, Achutti. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 78-87, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16958>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez/jan, 2008.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Ultima Ratio**. Rio de Janeiro, n. 1, p. 3-36, 2007.

RICOUER, Paul. **Hermenêutica e Ideologias**. Petrópolis: Vozes, 2013.

RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. **International Journal of Law, Crime and Justice**. v. 39, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.ijlcj.2011.03.001>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, p. 195-226, jul. 2012, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**. Ensaio sobre sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V.I. A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

SOARES, Luis Eduardo. Hermenêutica e Ciências Sociais. In: GAUER, Ruth. **A qualidade do tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é 'ser gente'? Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**. n. 59. São Paulo, 2003a.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003b.

SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOCHE, Juliana. **A construção de um modelo “alternativo” de gestão de conflitos**: usos e representações da justiça restaurativa no estado de São Paulo. 2015. 223 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring Justice**: An Introduction to Restorative Justice. 5. ed. Massachusetts (EUA): Anderson Publishing, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

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

ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal**: Del olvido al reconocimiento. Granada Editorial Comares, 2006.