

Justiça Restaurativa: Críticas e Contra críticas

Artigo originalmente publicado na *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008, pp. 158-189.

LEONARDO SICA

Advogado, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP, Coordenador da Revista *Ultima Ratio*, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa – IBJR.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As garantias jurídicas e o direito ao processo; 2 A “necessidade de punir” (ou a racionalidade penal moderna); 3 Utilitarismo ou efficientismo jurídico-penal; 4 A imagem bélica do direito penal e a percepção de realização de justiça; 5 Expansão da rede de controle penal e privatização (efeito *net-widening*); Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O crescimento do debate acerca da Justiça Restaurativa no Brasil reflete, assim como ocorreu nos países onde esse novo modelo de Justiça Criminal já é utilizado há mais tempo, a necessidade de encontrar um novo paradigma para lidar com a questão criminal, dentro de um ambiente público, institucional e sempre adstrito ao princípio da legalidade (e seus corolários).

Assim, as redes de justiça restaurativa surgem, primariamente, com fundamento na reconstrução do sistema de regulação social e sob a perspectiva dupla de (i) acompanhar as transformações mais recentes no direito em geral e (ii) conter a expansão do direito penal na sua vertente repressiva. Essas transformações se inserem no contexto político-institucional de “crises e déficits”: crise do modelo tradicional de justiça, do *Welfare State* (Ceretti, 1997; Scardacione; Baldry; Scali, 1998; Prado, 2002), de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado (Ghiringhelli de

Azevedo, 2002, p. 57), déficit de comunicação entre o sistema de justiça e as comunidades, déficit de participação popular na administração da justiça. Transformações que, enfim, opõem os modelos do *direito negociado* e do *direito imposto*, este último cada vez mais ineficiente, pois, conforme aponta José Eduardo Faria (1998, p. 231)

“suas normas vêm gradativamente perdendo a capacidade de ordenar, moldar e conformar a sociedade. E seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência.”

Ante essas considerações, vislumbra-se a primeira premissa importante: quando falamos sobre a introdução da justiça restaurativa, não referimo-nos simplesmente à escolha de novos métodos de resolução dos conflitos ou mecanismos de alívio do Judiciário e, tampouco, ao debate de uma nova teoria penal. A abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e altere) decisivamente na nossa maneira de pensar e agir em relação ao fenômeno “crime”.

Contudo, os anseios e as demandas que convergem para o debate da Justiça Restaurativa no Brasil são antigos, recorrentes. Outros movimentos, propostas e teorias já tentaram enfrentá-los e, igualmente, fracassaram. Basta resgatar o histórico de idéias como as penas alternativas ou os juizados especiais: projetos bem intencionados e localizados nessa mesma malha de tendências reformistas, cujos reflexos práticos foram – ou têm sido até o momento – nulos ou frustrantes.

Por isso, para que a Justiça Restaurativa não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, deve ser implementada a partir de um debate profundo, que considere as particularidades de nosso sistema de justiça, identifique os pontos em que o novo modelo pode ser testado e, principalmente, reconheça os obstáculos existentes, construindo, a partir desse reconhecimento, um discurso legitimante da Justiça Restaurativa, consoante a realidade político-institucional do país.

Nesse sentido, sinteticamente, alinharei os obstáculos ou as críticas que parecem mais sólidas, procurando respondê-las de forma a auxiliar a configuração do modelo brasileiro de Justiça Restaurativa.

1 AS GARANTIAS JURÍDICAS E O DIREITO AO PROCESSO

Os críticos da Justiça Restaurativa e da mediação em matéria penal e os obstáculos opostos por seus argumentos podem ser agrupados em dois itens: a) aqueles que acreditam no processo; e b) aqueles que acreditam na pena. Mesmo aqueles que reconhecem a inoperância de ambos os institutos e colocam-se numa perspectiva reformista, mas recusam a utilização da mediação em matéria penal, mantêm acesa uma ou outra daquelas crenças, justificando a atual situação como se fosse resultado de um suposto estágio de subdesenvolvimento cultural (má formação de juízes, promotores e advogados, decisões judiciais padronizadas e que desrespeitam os princípios garantistas e humanistas etc.) ou estrutural (número insuficiente de tribunais, falta de vagas no sistema prisional, poucos recursos para investimento na administração da justiça etc.), a ser superado com o progresso do conhecimento e da máquina judiciária, que, enfim, permitirá a aproximação da teoria e da prática.

A hipótese com que o trabalho é distinta: a falência do sistema penal não é fruto de uma fase passageira, nem tende a ser superada com a natural (?) evolução do saber penal ou das condições estruturais do Judiciário, que influiriam nas práticas punitivas e autoritárias arraigadas nas agências judiciais. Em que pesem os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder. Tudo isso garantido sob pretextos “nobres”, tais como a prevenção geral, a reinserção social ou, agora e com mais força, a segurança pública e a tranquilidade dos “cidadãos de bem”. Essa equação entre os discursos repressivos de segurança pública e as

práticas autoritárias dos operadores é o mecanismo que a justiça restaurativa propõe-se a desativar. Se isso é possível, não há como assegurar, mas é certo que há alguns indicativos positivos nesse sentido. Vejamos, então, as principais críticas e algumas respostas elaboradas.

Contudo, mesmo dentre os defensores da mediação penal há a consciência de que as garantias do processo representam talvez o maior “nó a desatar” no seu difícil desenvolvimento como resposta institucional ao delito. Guadalupe Sanzberro adverte para a existência de sérias críticas

“no que se refere aos riscos que traz para a esfera das garantias próprias de um Direito penal liberal, em concreto aquelas que derivam dos princípios de legalidade, igualdade, proporcionalidade e o princípio processual da presunção de inocência.” (1999, p. 47)

Jesús Maria Silva-Sánchez, por exemplo, refuta com veemência a mediação em matéria penal, com argumentos que valem ser observados, porquanto sintetizam o coro geral dentro do mundo jurídico contra a informalização da justiça.

Começando pela afirmação de que nas formas de “justiça negociada” “a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano” (2002, p. 69). Silva-Sánchez acrescenta que, na mediação, o direito penal aparece “como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores” e a diminuição de garantias, as quais a informalização “pode implicar”, resultaria em déficits de legalidade ou de imparcialidade, pois o que se pretende é “contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma ‘justiça do cádi’ que dê a cada situação a solução que seja ‘necessária’, sem vinculações externas” (idem, p. 70-71).

O penalista espanhol defende, ainda, que a contenção da violência social contida nas reações informais da comunidade ao crime, a redução da própria violência estatal e o planejamento de manter em limites toleráveis a comissão de delitos só podem ocorrer sobre as bases dos princípios garantistas (1992, p. 211 e 241) e, quanto à prevenção das reações informais, supõe que

“la renuncia al Derecho Penal tendría como efecto inmediato la aparición de sistemas informales de control, los cuales, dada la ausencia de

formalización y la incidencia de fenomenos coyunturales o subjetivos, se mostrarían como mucho peores cuanto al grado de intervención, que el propio Derecho Penal”

afirmando, nisso, uma legitimação plenamente garantística do direito de punir, ao ponto de dizer que essa intervenção serve para dar à coletividade uma satisfação legítima à necessidade psicológico-social de castigo (1992, p. 224).

Neste ponto, já é possível identificar uma diferença filosófica fundamental: a corrente representada pela obra de Silva-Sánchez ainda filia-se ao objetivo de *satisfazer a necessidade* (há necessidade?) psicossocial de castigo, ou seja, parte de uma premissa, equivocada, de que, *a priori*, há uma necessidade de castigar, quando a evolução da justiça penal e das leis penais, já sintetizadas por meio das visões de Durkheim (1999), Foucault (2003), Zaffaroni e Batista (2003) e Sanzberro (1999), mostra que há, na verdade, um hábito de punir que tomou conta da noção “moderna” de justiça. Esse hábito não é uma necessidade psicossocial, mas uma necessidade político-institucional, ligada, antes, ao processo de apropriação da justiça e, agora, à instrumentalização do direito penal para manter o distanciamento e o isolamento de determinadas pessoas e para rotular os “inimigos” da sociedade. A Justiça Restaurativa situa-se em outro nível: pretende abater esse sentimento punitivo, reconhecendo essa tentativa como uma etapa fundamental para a evolução da vida comunitária, cuja harmonia é mais ameaçada do que preservada pelas tendências irracionais alimentadas pela “necessidade de castigo”.

No mais, a redução da violência estatal e a contenção da violência social por meio da atuação exclusiva da justiça punitiva é um ideal que não se sustenta, embora Silva-Sánchez utilize-o como argumento central para manter o monopólio da pena como instrumento de controle do crime. Incontáveis estudos, sob ângulos diversos (antropologia, criminologia, psicologia, sociologia, direito), atestaram, à exaustão, que o atual modelo de justiça penal fracassou nessa missão, pois vem contribuindo mais para a reprodução da violência do que para sua contenção, lembrando: George Mead (1997), Pires (2004a), Garapon (1997), Nils Christie (1998) Baratta (1985), Bergalli (1996),

Zaffaroni (2003) etc. E, a partir dessa constatação e das experiências de mediação penal, diversos outros autores demonstram que o novo paradigma tem potencial para efetivar aquela missão, assim: Ceretti (2000 e 2002), Bonafé-Schmitt (1992), Haley (1992), Mannozi (2003); o que já começa a ser constatado em pesquisas, ainda incipientes, mas com resultados otimistas (Strang, 2001; Umbreit, 2002).

O que se percebe é que Silva-Sánchez parte de premissas falsas e/ou não demonstradas. Falsa é a premissa de que há uma necessidade de castigo, a qual converte-se em imposição e prescinde de verificar a *desnecessidade da pena*. Num sistema fechado e binário, esse raciocínio elimina as possibilidades de o direito penal limitar o poder punitivo, transformando-o em mero saber chancelador do exercício de um poder, sem mesmo questioná-lo. Premissas não demonstradas são aquelas de que a mediação pode implicar em déficits de legalidade e igualdade, é uma atividade sem conexão com valores ou vinculações externas. Primeiramente, essas ponderações parecem supor que, do outro lado, a justiça punitiva opera com um alto índice de respeito à legalidade e à igualdade, ou sobre uma base valorativa legítima e correspondente à diversidade e à pluralidade da sociedade contemporânea.

A realidade não é essa. A doutrina processual mais atual reconhece, com ênfase, os defeitos do atual sistema. Paula Bajer F. Martins da Costa, em profundo estudo sobre a igualdade no Direito Processual Penal brasileiro, conclui que “a legalidade não tem cumprido sua função de garantir a liberdade com igualdade”, pois nossa Constituição tem sido “relativizada por leis penais e processuais penais, bem como pela jurisprudência” (2001, p. 74), esta última refém dos discursos de segurança pública e da “fala do crime”, que confrontam o Estado de Direito, pressionando-o na direção do Estado de Polícia.

O pensamento que Silva-Sánchez representa despreza, justamente aquilo que os defensores da mediação apontam como uma interdependência necessária entre os dois sistemas (mediação e punição), de forma que, em relação de complementariedade funcional, um possa fazer o outro funcionar melhor. A preferência pela repressão como único meio de controle do crime, no fundo, revela opção extremamente conservadora e possivelmente autoritária, ou, pelo menos, com traços autoritários.

A mediação, não sendo vinculada pelos rigores das normas processuais e substanciais, consente aos indivíduos reapropriarem-se concretamente de seus conflitos e tornarem-se os sujeitos principais, mas tal potencialidade não é, em absoluto, privada de vínculos. O reconhecimento recíproco que nasce entre as pessoas diretamente envolvidas faz nascer um acordo que até pode ser diverso daquele estabelecido pela lei, mas, por ser relacionado com as expectativas dos indivíduos, deve ser, tendencialmente, mais equilibrado e congruente do ponto de vista distributivo/compensatório. Este “acordo eqüitativo” encontra, contudo, limites próprios e insuperáveis nas normas substanciais e processuais que regulam os comportamentos que deram lugar ao conflito e que não podem, de maneira alguma, serem colocadas de lado (Ceretti, 2000).

Essa construção aberta e mais flexível, contudo, não significa que a atividade de mediação ocorra ao arrepio da lei e das garantias formais. Pelo contrário, a mediação implica uma outra maneira de enxergá-las e efetivá-las. Ceretti (2000) afirma que a mediação penal não compreende aplicar diretamente a lei violada, tarefa que permanece e deve permanecer nas mãos da justiça formal e propõe uma imagem de elaboração (mais do que resolução) dos conflitos que não se situa na lei, nem fora da lei, mas sob a insígnia da lei: a finalidade da mediação seria aquela de utilizar a lei como “ponto de referência” para favorecer a aproximação entre perspectivas diversas, operação que contribuiria, ao final, para reforçar a dimensão metafórica da mesma lei. Nisso, não há qualquer risco de revogação da ordem normativa vigente, pelo contrário, esta reforça-se legitimamente quando estabilizam-se as expectativas geradas pelo preceito penal. Pois, se o preceito contém a descrição do que não se deve fazer, é sob a descrição desse fato que ocorre o encontro entre ofensor e vítima: o encontro ocorre sob a insígnia do preceito, que não é o comando a ser mediado, mas o comando a partir do qual os sujeitos em mediação vão debater maneiras restaurativas (simbólicas ou não), em uma relação face a face que contribui para criar as premissas de um novo laço social (Ceretti, 2000).

Com isso, evidencia-se que a mediação não representa um espaço privado da lei, nem privatizado em relação àquela. E, considerando que a

função simbólica da lei penal talvez seja seu papel mais proeminente na atualidade (senão único), principalmente em face das elevadas cifras negras, a mediação revela sua total compatibilidade com o direito penal.

Quanto às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla acusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*), são insuficientes, meramente formais e não agregam qualquer potencial preventivo (da violência) num sistema que trabalha com a certeza e a proporcionalidade vertical das penas. De nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e “seguro” da punição severa. O sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justifica-se, ou, melhor, obriga-se a imposição da pena cominada. Porém, num quadro emergencial, essas garantias *a priori* pouco representam.

A realidade é que tais garantias são insuficientes. Se, conforme constata Geraldo Prado,

“a cultura que conformou a sociedade e teve papel de destaque na formação dos Estados latino-americanos é predominantemente autoritária e não costuma ceder frente ao princípio da legalidade” (2002, p. 93)

é evidente que as demais garantias, como corolários da legalidade, também vem sendo derogadas ou mitigadas pela prática das agências judiciais.

Na mesma direção, Ghiringhelli de Azevedo reconhece a importância das regras e garantias jurídicas que visam a controlar o poder de punir, mas assevera que

“algumas dessas regras de funcionamento estão longe de produzir todos os efeitos desejados, seja porque são neutralizadas ou derogadas por outras práticas da justiça penal e de suas instâncias auxiliares, seja porque a situação fática se alterou tanto desde que foram criadas que perderam de todo a eficácia.” (2002, p. 62)

Assim, mesmo a legalidade, princípio vetor do sistema garantista, revela-se uma segurança básica e inútil ante à expansão do direito penal. Num

sistema hiperinflacionado, onde existem leis para incriminar a generalidade das condutas, surge um dado de situação fática que minimiza muito tal garantia: *nullum crimine sine legge* de nada adianta se existem *legges* em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva. Carlos Enrique Arenillas (2004, p. 2) lembra que, na prática, o “*principio de legalidad que no es otra cosa que la reacción estatal, inexorable en todos los casos y con la misma energía, frente al delito*”.

Ainda, quanto à compatibilidade do sistema de garantias com a mediação penal, nada melhor de que remeter ao pensamento de Luigi Ferrajoli, que, ao debater as possibilidades de controle social alternativo, elenca quatro modelos privados de qualquer garantia contra a opressão e o arbítrio. Nenhum deles refere-se à perspectiva da Justiça Restaurativa construída através da mediação penal, pelo que o garantismo não veda ou, ao menos, deixa uma porta aberta para a consideração dessa idéia.

Os sistemas de controle antigarantistas seriam: (a) social-selvagem, expresso nos ordenamentos arcaicos, baseados na lei do mais forte, na vingança de sangue, duelo etc.; (b) estatal-selvagem, expresso nos ordenamentos despóticos antigos e nos modernos autoritários, onde a pena é imposta de acordo com os interesses de quem a comina; (c) social-disciplinar, próprio das comunidades moralistas ou ideologizadas, que submetem o indivíduo a forte autocensura, pressões coletivas, policiamento e linchamento moral, demonização pública etc.; (d) estatal-disciplinar, produto tipicamente moderno, caracterizado pelo desenvolvimento de funções preventivas de polícia e segurança pública, de vigilância etc. (Ferrajoli, 1998, p. 514-515)¹.

Geraldo Prado (2002) e Aury Lopes Jr. (2002), ainda, sustentam que as formas de justiça consensual afetam uma garantia básica: o *direito ao processo, justo e de qualidade*. Lopes Jr., com mais intensidade, critica a “eficiência antigarantista”, que estaria na base de todos os movimentos de justiça consensual, sendo comum a crítica à ideologia utilitarista, refletida nas idéias de “fazer justiça rápido”, pois, “quando discutimos a justiça negociada, estabelece-se o conflito garantismo *versus* utilitarismo” (Lopes Jr., 2002, p. 113).

Pois bem: as críticas dos processualistas pátrios procedem. Ocorre que ambos, corretamente, lançam suas observações a partir do modelo de justiça consensual introduzido no Brasil pela Lei nº 69.099/1995 e no *plea bargaining* anglo-saxão, com os quais os fundamentos da proposta de mediação penal em nada se identificam.

Primeiramente, a celeridade não está na pauta do projeto da Justiça Restaurativa. Pelo contrário, as sessões de mediação ou os círculos podem se multiplicar, sempre que o facilitador ou mesmo as partes verificarem essa necessidade. Logo, nem sempre que se discute a justiça negociada estabelece-se uma oposição entre garantismo e utilitarismo. Por tudo o quanto foi exposto nos capítulos anteriores, fica evidente que os melhores projetos de mediação e Justiça Restaurativa procuram manter distância cautelosa dos utilitaristas, embora, é claro, sempre exista a pressão para transformar a mediação em mero instrumento de alívio da carga de trabalho dos tribunais.

Cindindo a expressão que resume a preocupação dos autores (*direito ao processo, justo e de qualidade*), vejamos primeiro que o direito ao processo mantém-se intacto no modelo de Justiça Restaurativa, que tem como finalidade a mediação. Colocando-se a voluntariedade como requisito básico – e não como direito público subjetivo – sempre que assim quiserem, quaisquer das partes podem recusar o envio do caso ao ofício de mediação, excercendo seu direito ao processo. Por outro lado, o *direito ao processo* deve ser concebido como direito, não como obrigação, ou seja: *o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo*, naquelas circunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais, como a reparação-conciliação, a qual entendemos que só pode ter lugar no espaço extrajudicial e extraprocessual da mediação.

É razoável supor que ter *direito* a alguma coisa compreende, necessariamente, a opção de não usufruir dela, não recorrer ou, pelo menos, renunciar. Se a opção transforma-se em imposição, não há como falar em *direito ao processo*. O direito a ser compelido a participar do processo penal reduz o alegado direito ao processo, ao direito de defesa para o acusado e ao direito de ser testemunha (?) e não encontrar-se com o acusado para a vítima. A opção, voluntária, livre, informada e regulada para apropriar-se do conflito,

discuti-lo e, eventualmente, negociar uma solução, tem que ser incluída na pauta de decisões públicas que consolidam o direito ao processo. Sem essa possibilidade, tal direito não existe.

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Estrasburgo (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) tem repetidamente determinado que o infrator pode abdicar do direito de acesso ao tribunal “desde que esta abdicção seja alvo de estrita vigilância”. Tanto assim que, no caso *Deweer*, estabeleceu que o fundamental é que a decisão de abdicar ao processo ocorra sob condições adequadas, ou seja, em circunstâncias que o acusado não seja coagido, forçado ou induzido a aceitar a proposta de discutir uma solução consensual (Groenhuijsen, 2003, p. 112). É o que neste trabalho chamamos de consenso informado à participação na mediação.

Tanto a transação penal e a conciliação da Lei nº 9.099/1995, como o *plea bargaining* do Direito anglo-saxão, são exemplos de justiça consensual que não se aplicam à Justiça Restaurativa, muito pelo contrário: esta procura distanciar-se daqueles instrumentos autoritários e/ou burocráticos, que impõem uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação.

O *garantismo positivo* afasta, definitivamente, as garantias jurídicas como obstáculo à mediação. O conceito de garantismo positivo foi desenvolvido por Alessandro Baratta e, segundo Dias Neto (2005, p. 103), orienta-se não somente à contenção do poder punitivo estatal “através dos chamados direitos de defesa, mas à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, o que inclui os direitos de prestação positiva”. Funda-se na constatação da fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça e propõe, sem abrir mão daquelas, estabelecer formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de “uma política integral de proteção dos direitos” (Baratta, 1999, p. 108), que passa pela reestruturação do direito punitivo como *ultima ratio* e reconhece sua esfera de competência em relação a outros instrumentos de intervenção (Dias Neto, 2005, p. 104), dentre os quais pode inserir-se a mediação.

Para compreender o conceito, vale recorrer à metáfora de Álvaro Pires (2004b), para quem as garantias formais construíram a *linha Maginot*² do direito penal, pois fornecem um sentimento de segurança ilusório, uma vez que não se prestaram, na história do direito, como respostas suficientes contra a severidade das penas (Pires, *idem*, p. 17) e tampouco cumpriram a missão de autolimitação do poder do soberano. Portanto, faz-se necessária uma construção que permita que o princípio da *ultima ratio* obtenha uma “recepção na estrutura normativa interna do direito penal”, funcionando com “princípio motor de garantias *positivas* e de autocontrole interno do direito penal” (*idem*, p. 18). E, para Pires, isso impõe a aceitação de outras formas de resolução do conflito que não somente a punição, para que o tribunal penal possa, por exemplo, aceitar o acordo entre as partes num grande número de situações, por um lado, e, por outro, permitir outros tipos de sanções não aflitivas (*idem*).

A imagem da *linha Maginot* funda-se no fato de que

“a experiência dos últimos tempos demonstrou que o garantismo é frágil, tanto como teoria, como prática, se agir somente como um limite, e não também como um projeto: se limita-se a dizer que coisa não se deve fazer, quais são os meios e fins do exercício da função punitiva [...] e não oferece também indicações positivas para uma política de proteção dos direitos.” (Baratta, no prefácio de Moccia, 1997b)

Assim, segundo Baratta, o que faz-se necessário é a integração entre um discurso crítico e outro propositivo, entre o controle negativo e o controle positivo, construindo o garantismo sobre uma base *multidisciplinar*, como a emancipação de todas as necessidades reais, a proteção dos direitos fundamentais em face de todo tipo de repressão, pois uma visão meramente “defensiva e formalística da política de direitos” é insuficiente no cenário mundial de emergência repressiva e presta-se, somente, a um garantismo de padrões, um “pseudogarantismo”, um garantismo “só penal”.

Assim, o ponto de partida é simples: “As proteções do processo para a cuidadosa determinação da culpa são mais importantes se culpa significa a perda da liberdade” (Haley, 1992, p. 118-119), *mutatis mutandí*, com a eliminação da possibilidade de pena aflitiva, torna-se possível trabalhar em outro nível de garantias, seguindo o conceito de Baratta, que afirmou a

necessidade de pensar em termos de “garantias positivas” e não somente em “garantias negativas” dirigidas a limitar a ação estatal.

A perspectiva restaurativa oferece uma oportunidade de emancipação para ofensor e vítima em relação ao conflito e emancipação do direito penal em relação às teorias da pena, sem expor o ofensor a qualquer risco de sancionamento; pelo contrário, aumenta a oferta de reações penais disponíveis, garantindo uma chance positiva de enfrentar as conseqüências do crime sem recorrer à pena afliitiva e sequer ao processo judiciário.

2 A “NECESSIDADE DE PUNIR” (OU A RACIONALIDADE PENAL MODERNA)

Na história do pensamento penal, sucederam-se escolas e teorias que, convergindo para a “necessidade de punir”, enraizaram esse sistema de pensar e agir (a racionalidade penal moderna) em postulados intocáveis: (i) obrigação prática e política de punir; (ii) analogia entre crime e pena; (iii) proporcionalidade vertical (cresce a “criminalidade”, aumentam as penas...); e (iv) exclusão das alternativas (penas e medidas), conforme a análise de Álvaro Pires (1998), adotada com linha condutora para muitas conclusões deste trabalho.

Em breve síntese, a racionalidade penal moderna, conforme a construção de Pires, é um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal”, tal como a expressão é empregada neste trabalho. Essa maneira de pensar o sistema penal assumiu, no Ocidente, uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento, mesmo dos sistemas jurídicos “extra-penais”, especialmente a partir da segunda metade do século XVIII (Pires, 2004a), quando, dentre outras, foi publicada a obra clássica de Beccaria. Esse sistema, ou melhor, esse subsistema do sistema jurídico é a chamada racionalidade penal moderna. Subsistema, pois, a partir da Escola Clássica, passou a produzir uma maneira de pensar e fazer a justiça penal de forma totalmente desvinculada da globalidade do ordenamento e das outras formas “não penais” de enfrentamento do seu objeto (o crime). E, enraizando-se nos postulados

mencionados acima, essa racionalidade constituiu-se em um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação” (idem, p. 43), encapsulando tal questão dentro de uma “estrutura normativa telescópica”, segundo a expressão de Pires. Telescópica, pois justapõe sempre uma norma de *sanção* a uma norma de *comportamento*, numa relação fantasiosa de necessidade e identidade entre ambas (daí a analogia, a proporcionalidade vertical, a obrigação de punir e a exclusão das alternativas). Uma rápida revisão da evolução do pensamento penal moderno demonstra que todas as contribuições até hoje mais destacadas unem-se por um mesmo radical: a *obrigação de punir* (Pires, 1998 e 1999):

“Em suma no início do século XIX, já se tinha em nossa cultura jurídica pelo menos três ‘boas’ razões de punir sem trégua: uma necessidade prática, uma necessidade moral e uma necessidade jurídica. Vocês podem combiná-las ou escolher sua preferida.” (Pires, 1999, p. 82)

Inegavelmente, a expansão dessa racionalidade se deu por força das teorias da pena e dos discursos nelas apoiados, os quais, em conjunto, representam o grande obstáculo à adoção de formas não repressivas de controle e resposta institucional ao crime.

As teorias da pena podem ser resumidas por meio de quatro vocábulos, que, à evidência, povoam o senso comum que comanda a atividade dos operadores do sistema penal: *retribuição*, *reeducação*, *dissuasão*, *denúnciação*.

Na vertente retributiva, encontram-se as concepções mais vindicativas: o mal (crime) se paga com o mal (pena), logo, a pena é um mal necessário ou um imperativo categórico. No campo da reeducação, traduzida na dogmática penal como prevenção especial, podem situar-se todas as doutrinas que preconizam objetivos, como a “recuperação do delinqüente”, ressocialização ou reinserção social, finalidades já esmaecidas pela realidade, que demonstra, à exaustão, que o sistema penal é fonte de dessocialização ou “escola do crime” etc.

Modernamente, visando a superar tais teorias, filosoficamente desgastadas e empiricamente falidas, num ramo teórico rotulado como prevenção geral, abarcam-se as doutrinas de *dissuasão* e/ou *denúnciação*:

pune-se para dar o exemplo, para dissuadir os demais cidadãos de praticar aquela conduta proibida e rotulada como crime, ou seja, a pena, mesmo que de forma metafísica, funcionaria como um contra-estímulo ao crime. Ou, ainda, pune-se pois é necessário revelar perante a sociedade o funcionamento da ordem normativa, denunciando aquela conduta como punível e efetivamente punida. Assim, todas as teorias, expostas de forma sumária, servem para caucionar a idéia de que é *necessário* punir sempre e de preferência com rigor. Daí em diante, as garantias individuais e as expectativas legítimas das pessoas envolvidas no conflito passam a constituir-se num “detalhe”, quando não um óbice, a ser superado para atingir-se os nobres fins da pena, ou seja, para justificar o exercício do poder punitivo.

A pena, como elemento central da racionalidade penal moderna, fundou-se, então, em teorias mais justificativas do que legitimadoras: a natureza da pena é retributiva, não há como continuar sustentando o contrário. Mesmo que sob funções manifestamente preventivas, as funções latentes da pena são a imposição de sofrimento e a estigmatização, a exclusão da vítima e a apropriação de sua voz como forma de manter um sistema de castigos calculados (racionalmente), que nada previne. Mais ilude do que previne. Por isso, a elaboração de uma nova racionalidade penal parte da aceitação de uma teoria agnóstica da pena e da conseqüente reformulação da idéia de prevenção (aprofundo ambos os aspectos no livro *Justiça restaurativa e mediação penal*, Lumen Juris, 2007).

3 UTILITARISMO OU EFICIENTISMO JURÍDICO-PENAL

O utilitarismo ou efficientismo jurídico-penal representa uma dupla barreira à proposta em estudo e traz um paradoxo: para os garantistas e defensores de uma intervenção penal mais respeitosa aos direitos humanos, a eficácia utilitária (assim descrita por Aury Lopes Jr.: obtenção de resultado + fator tempo) é inaceitável, pois expõe o cidadão a uma lógica perversa, onde o que importa é o resultado célere do processo, pelo que, atropelam-se critérios de justiça e equidade. Já para os movimentos repressivos de “lei e ordem”, a

eficácia do direito penal depende da resposta sancionatória forte, da severidade máxima, as quais não podem aceitar uma “justiça doce”, sem pena e sem castigo, como ocorre com a mediação. Se movimentos ideologicamente antagônicos utilizam o mesmo argumento, mas distorcem-no conforme seus propósitos para criticar uma mesma idéia, algo está errado.

Essas críticas não procedem, pois partem de premissas equivocadas: de um lado, não é verdade que a Justiça Restaurativa se insira dentro de uma lógica de celeridade e obtenção de resultado a qualquer custo, pelo contrário, o fator tempo não importa e a solução consensual ou o eventual acordo não são metas da mediação penal. De outro, já está demonstrado à exaustão a falácia da panacéia da repressão penal, pois a eficácia do direito penal não aumenta proporcionalmente ao aumento da severidade da pena, assim como não diminui com a redução dos graus de aflição impostos.

Contudo, essa é uma barreira difícil de ser removida, uma vez que a dramatização do crime, a ritualização da violência e a manipulação do medo pressionam uma sociedade insegura no sentido único da crença na repressão penal. O fracasso ou a inexistência de outras políticas públicas de reforço do sentimento de segurança resulta, inevitavelmente, no discurso contra a impunidade, situando-a como único e principal fator responsável por uma série de problemas que, somados, aumentam aquela sensação de insegurança. Além disso, a potencializar o obstáculo, há que se considerar que as necessidades reais de segurança são sabidamente inferiores àquele sentimento de insegurança.

A única maneira de enfrentar esse óbice é assumindo um discurso radicalmente pragmático, pois, infelizmente, a sociedade contemporânea está brutalizada (em grande parte pela reação institucional aos conflitos) e não aceita sequer ponderar argumentos de cunho humanista. O pragmatismo, então, apontaria para os resultados de cada um dos sistemas (mediação e punição), procurando responder à seguinte indagação: se a eficiência almejada consiste na redução da criminalidade e da violência, quais os êxitos do modelo vigente de justiça penal? Vale dizer, se a opção é eficientista, isto significa que o que importa são os resultados.

Desnecessário repetir dados e estatísticas que indicam, sem a menor margem de dúvida, que a atuação da justiça penal é um fator criminógeno destacado, posto que estimula a reincidência. Como afirmado anteriormente “antes de evitar a reincidência, o aparelho punitivo – centrado na pena de prisão – incita a recidiva” (Sica, 2002)³. Os elevados índices de reincidência, por si só, serviriam para desmontar o argumento do eficientismo ínsito aos discursos repressivos de “lei e ordem”. Não bastasse essa constatação, o crescimento geral ou a ausência de decréscimo substancial nas taxas de criminalidade também reforçam a conclusão de que o atual sistema fracassou nessa busca por resultados.

Restaria, então, voltar-se para as experiências de Justiça Restaurativa em curso e tentar extrair delas alguns resultados. Nesse sentido, é importante registrar que, como se tratam de experiências incipientes ou recentes, é muito difícil obter alguma conclusão segura em relação ao efeito real da Justiça Restaurativa em relação à diminuição da reincidência e do número de crimes cometidos. Mas há pesquisas que indicam alguns bons resultados.

Na Inglaterra, foi realizado um estudo comparativo entre o impacto das cautelas restaurativas e das cautelas tradicionais impostas pela polícia (Wilcox; Young; Hoyle, 2004) nas taxas de reincidência (*resanctioning*, que, na verdade, ocorre quando uma pessoa recebe outra condenação ou outra advertência policial). Num período de 2 anos, a pesquisa analisou a reincidência em relação a 29.000 ofensores oriundos de três forças policiais distintas: Sussex e Warwickshire, em que a polícia usa os métodos tradicionais, e da região do Vale do Tâmesa, em que a polícia usa as chamadas cautelas restaurativas. No Vale do Tâmesa ocorreu uma queda nas taxas de reincidência significativamente maior do que nas outras duas jurisdições, muito embora todas as três regiões tenham apresentado taxas decrescentes no período, o que, em princípio, não permite concluir que as práticas restaurativas foram o fator decisivo para o abatimento da reincidência, conforme concluem os próprios autores, que consideram prematuro afirmar isso num período curto de observação.

No entanto, os pesquisadores adicionam duas observações: primeiro, não há qualquer evidência de que as práticas restaurativas aumentem a

reincidência, o que é significativo, pois as práticas prisionais e punitivas já demonstraram que são causas de aumento da reincidência. Segundo, a Justiça Restaurativa proporciona muitos resultados positivos para vítimas e ofensores em relação ao impacto da atuação da justiça sobre eles (ajuda o ofensor a entender o impacto do crime, facilita a reparação simbólica e material à vítima e, principalmente, proporciona um *sentimento de solução do problema*).

Na Nova Zelândia, pesquisa sobre os resultados do *Rotorua Second Chance Community-Managed Restorative Justice Program* e do *Wanganui Community-Managed Restorative Justice Program* indicaram, no mesmo sentido, duas conclusões importantes, uma objetiva: os programas restaurativos não aumentaram as taxas de reincidência; e outra subjetiva: os níveis de satisfação dos participantes com o resultado dos programas é muito alto, aumentando a percepção de justiça naquelas comunidades (no programa Rotorua, 83% das vítimas ficaram satisfeitas com o acordo e 95% satisfeitas com a oportunidade do encontro e 90% dos ofensores cumpriram o acordo satisfatoriamente; no programa Wanganui, 90% das vítimas ficaram satisfeitas com sua participação no encontro restaurativo).

O estudo mais relevante em relação ao impacto da Justiça Restaurativa na reincidência criminal foi produzido na Austrália e ficou conhecido como *Rise (Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments)* (Sherman; Strang; Woods, 2000). Jovens envolvidos apenas em crimes violentos e cujos casos foram encaminhados ao projeto Rise, reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à justiça penal. O dado mais interessante da pesquisa foi que essa alta queda na reincidência só ocorreu especificamente nos crimes violentos, não sendo auferida, por exemplo, nos crimes de trânsito e outros. Na Nova Zelândia, a Justiça Restaurativa também vem apresentando resultados concretos de abatimento da reincidência (ver tópico 2.1.1).

Scardacione, Baldry e Scali (1998, p. 19) referem-se a pesquisas feitas nos EUA, que apontaram resultados positivos na redução de reincidência, obtidos em programas de *probation* associados à reparação do dano. Comparando os programas de *probation* sem finalidade restaurativa com aqueles em que se incluiu um acordo restaurativo, constatou-se uma

diminuição da reincidência 6% maior no segundo grupo, o que demonstra que, de fato, mesmo medidas alternativas não conseguem ser tão efetivas se aplicadas dentro do modelo punitivo ou sob sua lógica.

Vê-se que os dados “eficientistas” mais claros dizem respeito à satisfação dos participantes nos programas restaurativos, o que não pode ser desconsiderado, pois isso tem relação direta com a sensação de insegurança que impulsiona os discursos repressivos. Um maior nível de satisfação com a atuação da justiça, evidentemente, resultará numa percepção maior de eficiência do sistema de justiça. Essa constatação remete ao problema da percepção de realização de justiça, que, no fundo, é o fator utilizado pelos discursos populistas contra a “impunidade”, que manipulam o medo social e buscam caucionar a seguinte idéia: só a punição traz justiça. E, dentre outros fatores, o que mantém essa visão equivocada é a imagem bélica do direito penal que, na linha do eficientismo, soma-se como obstáculo a qualquer inovação na maneira de lidar com a questão criminal.

4 A IMAGEM BÉLICA DO DIREITO PENAL E A PERCEPÇÃO DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA

A terminologia bélica usualmente associada à justiça penal (guerra contra as drogas, batalha contra o crime etc.) revela, mais do que um deslize de linguagem, a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência. É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando guerra (essa, enfim, é a contradição incorporada pela “doutrina Bush”). Mais do que isso, a comparação busca esconder uma evidência, bem detectada por John Holloway e Eloísa Peláez, “o problema com a metáfora é que sugere que haja simetria entre as partes em conflito: na guerra, um exército é a imagem refletida do outro” (2002, p. 221). Assim, ao mergulharmos nesse jogo, poderemos, ao invés de buscar a almejada paz, estar caminhando para uma guerra infinita.

Esta imagem bélica, erigida a partir do discurso jurídico-penal (Zaffaroni; Batista, 2003), ganha mais força com o fenômeno da *juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal* (Pires, 2004a)⁴, fortemente

condicionado pela idéia de eficiência exposta no tópico acima. O que se propõe é avaliar se a mediação penal aumenta ou diminui a sensação de insegurança e o sentimento de injustiça generalizado. A diminuição parece ser difícil, uma vez que a sociedade contemporânea foi domesticada para acreditar que segurança e paz são fatores diretamente dependentes do grau de repressão estatal aos fatos rotulados como crime⁵.

Essa recepção do público pelo sistema penal multiplicou-se nas últimas décadas em virtude, dentre outras coisas, “da difusão midiática cada vez maior de várias tramas discursivas da racionalidade penal moderna” (Pires, 2004a, p. 51), o que pode ser notado pela propagação quase folclórica daquela máxima de Beccaria (o que intimida o criminoso é a certeza da punição), que passou a ser veiculada pelos mais diversos meios e repetiu-se como bordão na voz de pessoas das mais variadas tendências.

Esta citação é um sinal da força da juridicização da opinião pública pelo sistema penal. A midiatização (tardia) da racionalidade penal moderna, na era da informação, repercute decisivamente nas políticas públicas de controle do crime e, mais ainda, na atuação do Poder Judiciário, seja na decisão de casos, seja nas barreiras institucionais que as suas agências levantam contra qualquer nova abordagem do problema criminal que se distancie das máximas punitivas impregnadas no senso comum. A punição, num sentido forte, torna-se a regra geral e a exemplaridade uma necessidade social de justiça, fazendo perenes as já desgastadas palavras de Beccaria⁶. E, como a Justiça Restaurativa não trabalha com a dimensão da repressão, da punição ou com aquelas categorias difundidas pela racionalidade penal moderna, não poderia, então, lidar satisfatoriamente com a percepção de justiça apoiada nas bases do pensamento do velho marquês.

A difusão dessa imagem bélica consolida aquele auto-retrato essencialmente repressivo da justiça penal, fundado na identidade crime/pena e, logo, fortalece a idéia de que a pena é um imperativo de realização da justiça. Logo, qualquer reação penal que aponte a desnecessidade de pena é refutada, tanto pelo sistema como pelo seu público.

No entanto, há pesquisas que apontam o contrário: a Justiça Restaurativa amplia a sensação de realização de justiça nas comunidades, assim como

contribuiu para “consertar” a visão equivocada acerca da questão criminal, demonstrando que a (i) ação dos tribunais, por si só, não determina o aumento ou decréscimo da criminalidade e (ii) o controle do crime não é (só) um problema de polícia e nem (só) uma questão de aplicação da norma violada.

Analisando a experiência de mediação penal nos centros de Coventry e Leeds, considerados dentre os mais desenvolvidos na Inglaterra, Umbreit e Roberts (1997) colheram dados interessantes em relação à percepção de justiça dos participantes. Ambos os centros foram instituídos em 1985, atendiam, à época da pesquisa, uma população de, respectivamente, 300.000 e 500.000 pessoas, prevendo a voluntariedade como requisito básico, sendo que, em Coventry, 41% dos casos enviados pelo tribunal evoluíram para a mediação, sendo 16% em mediação direta e 84% indireta; (basicamente eram casos de crimes menores ou cometidos por menores); em Leeds, 49% dos casos enviados evoluíram para a mediação, 16% na forma direta, 84% indireta (Umbreit; Roberts, 1997, p. 70-71).

Quanto à satisfação das vítimas, em Coventry, 62% daquelas que participaram da mediação disseram-se satisfeitas com a justiça; em oposição, 55% daquelas que não participaram manifestaram a mesma satisfação, apontando uma ligeira diferença. Importante notar que houve uma diferença mais substancial quando limitou-se a pesquisa às vítimas que participaram de mediação direta: 84% mostraram-se satisfeitas. Em relação aos ofensores, a diferença em ambos os centros foi maior: 79% ficaram satisfeitos com a mediação, contra 55% de satisfação dentre aqueles que não participaram. No entanto, as respostas mais relevantes para indicar a percepção de justiça foram aquelas dadas ao seguinte quesito: “Qual a percepção de correção do sistema judiciário expressada pelos ofensores e vítimas de crimes que participaram da mediação”: 71% das vítimas que participaram de mediação direta expressaram um juízo mais favorável à mediação do que ao sistema tradicional e 50% das participantes de mediação indireta expressaram o mesmo sentimento. Entre os ofensores, 89% dos que participaram da mediação evidenciaram uma percepção de maior retidão no confronto com o sistema judiciário, enquanto apenas 56% dos que não participaram da mediação exprimiram a mesma percepção (“a mediação me parece uma coisa positiva”...

“me ofereceu a oportunidade de compreender o que sentiu a vítima”, foram algumas das respostas) (idem).

A despeito dos dados mais favoráveis surgirem das respostas dos ofensores, as respostas mais positivas, no sentido de que a mediação reforça a percepção de realização de justiça, foram dadas pelas vítimas: 90% disseram que entraram na mediação para poder exprimir o impacto do crime em sua vida, 80% consideravam que o mais importante era “receber respostas” às suas aflições e 73% receber desculpas. Ainda, 65% acharam muito importante ter a chance de negociar uma reparação diretamente (é o sentimento de *empowerment*). Quanto ao *temor da vítima de sofrer uma nova vitimização*, apenas 16% daquelas que participaram em ambos os projetos manifestaram esse medo, contra 33% daquelas que não participaram. Esse dado é bastante significativo para apontar uma possibilidade real, e não simbólica, de reforçar o sentimento de segurança na comunidade. Wemmers e Canuto (2002, p. 8) encontraram dados semelhantes quanto ao decréscimo do sentimento de vitimização (23% vs. 10%), sugerindo que a mediação pode ter impacto positivo nas emoções das vítimas, abatendo a sensação de insegurança por elas vivida e, conseqüentemente, por meio delas espriada para a comunidade.

Apesar desses indicativos favoráveis, Wemmers e Canuto sublinham que algumas vítimas sentem-se revitimizadas quando são pressionadas, de alguma forma, a participar da mediação, daí a importância de reforçar o papel do mediador na fase de preparação, como elemento de garantia de voluntariedade (a *escolha informada* para as vítimas).

Na direção da superação do déficit comunicativo, 93% dos ofensores afirmaram que foi muito importante poder dizer para a vítima o que ocorreu do seu ponto de vista.

Em Coventry e Leeds, sintetizando: (i) vítimas e ofensores que tomaram parte da mediação expressaram uma maior satisfação e uma percepção de maior correição na resposta oferecida a eles pelo sistema judiciário em relação àqueles que não participaram da mediação; (ii) as vítimas que participaram da mediação têm menos medo de sofrer uma nova ofensa do mesmo autor; (iii) os níveis de satisfação são maiores quando se realiza a mediação direta que, no

entanto, segue sendo menos utilizada do que a indireta (idem, p. 81-83). Por isso, Umbreit e Roberts concluíram que a participação de vítimas e ofensores na mediação aumentou o grau de satisfação de ambos no confronto com o sistema penal, de maneira análoga ao que foi constatado por pesquisas efetuadas no Canadá e nos EUA, que evidenciaram um elevado nível de satisfação em respeito ao processo e ao resultado da mediação e a diminuição do medo nas vítimas.

A referência aos EUA remete a outra pesquisa, também desenvolvida por Mark Umbreit (1992). Durante anos o autor cruzou dados do Centro de Mediação de Minneapolis, que começou a receber casos dos tribunais em 1985, com outros centros (St. Paul, Oakland e Albuquerque), obtendo resultados semelhantes.

Quanto à *percepção de justiça com o tratamento do caso pelo sistema*, 85% das vítimas encaminhadas à mediação indicaram que o caso foi tratado com justiça, contra 39% de respostas iguais dentre as vítimas não enviadas à mediação. Dentre os ofensores, 95% vs. 79%. Quanto à *revitimização*, os resultados foram mais destacados: *antes da mediação, 24% das vítimas expressaram medo de que o ofensor voltasse a delinquir e, após a mediação, o número caiu para 6%* (no centro de Albuquerque, a variação foi de 27% para 0% e em Minneapolis de 24% para 4%, enquanto em Oakland, a variação foi oposta, de 19%, pré-mediação para 20% pós-mediação, o que revela que a mediação não é uma panacéia e que os projetos devem ser geridos de acordo com cada contexto operativo). Seguindo o mesmo método, medindo as respostas pré-mediação e pós-mediação, Umbreit constatou também um declínio no sentimento de raiva em relação ao crime de 64% pré-mediação, para 47% pós-mediação (idem, p. 443).

Na Alemanha, Kerner, Marks e Schreckling (1992) avaliaram a aceitação do projeto de mediação (*Waage*, em Colônia) desenvolvido desde o final de década de 80, e constaram que 64,5% das vítimas estavam “predominantemente” ou “completamente” satisfeitas com o resultado negociado; 79,1% “predominantemente” ou “completamente” satisfeitas com a assistência oferecida pelo projeto e 61,1% “muito provavelmente” ou “definitivamente” participariam novamente do projeto (contra 13,9% que

responderam “nunca mais” ou “provavelmente nunca mais”). Após anos de funcionamento do projeto, foram feitas entrevistas com a população para orientar reformas do sistema de justiça, sendo que as respostas revelaram a potencialidade da mediação para abater as demandas punitivas e os sentimentos de vingança e repressão que condicionam a percepção de justiça: 27,8% das vítimas votaram pela introdução da mediação como *diversion* da persecução criminal; 37,5% acharam que a mediação deveria fazer parte do processo penal e apenas 9,7% votaram para manter “apenas a persecução criminal” (22,2% não opinaram e 2,8% responderam “nem mediação, nem processo penal”).

Curiosamente, outros dados obtidos por Kerner, Marks e Schreckling (1992, p. 38-41) mostraram que, a despeito da boa aceitação pela população, muitas instituições judiciárias sequer responderam aos questionários sobre mediação ou, quando responderam, demonstraram baixos níveis de engajamento, pois, mesmo dentre as jurisdições que têm serviço de mediação disponível, auferiu-se pouco interesse das autoridades em recorrer à nova abordagem.

Essa última constatação, até certo ponto antecipada por diversos autores, demonstra que o Poder Público procura compensar sua debilidade e falta de legitimidade concentrando a sua (e a nossa) atenção no exercício do poder punitivo. Incumbe ao saber jurídico-penal organizar discursivamente o mundo como convém a quem esta organização favorece, sendo que essa organização discursiva ganha uma dimensão extremada no momento em que os meios de comunicação e a opinião pública são judicializados⁷. Os tribunais passam a agir como receptores e geradores de expectativas que extrapolam a decisão do caso concreto.

Fazendo um paralelo com a visão crítica de Noam Chomsky, é possível sugerir uma das razões da manutenção da imagem bélica pelos próprios tribunais: “O tom marcial traz benefícios maiores para os que defendem a violência e a repressão estatais a fim de assegurar privilégios” (2003, p. 159).

Esse quadro, por um lado, confirma a existência de um forte obstáculo (interno e externo) à qualquer forma de justiça informal e não repressiva. Por outro lado, ratifica a necessidade de (i) desmontar essa equação falsa que

sustenta atuação dos tribunais e opinião pública numa aparência de justiça extremamente contraditória e essencialmente irreal e (ii) controlar “a propensão a uma justiça repressiva, errática ou mais preocupada com o que é exterior ao próprio caso” (Pires, 2004a), voltando-a para a dimensão real, individual e humana de cada conflito.

5 EXPANSÃO DA REDE DE CONTROLE PENAL E PRIVATIZAÇÃO (EFEITO *NET-WIDENNING*)

Aqui se agrupam as críticas que enxergam na mediação penal um contínuo do ideal neoliberal e do processo de globalização⁸, no sentido de enfraquecer o Estado e retirá-lo de suas funções primordiais, promovendo a “mercantilização” ou “comercialização” da justiça penal, a falta de controle jurisdicional (Salo de Carvalho, 2002) e a suposta valorização dos interesses das partes em detrimento do interesse público, daí o rótulo privatização.

Nessa mesma linha, há uma forte preocupação de que a institucionalização das práticas de mediação no campo penal resulte na expansão das redes de controle (efeito *net-widening*), com inclusão na área de criminalização de uma enormidade de conflitos banais ou a recriminalização de meras incivildades, conforme, de fato, ocorreu com os Juizados Especiais Criminais no Brasil (Ghiringhelli de Azevedo, 2000), os quais, por exemplo, reprimaram uma série de contravenções penais e delitos menores que, antes da edição de Lei nº 9.099/1995, já tinham perdido a relevância penal. Massimo Pavarini (2002) adverte para esse perigo, pois quanto mais se difunde a área da criminalização além da esfera do socialmente demarcado como merecedor de censura, não só se produz censura em excesso, mas também cria-se o risco de enfraquecer também aquelas áreas originariamente previstas como merecedora de censura.

A primeira crítica, assim como muitas das outras, está baseada na observação do modelo de justiça consensual introduzido no Brasil pela Lei nº 9.099/1995 e no seu funcionamento real. No Brasil, é fato que a justiça consensual resume-se ao objetivo utilitário de esvaziar prateleiras e aliviar a

máquina estatal de suas funções essenciais. Nada mais. E a expansão do controle penal é um efeito colateral da sobreposição de duas lógicas distintas e incompatíveis (punitiva e consensual). Tais críticas, entretanto, não se aplicam à Justiça Restaurativa, que preconiza o estabelecimento de dois espaços distintos, mantendo a solução negociada afastada do processo penal.

Mosconi (2000, p. 71) lembra que, sempre que se fala em mediação penal, coloca-se o problema de como mantê-la em uma perspectiva tal que não venha simplesmente a configurar-se como privatização do conflito, mas constitua um instrumento de produção de significado social, de modificação de situações socialmente relevantes, de reorganização da construção social do problema e de difusão de um consenso mais amplo, tanto ao nível do contexto particular em que a mediação ocorre, quanto no complexo quadro de transformações culturais e sociais.

Respondendo, o mesmo autor diz que:

“O consenso pode, nesse ponto, ser lido como um modelo de esferas concêntricas que, partindo dos dois sujeitos em conflito, se alarga à dimensão territorial em que o conflito ocorreu, à dimensão amplamente social em cujo âmbito a mediação atua.”

Em termos mais amplos, a mediação atuaria “como a tutela dos direitos humanos de um lado, mas também a reconstrução da definição legal dos problemas” (idem). Assim, ao perigo de *privatização*, opõe-se o projeto de mediação definido como forma de *apropriação e democratização da gestão dos conflitos* e, ao risco de *expansão*, surge o novo modelo como uma via de *ampliação do acesso à justiça*. Ambos os aspectos serão tratados com cuidado neste tópico e, também, com mais profundidade, no capítulo 5.

Messmer e Otto (1992, p. 3) são bastante claros quanto à origem dessa deformação e quanto ao modo de enfrentá-la:

“Os problemas de expansão surgem se a Justiça Restaurativa é usada para aliviar a pressão sobre o sistema de justiça criminal causada pela sobrecarga de crimes pequenos e menores e, além disso, se é tratada como uma forma de sancionamento múltiplo. O sucesso nesse contexto

requer que os programas de Justiça Restaurativa demonstrem um decréscimo nas medidas punitivas em favor da restauração.”

A observação dos autores traz duas ressalvas importantes: A Justiça Restaurativa não deve ser concebida somente como uma forma de encurtar o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo e os eventuais acordos devem ser recepcionados pelo sistema de justiça de forma a evitar, com segurança, qualquer possibilidade de *bis in idem*. Ambas as preocupações são procedentes, pois diversos programas de Justiça Restaurativa têm apresentado um ou outro problema.

Quanto à proibição do *bis in idem*, deve ser enfrentada com a regulação legal da decisão judicial que recebe o resultado da mediação, ou seja, tal decisão deve ter força de coisa julgada, o que pode ser alcançado por meio da extinção da punibilidade, do perdão judicial ou da renúncia à pena (solução que não é prevista em nosso ordenamento, mas pode ser obtida pela reconstrução dogmática do art. 59 do Código Penal).

Quanto à expansão da rede de controle, durante o Fórum Europeu para Mediação Vítima-Ofensor e Justiça Restaurativa de 2002, Georg Zwinger (p. 85) resumiu que a tendência geral é de que mediação não deva ser aplicada para crimes menores (*minor offenses*) e que, dentre os pré-requisitos para envio do caso, esteja estipulado um esclarecimento mínimo dos fatos e suas circunstâncias, de forma a apontar a sua relevância penal. A expansão pode tornar a mediação uma forma autoritária de *soft control*, derivada da sujeição aos mecanismos penais de casos de bagatela ou de casos nos quais sequer houve a prática de um fato típico bem definido, contudo, existem várias disposições inteligentes e simples para evitar essa situação. Na Bélgica, o programa de mediação recebe os casos enviados pela promotoria e os devolve em seguida à mediação, sendo que o programa é reservado aos casos nos quais o promotor já tenha decidido pela persecução (Wemmers; Canuto, 2002, p. 21), vale dizer, o promotor constata a existência de indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da denúncia antes de delegar o caso ao ofício de mediação.

Nesse aspecto, abordagem interessante é aquela do ordenamento austríaco: o limite da pena estabelecido para permitir a mediação inclui crimes

de gravidade média (pena de até 5 anos, para adultos) e médio-alta (pena de até 10 anos, para menores) e há alguns requisitos fixados com o objetivo claro de evitar o recurso à Justiça Restaurativa para enfrentar casos que não mereçam a resposta penal clássica ou não devam ser geridos pelo aparato do controle formal (Mannozi, 2003, p. 218). Assim, a lei estabelece que a mediação pode ser utilizada para viabilizar a renúncia à pena, mas exclui do “pacote” de medidas de *diversion* (no qual a mediação encontra seu posicionamento sistemático na Áustria) exatamente os crimes bagatelares, pois, nesses casos, o art. 90 do Código de Processo prevê a renúncia à ação penal, sem que seja aplicada qualquer medida de *diversion*, inclusive a mediação. Um ulterior requisito é que o fato esteja suficientemente provado, o que se verifica quando o Ministério Público vislumbra elementos de prova seguros a respeito da existência do fato e sua condutibilidade a um autor (*idem*), a exemplo do que ocorre na Bélgica.

Sanzberro (1999, p. 175) reitera esse entendimento, afirmando que é possível evitar o efeito de ampliação das redes de controle desde que não se estimule a reparação-conciliação em casos de escassa relevância, ante os quais, normalmente, se decidiria pelo arquivamento do procedimento, pelo que a autora ratifica a proposta de que a Justiça Restaurativa deve ser aplicada para delitos de gravidade média e também sugere estabelecer como critério que a reincidência não seja um fator que afaste a possibilidade de uma solução consensual (o que parece muito relevante para o Brasil, onde a reincidência tem um tratamento jurídico paleorepressivo e profundamente excludente). Para a autora espanhola, em síntese, os obstáculos ora debatidos podem ser superados com a definição de *critérios de idoneidade* (para o envio do caso à mediação), assim propostos: (i) existência de uma vítima personalizada; (ii) exclusão dos casos de bagatela (exigência de uma certa entidade da infração penal) e (iii) reconhecimento do fato (é necessário que exista um fato atribuível a uma pessoa) (*idem*). Quanto a este último critério, parece muito importante, principalmente em face da experiência do Jecrim no Brasil, em que “acordos” são impostos em caso de duvidosa procedibilidade penal. Porém, também é importante sublinhar que isso não pode resultar em pressão para obter uma confissão do ofensor, que pode ocorrer, desde que livre; valendo a regra de que a voluntariedade em participar da mediação e discutir o fato não equivale à

confissão. Mesmo a realização de um acordo de reparação do dano não implica em reconhecimento de culpa: reconhecer o fato e eventualmente assumir uma responsabilidade (*accountability*) por suas conseqüências, não equivale a assumir a culpa jurídico-penal, até porque o ofensor pode aceitar que o fato ocorreu, entender que deve reparar suas conseqüências e preservar o direito de alegar causas excludentes ou de justificação para sua conduta, o que só poderá ocorrer em juízo, já que o mediador não desenvolve qualquer atividade probatória e, no mais, as discussões são confidenciais.

Enfim, a construção do novo paradigma deve se direcionar à ampliação do acesso à justiça, sem aumentar as possibilidades de exercício do poder punitivo, mas cindindo o sistema penal num quadro de dupla entrada (mediação e punição), o qual poderá, em tese, diminuir tanto o número de castigos impostos, quanto a cifra negra, oferecendo uma resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficam marginalizados ou não encontram respostas satisfatórias dentro de um sistema da mão única, fechado e inflexível.

A via de acesso alternativa oferecida pela mediação pode recepcionar uma gama rica de crimes de pequena e média gravidade⁹, promovendo a “despenalização ou a descriminalização na prática”, além de evitar a criminalização secundária imposta pelo sistema formal. A descriminalização na prática pode concretizar-se devido à polifuncionalidade da mediação: como a mediação é uma atividade que se desenvolve também fora do campo penal, numa estrutura tanto quanto simples, pode-se vislumbrar que, nas hipóteses em que o centro ou ofício de mediação receba das agências judiciais um caso que não se trata de crime ou não apresenta relevância penal, a discussão pode ser deslocada para mediadores extrapenais, que então promoveriam a discussão e não devolveriam o caso para o sistema penal, evitando a estigmatização e “descriminalizando” a situação na prática.

Quanto às críticas de privatização ou mercantilização, não se aplicam à Justiça Restaurativa, embora sejam riscos presentes e concretos. Ceretti (2000) reconhece que a reparação do dano pode – se considerada em termos punitivos – privatizar o conflito nascido do crime e monetarizar a dor da vítima e a lesão ao bem jurídico ofendido (bem cuja tutela sempre é interesse da

coletividade). Contudo, o novo paradigma prevê a reparação mais sob o aspecto simbólico do que material, podendo incluir uma série de prestações voluntárias negociadas entre as partes, sem referência ao dinheiro. Por isso, o mesmo autor responde à preocupação, afirmando que:

“A reparação sublinha uma dimensão restitutiva diversa, que não deve confundir-se com a dimensão punitiva-aflitiva, própria do direito penal. Levantar a hipótese da introdução de um paradigma restaurativo significa – a juízo do que se escreve – dar uma nova resposta ao cometimento de um crime: a reparação não é uma sanção verdadeira, é uma medida consensual fundada sobre a ‘sensibilização e responsabilização do autor do comportamento danoso ou perigoso, a qual deve ativar-se concretamente e contributivamente em benefício do sujeito lesado’.” (Ceretti, 2000)

A reparação do dano na Justiça Restaurativa, assim como o próprio modelo em si, situa-se, portanto, sobre a fronteira móvel da penalidade, caracterizando-se como etapa prévia ao recurso, ao processo e à pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENILLAS, Carlos Enrique. Tolerancia y derecho: aproximaciones a una relación difícil (en especial su relación con el sistema penal). Disponível em: <www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 10.11.2004.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, p. 89-114, 1999.

_____. *Criminología crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, anno III, n. 3, Napoli: Scientifiche Italiane, p. 443-474, 1985.

BARUCH BUSH, R. A.; FOLGER, J. P. *La promesa de mediación*. Trad. Aníbal Leal. Barcelona: Granica, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna; ROJAS, Hugo. *Justicia restaurativa: marco teórico, experiências comparadas y propuestas de política pública*. Santiago: Escolha de Derecho Universidad Alberto Hurtado, n. 6, 2004.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Justice réparatrice et médiation pénale: versa de nouveaux modèles de régulation sociale? *Justice Réparatrice et médiation pénale*. Convergences ou divergences? Mylène Jaccoud (Dir.). Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, p. 17-51, 2003.

_____. Penal and community mediation: the case of France. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 179-197, 1992.

_____. Una, tante mediazione dei conflitti. *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão: Cedam, p. 24-50, 1997.

BRUTTI, Carlo e Rita. *Mediazione, conciliazione, riparazione*. Giustizia penale e sapere psicoanalitico. Torino: G. Giappichelli, 1999.

BUSSMANN, Kai-D. Morality, symbolism and criminal law: chances and limits of mediations programs. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 317-327, 1992.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. 34. ed. São Paulo: Edusp, 2000.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CERETTI, Adolfo; MANNOZZI, Grazia. *Più riparazione meno pena*. Galileo Giornale di Scienza e Problemi Globali, 2000. Disponível em: <www.galileonet.it/archiviop>.

CERETTI, Adolfo. Riparazione, reconciliação, ubuntu, amnistia, perdono. Algumas breves reflexões sobre a Comissão para a verdade e a reconciliação Sudafricana. Texto revisado do artigo escrito em colaboração com A. Nosenzo. The truth and reconciliation commissions: a justice looking also to future generations. In: *Cahiers de Defense Sociale*, p. 201-260, 2002.

_____. Mediação penal e justiça. In-contrare uma norma. Em *Studi in ricordo di G. Pisapia*, v. III. Milão, 2000.

_____. Progetto per un ufficio di mediação penal presso il Tribunale per i minorenni di Milano. *La Sfida della Mediação*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão: Cedam, p. 85-98, 1997.

_____. *Come pensa il Tribunale per i Minorenni*. Milão: FrancoAngeli, 1996.

CHOMSKY, Noam. *Contendo a democracia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos com pertenencia. Trad. Alberto Bovino e Fabricio Gauriglia. *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (Compilador). Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 157-82, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise R. Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana*. O modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOSSIER sobre resolución alternativa de conflictos en América. *Sistemas Judiciales*, Buenos Aires: Ceja (Centro de Estudios de Justicia de las Americas), año 1, n. 2, p. 88-106, 2002.

EUSEBI, Luciano. *La pena "in crisi"*. Il recente dibattito sulla funzione della pena. Brescia: Morcelliana, 1990.

FAGET, Jacques. L'institutionnalisation de la médiation: réflexions à partir de l'exemple français. *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Mylène Jaccoud (Dir.). Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, p. 227-243, 2003.

_____. Le tensioni della mediazione penale. Valutazione delle pratiche francesi. *Dei Delitti e delle pene*, n. 3/2000. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 75-92, 2000.

FALCK, Sturla. The norwegian community mediation center at a crossroads. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 131-137, 1992.

FARIA, José Eduardo. As transformações no direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 231-239, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Il diritto penale minimo. *Il diritto penale minimo, Dei delitti e delle pene*, anno III, n. 3. Napoli, Scientifiche Italiane, p. 493-524, 1985.

_____. *Diritto e ragione*. 4. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GALAWAY, Burt. The New Zealand experience implementing the reparation sentence. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 55-81, 1992.

GARAPON, Antoine. *I custodi dei diritti*. Trad. Ada Cremagnani. Milão: Feltrinelli, 1997.

GAROFALO, R. *Indemnización a las víctimas del delito*. Trad. P. Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 1887. Título original: *Riparazione alle vittime del delitto*.

GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

GIRARD, René. *Violence and the sacred*. Trad. Patrick Gregory. Maryland: John Hopkins, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GROENHUIJSEN, Marc. O sentido do artigo 10º da decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação. Projecto Dikê. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa: Apav, p. 109-115, 2003. Disponível em: <www.restorativejustice.org>. Acesso em: 12.01.2006.

HALEY, John O. Victim-Offender Mediation: japanese and american comparisons. *Restorative justice on trial*. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, 1992.

HOLLOWAY, John; PELÁEZ, Eloísa. A guerra de todos os estados contra todos os povos. *A guerra infinita*. Ana Ester Ceceña e Emir Sader (Org.). Trad. Ephraim Alves, Petrópolis: Vozes, 2002.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JACCOUD, Mylène. Introduction. *Justice Réparatrice et médiation pénale*. Convergences ou divergences? Mylène Jaccoud (Dir.). Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional*. Desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LATIMER, Jeff; KLEINKNECHT, Steven. *The effects of restorative justice programming: a review of the empirical*. Canadá: Department of Justice – Research and Statistics Division Methodological Series, 2000.

LLEWELLYN, Jennifer; HOWSE, Robert. Institutions for Restorative Justice: the South African Truth and Reconciliation Commission. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. XLIX, n. 3, p. 355-388, verão 1999.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 99-129, 2002.

MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale. Milão: Giuffrè, 2003.

MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade do direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

MATHIESEN, Thomas. *Perché il Cárcere?* Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Edizioni Gruppo Abele, 1996.

MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe. Restorative Justice: steps on the way toward a good idea. *Restorative justice on trial*. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 1-15, 1992.

MESSMER, Heinz. Communication in decision-making about diversion and victim-offender mediation. *Restorative justice on trial*. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 461-475, 1992.

MESSNER, Claudius. Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale. *Dei Delitti e delle pene*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, n. 3/2000, p. 93-113, 2000.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales. *Política criminal y nuevo derecho penal*. J. M. Silva Sánchez (Ed.). Barcelona: J. M. Bosch, p. 113-142, 1997a.

_____. *La perenne emergenza*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997b.

MOSCONI, Giuseppe. La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale. *Prassi e teoria della mediazione, a cura di Gianvittorio Pisapia*. Milão: Cedam, p. 3-27, 2000.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, p. 189-212, 2005.

PAVARINI, Massimo. Da perda de pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma “procura”. Trad. Lauren Paoletti Stefanini. *Ensaaios criminológicos*. Ana Paula Zomer (Org.). São Paulo: IBCrim, p. 91-126, 2002.

PELIKAN, Christa. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. *Projecto Diké. Seminário Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa*. Lisboa: Apav, p. 73-78, 2003. Disponível em: <www.restorativejustice.org>. Acesso em: 12.01.2006.

PETZOLD, Frauke; NETZIG, Lutz. Waage Hannover E.V. – A reconciliation and restitution program for adult offender and victims: the concept for practice and research. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 513-525, 1992.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo: Cebrap, n. 68, p. 39-60, 2004a.

_____. La “línea Maginot” en el derecho penal: la protección contra el crimen *versus* la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo: RT, n. 46, p. 11-46, 2004b.

_____. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*. Dossiê conflitualidades. Porto Alegre: UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, n. 1, p. 64-95, 1999.

_____. La Formation de la Rationalité Pénale Moderne au XVIII siècle. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*. Perspectives Criminologiques, v. II. Ottawa: Les Presses de L’Université d’Ottawa, p. 1-263, 1998.

PISAPIA, Gianvittorio. La scommessa della mediazione. *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão: Cedam, p. 3-19, 1997.

_____. Pragmatica della mediazione. *Prassi e teoria della mediazione, a cura di Gianvittorio Pisapia*. Milão: Cedam, p. 243-252, 2000.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 81-99, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A dimensão (des)humana do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, n. 47, p. 188-203, 2004.

_____. Para além da filosofia do castigo. *Boletim do IBCCrim*, ano 9, p. 08, n. 108.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2002.

RESTORATIVE justice and its relation to the criminal justice system. *Papers from de the seconde European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*. Oostende, Bélgica, 10-12 out. 2002. Disponível em: <<http://www.euforumrj.org/conferences.htm>>. Acesso em: 12.01.2006.

RESTORATIVE justice in Canada. a consultation paper. Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá, maio/2000. Disponível em: <<http://canada.justice.gc.ca/en/sitemap.html>>. Acesso em: 12.01.2006.

RÖSSNER, Dieter. Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments. *Buffalo Criminal Law Review*. New York: Buffalo Criminal Law Center, v. 3, n. 1, p. 211-233, 2000. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>>. Acesso em: 12.01.2006.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal e del derecho penal y el processal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. Julio B. J. Maier e Elena Carranza. *Dos delitos y de las víctimas*. Julio B. J. Maier (Compilador). Bueno Aires, Ad-Hoc, p. 129-156, 1992.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999.

SCARDACIONE, Gilda; BALDRY, Anna; SCALI, Melania. *La mediazione penale*. Milão: Giuffrè, 1998.

SCHEERER, S. e HESS, H. Social control: a defence and a reformulation. *Social Control and Political Order. European Perspectives at the end of the Century*. Bergalli, R. e Sumner, C. (Ed.). Londres: Sage Publications, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. The role of the victim within the criminal justice system: a three-tiered concept. *Buffalo Criminal Law Review*. New York: Buffalo Criminal Law Center, v. 3, n. 1, p. 33-49, 2000. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>>. Acesso: 12.01.2006.

_____. Sobre la crítica a la teoría de la prevención. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz, *Política criminal y nuevo derecho penal*. J. M. Silva Sánchez (Ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 89-100, 1997.

SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather; WOODS, Daniel J. *Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (Rise)*. Australian National University, 2000. Disponível em: <www.restorativejustice.org>. Acesso em: 14.09.2004.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.

SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2003.

STRANG, Heather. *Restorative justice programs in Australia*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001. Disponível em: <<http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>>.

TICKELL, Shari; AKESTER, Kate. *Restorative justice. The way ahead*. Londres: Justice, 2004.

UMBREIT, Mark S. Mediating victim-offender conflict: from single-site to multi-site analysis in the U.S. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 431-445, 1992.

UMBREIT, Mark S.; ROBERTS, Warner. La mediazione penale: valutazione dei centri di Coventry e Leeds. *La Sfida della Mediazione*, Gianvittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão: Cedam, p. 63-80, 1997.

VAIRA, Laura. La mediazione penale in Belgio. *Prassi e teoria della mediazione, a cura di Gianvittorio Pisapia*. Milão: Cedam, p. 111-129, 2000.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2007.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WEMMERS, Jo-Anne; CANUTO, Marisa. *Victim's experiences with expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature*. International Centre for Comparative Criminology Université de Montréal – Research and Statistics Division Methodological Series, 2002.

WILCOX, Aidan; YOUNG, Richard; HOYLE, Carolyn. *Two-year resanctioning study: a comparison of restorative and traditional cautions*. Londres: Home Office Online Report 57/04, 2004. Disponível em: <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds>>. Acesso em: 20.05.2005.

WRIGHT, Martin. Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice. *Restorative justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*. Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Org.). Holanda: Kluwer Academic, p. 525-541, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

ZOMER SICA, Ana Paula. Participação cidadã na administração da justiça. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Notas

1 Contudo, partindo de algumas críticas ao modelo consensual de justiça, é possível que a Justiça Restaurativa tangencie os sistemas (c) e (d), daí a necessidade de fundar o novo paradigma sobre bases claras e bem definidas, distanciando-o daqueles sistemas não desejados.

2 A linha Maginot foi uma fortificação erguida pelos franceses na guerra para evitar ataques do inimigo, em especial o avanço do exército alemão. Foi considerada uma “defesa intransponível” pelos franceses, pois se tratava de uma verdadeira cidade subterrânea com canhões apontados para a fronteira. Porém, a fortificação foi concebida considerando uma guerra estática e acabou fornecendo um “sentimento de segurança ilusório”, pois as tropas alemãs, utilizando a estratégia de “guerra de movimento”, passaram comodamente por trás da linha Maginot, sem poder ser alcançada pelos canhões que só apontavam para a fronteira.

3 Remetendo ao estudo essencial de Earvin Goffman (1999, p. 16) sobre as instituições totais, no qual desmentiu-se todo o “idealismo” de recuperação do homem por meio da prisão que, apenas, é uma resposta “simbolizada pela barreira social com o mundo externo” e, como barreira ao mundo externo, apenas contribui para a dessocialização. Lembrando, também, das palavras de Manoel Pedro Pimentel (1985, p. 55): “a prisão faz é apenas envernizar a personalidade do interno por fora, ao mesmo tempo que introjeta mais profundamente sua faturação criminógena, reforçando-a”.

4 “Nesse processo, o público começa a ser observado, descrito e percebido como um componente do sistema penal, o qual, a fim de integrá-lo, cria novos mecanismos jurídicos e teorias ou reativa mecanismos que estavam adormecidos. Trata-se de diversas formas de integração, que vão muito além do papel estrito e bem delimitado do júri ou ainda do simples papel de espectador de suplícios públicos ou de rituais judiciários, de modo que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica ou mais um aspecto do ambiente do sistema penal para se tornar um critério na construção da justiça.” (Pires, 2004a, p. 49).

5 Adolfo Ceretti (2000), dentre outros, demonstra o equívoco dessa percepção largamente difundida, lembrando que a sensação de justiça tende a se desenvolver mais em relação aos conflitos que nascem no local em que se desenvolve a socialização (família, bairro, escola, trabalho etc.), local que, hoje, não consegue mais dar respostas satisfatórias por causa de diversos fatores, como o crescimento urbano e industrial, a alta mobilidade interna, as ondas migratórias e, por fim, a fragilidade de uma sociabilidade estatal em tese garantida pelo Estado assistencial: “é neste ponto que uma espiral produz e alimenta um sentimento de insegurança difícil de controlar, espiral que se consolida, entre outros, com a difusão entre os consorciados daquele senso de vulnerabilidade e de medo gerados pela impotência frente as situações cotidianas que criam insegurança no tecido social. Sem querer abrir uma discussão neste capítulo sobre o ‘medo da criminalidade’, é útil recordar que este último, como revelaram diversas pesquisas conduzidas em vários países ocidentais, não depende unicamente do número efetivo de crimes predatórios mais ou menos graves cometidos cada ano ou da percepção subjetiva da probabilidade que estes sejam apurados, mas se difunde e se reforça ‘também por causa da repetição, na zona em que a pessoa vive, de ações e de eventos aparentemente de escasso relevo, mas que vêm percebidos como sinais de que a ordem moral da comunidade está abalada [...] Os edifícios abandonados, os muros pichados, a sujeira acumulada são consideradas pelo cidadão como ‘sinais de criminalidade’, advertindo por antecipação de um perigo pendente”.

6 “O fim das leis, portanto, não é outro se não o de impedir que o réu ocasione novos danos a seus concidadãos, e o de impedir aos demais de ter o mesmo irregular comportamento. As penas, por conseguinte, e o método de aplicá-las, devem ser escolhidos de tal forma que, guardadas as devidas proporções, impressionem, de forma mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens.” (Beccaria, 1978, p. 177/178).

7 Uma boa mostra dessa simbiose entre mídia e sistema penal com a finalidade de manter uma organização discursiva da sociedade foi publicada no Editorial de “O Estado de S. Paulo” (p. A3, edição de 17 de julho de 2003), em dois artigos editoriais inteiramente pautados pelo sistema penal: sob o título “Leniência preocupante”, um dos artigos atacou duramente o que considerou como “flexibilização” da lei dos crimes hediondos, fruto de supostas pressões do Poder Executivo que acabariam por “estimular os juízes a serem menos rigorosos”, concluindo que “a leniência da magistratura na aplicação da Lei dos Crimes Hediondos é preocupante, pois as taxas de reincidência são altas e muitos dos favorecidos por suas decisões são bandidos perigosos. Além de desmoralizar quem os prendeu, essa estratégia para aliviar as prisões também dissemina confiança na impunidade”. No mesmo dia, na mesma página, outro artigo compunha o editorial “Os limites da ação da PF”, no qual o editorialista, com a mesma ênfase, criticou duramente as operações da Polícia Federal que culminaram com prisões e apreensões em grandes empresas (uma de moda, outra de bebidas), pois tais ações poderiam “atropelar as liberdades públicas, pôr em risco a segurança jurídica e ameaçar a essência do regime democrático”. Vê-se que a democracia e as liberdades públicas, por meio da articulação proporcionada pela fala do crime, são utilizadas seletivamente para defender um ou outro interesse.

8 Geraldo Prado (2002) fala na “introdução de economia de mercado na administração da justiça penal”.

9 Para ilustrar a discussão, o centro de mediação de Minneapolis recebeu 379 casos durante 1989, dos quais 32% eram vandalismo; 25% furto; 15% *burglary* (invasão de domicílio com a finalidade de cometer crime); 11% *tampering* (tentativa de corrupção, oferecimento de propina ou falsificação); 8% furto de veículos; 6% agressão e lesão corporal e 3% roubo (Umbreit, 1992, p. 432).