



JUSTIÇA RESTAURATIVA E SISTEMA PENAL NO BRASIL

Rodolfo de Almeida Valente¹

RESUMO

O presente artigo é voltado ao estudo das possibilidades jurídicas de aplicação de formas horizontais de construção de justiça, em especial a Justiça Restaurativa, com o apontamento das principais limitações, práticas e teóricas, jurídicas e políticas. Ainda estuda hipóteses legais em que há abertura para tal aplicação no Brasil. A partir da análise crítica desse mapeamento, antecedida de assentamento dos pressupostos teóricos que guiarão a análise, pretende-se sinalizar possíveis caminhos – e consequentes vantagens e limitações – de interpretação e de alteração da legislação atual com a finalidade de ampliar os espaços de construção horizontal/popular de justiça, inclusa aí a própria Justiça Restaurativa.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, Criminologia, Legislação.

ABSTRACT

This article is intended to study the legal possibilities for application of horizontal forms of building justice, especially Restorative Justice, with the appointment of the main limitations, practical and theoretical, legal and political. Also studies legal hypotheses which are open for such an application in Brazil. The critical analysis of this mapping, preceded by the settlement of the theoretical assumptions that guide the analysis, seeks to indicate possible ways - and consequent advantages and limitations - of interpretation and amendment of current legislation in order to enlarge the area of horizontal construction / popular justice, itself included therein Restorative Justice.

Key-words: Restorative Justice, Criminology, Legislation.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao fim de analisar as possibilidades jurídicas de aplicação de formas horizontais de construção de justiça, em especial da Justiça Restaurativa, é necessário, de início, demarcar as referências teóricas das quais partirão as análises subsequentes, sobretudo quanto às concepções de direito e, mais especificamente, de sistema penal. Desse modo, afasta-se qualquer pretensão de imparcialidade ou de neutralidade, vez que, como se verificará, os pressupostos teóricos estão atados ao pensamento marxista e, portanto, tem por horizonte a ruptura com o sistema sócio-econômico vigente e a construção de um mundo desprovido de desigualdades sociais e de exploração.

¹ Assessor jurídico do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Campo Limpo – CDHEP (rodolfo@cdhep.org.br).

1. SOBRE O DIREITO

O principal marco teórico ora eleito para a análise do direito é o pensamento do jurista soviético e marxista Evgeni Pasukanis, expresso em sua obra “A Teoria Geral do Direito e o Marxismo”, publicada em 1924, quando, após ser vice-comissário do Povo para a Justiça do Governo revolucionário, era membro da Academia Comunista (da qual foi vice-presidente posteriormente).

A análise pasukaniana do Direito parte da perspectiva marxiana da análise do constante processo dialético de evolução das contradições contidas na realidade. Para tanto, Pasukanis centra seus esforços teóricos na decomposição da forma jurídica em seus elementos mais básicos e abstratos, com o objetivo de desnudar a sua íntima relação com a forma mercantil.

Da mesma maneira que o modo de produção capitalista exige a abstração expressa no revestimento da produção em mercadoria, passível de se trocar por outras mercadorias a partir do estabelecimento de um **equivalente geral (equivalência material)** – um padrão que permita mensurar a quantidade de trabalho abstrato despendido para a produção de cada mercadoria: o **dinheiro** –, exige também a mediação de uma forma correspondente para estabelecer um **padrão de equivalência entre pessoas (equivalência subjetiva)** aptas a, voluntariamente, trocarem suas mercadorias entre si: a forma jurídica.

Isso porque **o valor de troca das mercadorias só é realizável se operacionalizado por pessoas livres e iguais entre si: os ditos sujeitos de direito.**

A forma jurídica se afigura, assim, como reprodutora do equivalente geral – “equivalente jurídico” – que transforma pessoas em sujeitos de direitos (conceito muito atrelado ao próprio conceito de cidadania²), capazes de contratar em igualdade e liberdade formais de condições³.

Trata-se de raciocínio complexo, que demanda alguma proximidade com o pensamento marxiano. De modo bastante resumido, pode-se dizer que, da

² O conceito de cidadania, a separação Estado x Sociedade Civil, Público X Privado, tem por pano de fundo a funcionalidade da ideologia jurídica consistente no afastamento dos conflitos de classes da órbita estatal.

³ Nas palavras do próprio Pasukanis: “Ao mesmo tempo em que o produto do trabalho reveste as propriedades da mercadoria e torna-se portador de valor, o homem torna-se sujeito de direito e portador de direitos”. [A Teoria Geral do Direito e o Marxismo, Ed. Renovar, 1989. RJ. P. 85].

perspectiva pasukaniana, **o direito é construção histórica essencialmente burguesa/capitalista**, vez que **vinculado umbilicalmente à produção e circulação de mercadorias**, emprestando forma contratual às relações econômicas das quais é produto (a forma jurídica nasce da relação de trocas entre sujeitos formalmente livres e iguais).

Nesse sentido, a forma jurídica é correlata à ideia de mercadoria enquanto expressão do processo de transformação de trabalhos privados/individuais em trabalho social – em trabalho abstrato – com a intervenção de um equivalente geral (cuja forma mais acabada é o dinheiro). A ideia jurídica é, basicamente, a ideia de equivalência.

Ao abordar mais especificamente o Direito Penal, Pasukanis afirma que a “jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado que só se distingue em certo grau das chamadas medidas excepcionais utilizadas durante a guerra civil”⁴.

Segundo ele, no Direito Penal a ideia de equivalência é igualmente (ou ainda mais) presente, vez que **apenas na sociedade capitalista se consolida a ideia de que a pena se expressa na privação de certa quantidade de pena**.

Pasukanis afirma que apenas o desaparecimento das classes sociais permitiria a superação das contradições do sistema penal e provoca: “a questão que se coloca é saber em quais circunstâncias tal sistema penal ainda será necessário”⁵.

Nas últimas linhas de seu livro, Pasukanis afirma:

“Os conceitos de delito e pena são, como ressei do que foi dito precedentemente, determinações necessárias da forma jurídica, da qual não poderemos nos desembaraçar até que comece o desaparecimento da forma jurídica em geral. E tão logo comece a desaparecer – e não apenas nas declarações – estes conceitos tornar-se-ão inúteis, então esta será a melhor prova de que o horizonte limitado do direito burguês enfim se alarga à nossa frente”⁶.

Em Pasukanis, a abolição do capitalismo implica processo de gradativa extinção da forma jurídica. Por essa razão, como traduz Brilharinho Naves, “se o socialismo implica a gradativa superação das formas mercantis, um direito que se qualificasse como ‘socialista’ seria tanto uma impossibilidade teórica como um objeto a ser combatido politicamente”⁷.

⁴ P. 151.

⁵ P. 153.

⁶ Idem.

⁷ Marxismo e Direito – Um Estudo Sobre Pasukanis. P. 87.

2. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E ABOLICIONISMO

Em seu célebre “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, Alessandro Baratta apresenta a teoria criminológica moderna, estabelecendo as bases para a afirmação da criminologia crítica.

Inicia pela exposição dos princípios da ideologia da defesa social para confrontá-los, um a um, com as aquisições das teorias sociológicas sobre crime e controle social.

Para ele, **a ideologia da defesa social é assentada no ideário burguês do contrato social, desdobrado nas construções formais de igualdade e de liberdade capazes de, idealmente, escamotear as desigualdades existentes em uma sociedade forjada na exploração de muitos por poucos detentores dos meios de produção.**

Baratta propõe o resgate da construção de um modelo integrado de ciência do direito penal, que se caracteriza exatamente por elementos antagônicos à ideologia da defesa social.

Após desmistificar a ideologia da defesa social, Baratta apresenta, a partir da teoria do “**Labeling Approach**”, o novo paradigma criminológico da “reação social”.

A base do “Labeling Approach”, também conhecido como “**Teoria do Etiquetamento**”, é a identificação de que o sistema penal (ou o controle social que ele expressa) tem **caráter constitutivo da criminalidade.**

A partir da distinção entre “desvio primário” e “desvio secundário”, demonstra-se como a punição de um primeiro comportamento desviante gera, por meio da **mudança da identidade social** da pessoa assim estigmatizada/rotulada, “uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu”⁸, descoberta que expõe o fator criminógeno da pena.

A **definição do que é e de quem compõe a criminalidade** também constitui processo abordado pelo “labeling approach” expresso na “**criminalização primária**” (definição legal das condutas que serão ou não consideradas tipos penais/crimes) e na “**criminalização secundária**” (definição material, pelas agências de controle, de quem será etiquetado como criminoso).

São também expressões da teoria do “labeling approach” a **seletividade penal** demonstrada em várias pesquisas que apontaram a existência das chamadas

⁸ Idem.

cifras ocultas: “a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, (...) mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”⁹.

No Brasil, por exemplo, apesar das centenas de tipos penais que compõem nossa legislação penal, **80% das cerca de 600 mil pessoas que se encontram hoje presas são acusadas ou condenadas por crime contra o patrimônio ou por pequeno tráfico de drogas**, com mais um detalhe fundamental: **a maioria esmagadora dessas pessoas provém da base da pirâmide social**¹⁰.

Baratta, entretanto, apesar de registrar a virada criminológica propulsionada pelo “labeling approach”, critica o caráter formalista do qual deriva a ausência de abordagem mais profunda sobre a própria materialidade da conduta desviante, o “conteúdo da criminalidade”.

Segundo ele, falta a resposta sobre porque determinados comportamentos, em detrimento de tantos outros, são objetos de **criminalização primária** (tipificação legal) e de **criminalização secundária** (seleção pelas agências penais).

É basicamente nessa resposta que se centram os esforços da criminologia crítica defendida por Baratta. Embebida pelos aportes das correntes mais progressistas da sociologia criminal liberal, a criminologia crítica **desloca o enfoque teórico do autor para as condições objetivas – estruturais e funcionais – que estão na origem do desvio.**

Desloca também o enfoque cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é constituída a “realidade social” do desvio.

À “justiça penal burguesa” Baratta atribui a função elementar de mantenedora e reprodutora da realidade social, realçando a função ainda mais demarcada do cárcere, que não apenas reproduz a relação de desigualdade, mas os próprios sujeitos passivos dela, o que se evidencia pelo **nexo histórico entre cárcere e fábrica.**

O sistema educacional é posicionado na mesma perspectiva de seletividade e de marginalização ocupada pelo sistema penal. Baratta os laçam em **relação de complementaridade:** ambos os sistemas (educacional e penal) respondem à exigência de **reproduzir e assegurar as relações sociais existentes.**

⁹ P. 103.

¹⁰ DEPEN, 2012.

Mais especificamente no sistema escolar, Baratta aponta, através de pesquisas, que nas sociedades capitalistas a distribuição de concessão de sanções positivas (acesso aos níveis relativamente mais elevados de instrução) é tanto mais incidente quanto mais alto o estrato social, e que, do mesmo modo, as sanções negativas (repetição de ano, desclassificação, inserção em turmas especiais, advertências, etc) aumentam conforme se desce à base da pirâmide social.

Baratta ainda especifica uma função bastante significativa e deletéria dos sistemas escolar e penal: o **rompimento dos laços de solidariedade**¹¹.

O nexó entre os sistemas escolar e penal se concretiza, sobretudo, no sistema infante-juvenil de assistência e de controle social, em uma “espiral criminológica” regida pelos mesmos ditames dos processos de criminalização de adultos.

Ao final do livro, Baratta faz “quatro indicações ‘estratégicas’ para uma ‘política criminal’ das classes subalternas”¹², assim sintetizadas: (1) **Política criminal alternativa radical**, que afaste políticas de “substitutivos penais” e abranja o desenvolvimento “de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas”¹³; (2) **Política de contração máxima do sistema punitivo**; (3) Caminhar para a **abolição do sistema carcerário**, com o alargamento de medidas liberalizantes e com a abertura do cárcere para a sociedade; (4) **Disputar a visão hegemônica do punitivismo**.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE E “POSSÍVEIS” MUDANÇAS

Os assentamentos teóricos acima firmados, na medida em que atrelam a forma jurídica e, especificamente, o sistema penal à manutenção e reprodução das condições materiais do capitalismo, conduzem a uma visão cautelosa com relação à possibilidade de mudanças profundas por meio de modificações legislativas.

¹¹ “Assim como, na sociedade, a estigmatização do outro com a pena reprime o medo pela própria diminuição de status, e determina o que se pode definir como ‘proibição de coalizão’, que tende a romper a solidariedade entre a sociedade e os punidos, e aquela entre os próprios punidos, os efeitos discriminatórios e marginalizantes do sistema escolar institucional são consolidados e ampliados através de mecanismos de interação entre os escolares”. [P. 175]

¹² P. 200.

¹³ P. 201.

Todavia, não é o caso de descartar completamente a incidência tática no campo legislativo com intuito de reduzir o punitivismo, aumentar e fortalecer garantias e, ao mesmo tempo, ampliar os espaços de construção da justiça a partir da organização popular e da retomada comunitária dos conflitos.

Já há, de fato, um conjunto de disposições legais que, em maior ou menor grau, pode ser utilizado a tal fim, restando saber se e onde, especificamente, seriam necessárias modificações legislativas com vistas a ampliar e consolidar esse caminho sem, todavia, cair na via equívoca do reformismo estampado, em regra, em tentativas de institucionalização da Justiça Restaurativa (e de outras formas de construção horizontal/comunitária da justiça).

Opta-se, aqui, por dividir a análise da legislação vigente em três dimensões: justiça de paz na Constituição da República e regulamentação infraconstitucional; sistema penal (adulto e juvenil); e políticas sociais e participação popular.

Na primeira dimensão, a ideia básica é demonstrar como é possível, a partir apenas dos dispositivos constitucionais pertinentes, sustentar, juridicamente, a aplicação mais ampla da justiça restaurativa/horizontal – e as sensíveis limitações contidas nessa sustentação – e como o legislador ordinário, por meio da Lei 9.099, engessou, em parte, essa possibilidade ao restringir, inconstitucionalmente, o que o Constituinte permitiu.

Na segunda dimensão, procura-se demonstrar que, no âmbito do sistema penal, é preciso guardar extrema cautela com qualquer intento de institucionalização/judicialização da justiça restaurativa/horizontal e **priorizar alterações legais que diminuam a incidência do sistema penal** e, concomitantemente, fortaleçam garantias fundamentais.

Por fim, na terceira dimensão, tenta-se atrelar à tática de reduzir o sistema penal a tática de construção de meios pelos quais, a partir da forma jurídica da participação e do controle populares, fomente-se espaços de fortalecimento da comunidade na condução de políticas sociais, abrangendo, inclusive, a própria concepção de justiça.

3.1 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E JUSTIÇA RESTAURATIVA/HORIZONTAL

a) FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República dispõe, em seu preâmbulo, a opção do Constituinte pela instituição de um Estado fraterno, fundado na harmonia social e **comprometido com a solução pacífica de todo e qualquer tipo de controvérsia**, com o objetivo (conforme art. 3º) de "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Tiago Joffily¹⁴ defende que, apesar de acolher o modelo da "justiça criminal retributiva", a Constituição da República de 88 elegeu o modelo de "justiça criminal restaurativa" como objetivo a ser perseguido, citando o próprio preâmbulo, que assenta o comprometimento do Estado brasileiro com a "solução pacífica" de todo e qualquer tipo de controvérsia.

Cita outros dispositivos constitucionais para embasar a sua tese: de um lado, dispositivos que expressam "maior resistência à solução pacífica dos delitos considerados mais graves (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV)"; de outro, a determinação expressa para que as infrações de menor potencial ofensivo sejam solucionadas, prioritariamente, por meio da conciliação (art. 98, I).

b) Lei 9.099 de 1995

Joffily acentua que a porta de entrada para a justiça restaurativa não foi aberta pela edição da Lei 9.099/95 (que cuidou dos denominados "crimes de menor potencial ofensivo"), mas decorre de todo sistema principiológico contido na Constituição. Segundo ele, a Lei 9.099, na verdade, é viciada pela ideologia retributivista do sistema penal tradicional.

O autor entende que a Lei 9.099 restringiu indevidamente o texto contido no art. 98, I, da Constituição, na medida em que, apesar de a norma constitucional alçar a conciliação como norte do Juizado Especial Criminal, referida lei cingiu as hipóteses de conciliação aos delitos de ação penal privada e pública condicionada. Na prática, a Lei 9.099 só fez **institucionalizar**, na forma de uma audiência preliminar de conciliação, a possibilidade de vítima e autor transigirem, vez que os direitos de queixa (ação penal privada) e de representação (ação penal pública condicionada) são disponíveis, isto é, exercíveis de acordo, exclusivamente, com a vontade da vítima.

¹⁴"Direito e Compaixão – Discursos de (des)legitimação do poder punitivos estatal" (Revan, 2011).

Ao analisar as políticas de substitutivos penais e, dentre elas, a própria Lei. 9.099, Salo de Carvalho anota: “de forma abrupta, a estrutura do controle punitivo formal amplia hiperbolicamente seus horizontes em face da instituição dos substitutivos penais, principalmente com o advento das Leis 9.099/95 e 9.714/98”¹⁵. Obviamente, não seria razoável afirmar que a Lei 9.099 foi causa específica da aceleração brutal do encarceramento divisada a partir de meados dos anos 90. Contudo, somada ao recrudescimento contido na promulgação de diversas leis (por exemplo: ampliação de condutas criminalizadas, aumento de penas, ampliação do rol de crimes hediondos, aumento de lapsos para progressão de regime, etc), a Lei 9.099 fez, sim, parte de uma **ampla política de inflação do Estado Penal**, sobretudo porque, para além de não representar rompimento com a estrutura punitivista, atuou (e atua) como “elemento de reprodução e de relegitimação da lógica do encarceramento”¹⁶.

É reveladora dessa lógica a evolução dos dados referentes a penas e medidas alternativas: em **1995**, contabilizava-se **80.364** pessoas em **cumprimento de penas ou medidas alternativas** contra cerca de **156 mil pessoas presas**; em **2013**, passa de **700 mil pessoas**¹⁷ o número de pessoas em cumprimento de penas ou medidas alternativas contra cerca de **600 mil pessoas presas**.

Apesar de o número de penas/medidas alternativas ter superado o de prisões, verifica-se que não houve correlata redução da população prisional e, pior, a taxa de encarceramento só dez ascender: de **95 pessoas presas para cada 100 mil habitantes em 1995** para **288 pessoas presas para cada 100 mil habitantes em 2012!**

Dedutível, assim, que a política de alternativas penais serviu de mecanismo de ampliação do sistema penal, eis que, incapaz de reduzir o número de prisões, foi fator de aumento do número de pessoas controladas pelo Poder Público e, para agravar, ainda serviu de elemento de legitimação do estrondoso aumento da população carcerária observado desde meados dos anos 90.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II. EdIPUCRS. P. 161

¹⁶ Idem, p. 152.

¹⁷ Vide: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7%7D¶ms=itemID=%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

c) CONTRADIÇÃO ENTRE SISTEMA DE JUSTIÇA E JUSTIÇA RESTAURATIVA/HORIZONTAL

Tecnicamente, o raciocínio de Joffily é preciso ao apontar as amarrações no texto constitucional que conduzem a um modelo restaurativo de justiça.

Entretanto, é necessário, em primeiro lugar, verificar se é apropriado versar sobre modelo de “justiça criminal restaurativa”, vez que, ao atrelar a construção comunitária de justiça ao obscuro conceito de crime, já há aí uma implicação ideológica que, na prática, pode gerar incontáveis contradições.

Como se registrou acima, um dos maiores méritos da criminologia crítica foi o de, a partir da desmistificação do conceito de crime, desconstruído enquanto realidade ontológica preconstituída, trazer à luz do dia a relação dos processos de criminalização primária (criação legal de tipos penais) e de criminalização secundária (seleção, pelas agências oficiais, da criminalidade) com a reprodução e o aprofundamento da realidade desigual própria do sistema capitalista.

Nesse sentido, convém identificar que **há incontornável relação de antagonismo entre os objetivos fundamentais da República de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” com a manutenção da justiça criminal, seja ela retributiva, seja restaurativa.**

Isso porque, vinculada ao sistema político-econômico vigente, a justiça criminal não será menos seletiva e discriminatória porque formalmente guiada por valores restaurativos, da mesma maneira que todas as garantias fundamentais hoje existentes na Constituição são insuficientes para concretizar a igualdade (formal) que se anuncia no sistema de justiça¹⁸.

Talvez a resposta, de fato, não esteja na busca de uma “porta de entrada” para o modelo de justiça restaurativa/horizontal na justiça criminal, mas sim na busca da restrição máxima à própria justiça criminal e do fortalecimento da

¹⁸ De outra perspectiva, igualmente crítica à manutenção da justiça criminal, vale registrar o abolicionista Louk Hulsman: “Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de vista de ‘juízo universal’ do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas” [Alternativas à Justiça Criminal. In Curso Livre de Abolicionismo Penal, org. Edson Passeti, Revan, 2004. P. 68]. Sobre a mesma questão, vale ainda remeter à citação de trecho de Pasukanis referente à nota de rodapé n. 9.

autonomia popular para a consolidação de modelos reais e não institucionais de justiça restaurativa/horizontal.

3.2 SOBRE O SISTEMA PENAL BRASILEIRO (JUVENIL E ADULTO)

a) O PAPEL DA VÍTIMA E A REGRA DO ARTIGO 100, § 1º, DO CÓDIGO PENAL

O sistema penal brasileiro carrega consigo enormes obstáculos à construção horizontal, comunitária e popular de justiça. São tipos e mais tipos penais inscritos no Código Penal e em mais um sem-número de leis especiais (entre elas, por exemplo, a Lei de Drogas), todos atados à regra geral expressa no artigo 100, § 1º, do Código Penal, pela qual, salvo disposição contrária (e são raras as disposições contrárias), a ação penal é pública e incondicionada¹⁹.

No sistema a que estamos submetidos, portanto, a vítima, em regra, tem papel irrelevante na condução do processo institucional de responsabilização. Quando muito, serve como prova testemunhal, cujas vontades e necessidades são desprezíveis.

Com o fito de minimamente descongestionar os espaços amplamente ocupados pelo sistema penal vigente, conviria **modificar a regra do artigo 100, § 1º, do Código Penal para inverter a regra geral: a ação penal é pública condicionada, salvo disposição contrária**. De modo que a pessoa lesada, sempre que se sentisse contemplada por outros meios de construção de justiça, poderia abdicar da intervenção penal.

Raciocínio homólogo vale para o sistema penal juvenil. Apesar de já contar com dispositivo que tem aberto relativo espaço para a aplicação de práticas restaurativas (instituto da remissão e artigo 35 do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), o procedimento depende da discricionariedade do Ministério Público e nada tem de horizontal, vez que ainda institucionalizado e, portanto, submetido ao peso e à verticalidade da jurisdição.

Melhor seria que os processos para a apuração de ato infracional dependessem, igualmente, de expressa manifestação da pessoa lesada.

¹⁹ Traduz-se: em regra, a ação é pública porque o seu titular é o Ministério Público; e é incondicionada porque o Ministério Público a promove ou não independentemente da vontade da vítima.

b) GARANTISMO E MINIMALISMO PENAL

Para além da inversão da regra geral (da ação penal pública incondicionada para condicionada e do procedimento para apuração de ato infracional condicionado à representação da vítima), importa avançar para **ampla política de despenalização de condutas em busca de um sistema penal efetivamente mínimo**²⁰ e menos agressivo contra as camadas populares.

Assim, cumpre pautar mudanças legislativas que reduzam o Direito Penal, conformando-o à Constituição da República, como, por exemplo, a vedação ou, ao menos, a restrição das prisões provisórias (com critérios menos arbitrários e com exíguo prazo máximo de duração), a abolição de tipos penais tendentes a criminalizar movimentos sociais (como, por exemplo, o esbulho possessório e o aventado crime de terrorismo), a ampliação das hipóteses de aplicação de penas restritivas de direitos e a redução dos limites máximos das penas de prisão.

Crimes de menor potencial ofensivo, crimes punidos com detenção, crimes de ação penal de iniciativa privada, crimes de perigo abstrato e crimes desprovidos de violência ou grave ameaça deveriam igualmente ser abolidos.

Outra importante medida seria a reforma da atual política de combate às drogas. No modelo atual, inaugurado pelos Estados Unidos com a declaração de “Guerra às Drogas” (governo de Richard Nixon, 1972), não apenas se malogra no pretense objetivo de combater a utilização dos entorpecentes, como também se agrava o problema, uma vez que as pessoas presas sob a acusação de tráfico são, em regra, aquelas que estão na base da hierarquia do comércio de entorpecentes: os pobres, residentes na periferia, que não raras vezes traficam para sustentar o próprio vício ou, apesar de usuários, são presos como se traficantes fossem²¹.

²⁰Para Luigi Ferrajoli [Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal, RT, 3ª edição, 2010], Direito Penal mínimo é aquele “condicionado e limitado ao máximo” e correspondente “não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”.

²¹ Vale, a propósito, registrar esclarecedora passagem de Vera Malaguti sobre a questão: “Historicamente cada cultura procurou sua maneira de transcender com substâncias alteradoras de consciências: do vinho ao haxixe, da mesalina ao Red Bull. De fato, sem uma cachaça ninguém segura esse rojão! Mas a droga, a principal ferramenta terapêutica da ciência moderna, não se atém somente aos circuitos legais, ela atinge também os circuitos ilegais da economia. O consumidor do circuito ilegal vai inscrever-se no universo daquilo que Lucília Elias descreve como uma estratégia de apagamento do sujeito. Para ser tratado ele terá que abrir mão da sua história pessoal e da sua memória e passar a assumir uma nova identidade, a de drogado. Esta estratégia identitária, quase religiosa, em que o drogado e o pecador se embolam, serve apenas para encobrir uma outra característica do marco geral de que tratamos: a geopolítica. As questões da alma do drogado servem como manobra escamoteadora das relações de poder no sistema mundial. A única coisa que pode explicar nosso

c) ABERTURA DOS CÁRCERES

Junto a uma radical política de redução do sistema penal, é preciso caminhar para a concretização de medidas de abertura do sistema prisional para a sociedade. Já existe, na legislação vigente, dispositivos que podem respaldar a ampliação do acesso ao cárcere pela sociedade. Para além do já citado arcabouço constitucional, na própria Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) há aberturas que, se não são amplas, ao menos poderiam fundamentar políticas de abertura do sistema prisional bem menos tímidas e arbitrárias do que as existentes atualmente na prática das instituições carcerárias.

Hoje, o acesso ao cárcere é quase que limitado às atividades de assistência religiosa e, de maneira completamente precária e instável, a atividades acadêmicas e humanitárias, sempre dependentes da autorização do Poder Executivo.

No artigo 4º da Lei de Execução Penal, dispõe-se que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Lida a partir dos fundamentos constitucionais e dos objetivos fundamentais inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição da República, a expressão “cooperação da comunidade” deveria ser interpretada como abertura ao envolvimento da comunidade na equação dos danos produzidos pelo conflito e pela pena, com a possibilidade de restabelecer os laços da pessoa presa com sua comunidade no decorrer do cumprimento da pena de prisão.

Há dois outros dispositivos contidos na LEP que também poderiam ser aplicados a fim de promover a abertura do cárcere para a sociedade: 1) no artigo 23, VII²², a atribuição de “orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”, conferida ao serviço de assistência social, fornece fundamentos suficientes para as equipes de serviço social se empenharem na construção de espaços de encontro da pessoa presa com a pessoa ofendida; 2) no

apegamento ao fracasso da nossa política criminal de drogas é a força. Os Estados Unidos são o eixo central dessa política que nos é imposta, como a econômica. É assim porque é. Não importa que os resultados sejam a multiplicação das áreas de cultivo, o aumento do consumo (de produtos de qualidade duvidosa), da corrupção e da violência”. [História sem Fim. In: Curso Livre de Abolicionismo Penal, org. Edson Passeti, Revan, 2004. P. 155]

²²Incumbe ao serviço de assistência social: (vii) orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

artigo 64, I²³, abre-se a possibilidade de o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) estabelecer marco normativo que regulamente e amplie o acesso ao cárcere pela sociedade.

Valeria ainda pensar em reformas na LEP conducentes ao aumento de direitos e garantias pela população prisional, ao maior controle das condições carcerárias e, sobretudo, à abertura crescente do cárcere à sociedade.

d) DESMILITARIZAÇÃO

Por fim, urge reformar a Constituição da República para **desmilitarizar definitivamente as polícias e a gestão pública.**

A lógica militar é norteada pela política de guerra, na qual os pobres, quase sempre pretos, quase sempre periféricos, são eleitos como inimigos e se transformam em alvos exclusivos das miras e das alças policiais.

Entulho deixado pela ditadura civil-militar que ainda impregna nosso cotidiano, o militarismo das polícias brasileiras é fator determinante para a alta taxa de letalidade da nossa polícia, a tal ponto que a própria ONU já recomendou ao Brasil que desmilitarize suas polícias²⁴.

A desconstrução do modelo de guerra intrínseco ao militarismo é fundamental para a construção de política abrangente de redução do Estado Penal e de ampliação e fortalecimento de práticas restaurativas/horizontais de justiça, na medida em que tal modelo expressa elemento violento e autoritário de alta incidência nas comunidades mais vulneráveis.

3.3 POLÍTICAS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO POPULAR E JUSTIÇA RESTAURATIVA/HORIZONTAL

À tática de **contração máxima do sistema punitivo** soma-se, ainda, a tática complementar de **ampliação e fomento de espaços sociais próprios à construção horizontal de justiça.**

²³Ao CNPCCP, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe: (i) propor diretrizes da política criminal quanto a prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e medidas de segurança.

²⁴ Vide: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/05/paises-da-onu-recomendam-fim-da-policia-militar-no-brasil.html>.

Sob a forma jurídica da participação e do controle popular, é possível divisar na legislação brasileira, especialmente nas principais normativas de educação e de serviço social, dispositivos aptos a servirem de fundamentação à construção de espaços comunitários e horizontais de construção popular de justiça e de deliberação e monitoramento de políticas sociais.

a) SISTEMA EDUCACIONAL

Da perspectiva da política educacional, há algumas aberturas na **Lei de Diretrizes e Bases** (Lei 9394/1996) para a implementação de práticas comunitárias e horizontais na educação e na resolução de conflitos tangentes às atividades escolares.

No artigo 2º da LDB²⁵, estabelece-se que a educação é inspirada nos "ideais de solidariedade humana" e, no artigo 3º²⁶, há uma série de princípios que combinam, em maior ou menor grau, com os valores restaurativos de justiça.

Observa-se ainda abertura para, no âmbito dos estabelecimentos de ensino, incluir nas respectivas propostas pedagógicas princípios de construção restaurativa/horizontal de justiça, dada a garantia de participação da comunidade local nos conselhos escolares, conforme artigo 14²⁷.

Cuida-se de importante dispositivo, na medida em que possibilita a organização comunitária em torno dos conselhos escolares dos estabelecimentos de ensino sítios na região da comunidade, ainda que de maneira tímida e um tanto genérica, vez que, ao restringir o envolvimento ativo da comunidade nas decisões da

²⁵ "A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

²⁶ "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - (...); II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - (...); VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - (...); X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

²⁷ Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios: (i) participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola; (ii) participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

escola que a ela pertence, o conselho escolar se torna mais uma maneira de enquadrar e conter a mobilização comunitária do que propriamente de fomentá-la²⁸. É de se refletir se não é o caso de radicalizar a participação e o controle popular, com a abertura da escola para assembleias regulares com a comunidade, nas quais as decisões seriam tomadas de maneira minimamente democrática.

Há ainda dispositivos (em especial: arts. 26, §7º, 27, I, 28 e 32, IV) que são possíveis focos de alteração legislativa para inclusão de valores de construção horizontal e comunitária de justiça nos conteúdos curriculares da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio.

Bom ainda salientar que, com a Emenda Constitucional 59/2009, o **Plano Nacional de Educação** passou a ser decenal e provido do objetivo de “articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas”.

O projeto de lei que institui o Plano Nacional de Educação 2011/2020, enviado pela presidência da República ao Congresso Nacional (PL 8.530/2010), prevê, em sua meta 19, a “efetivação da gestão democrática na educação básica e superior pública” e a “prevalência de decisões colegiadas nos órgãos dos sistemas de ensino e nas instituições de educação”²⁹.

A aprovação dessa meta pode significar importante impulso para a adoção de medidas legais que consolidem a mínima democratização e abertura das escolas como importantes espaços de referência comunitária na construção e na elaboração do convívio social e dos conflitos derivados.

Com todas as limitações que o sistema formal de ensino possui, é mais do que importante tê-lo sempre em conta quando se trata de lutar por formas populares e horizontais de construção de justiça, sobretudo em vista da sua função material (vide, supra, Alessandro Baratta) de, a partir de processos seletivos e de marginalização, atender à exigência de reproduzir e assegurar as relações sociais existentes no capitalismo.

²⁸ Há um programa nacional de fortalecimento dos conselhos escolares: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12384&Itemid=657

²⁹ <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/edicoes/paginas-individuais-dos-livros/projeto-de-lei-do-plano-nacional-de-educacao-pne-2013-2001-2020>

b) SISTEMA DE SERVIÇO SOCIAL

No sistema de serviço social a perspectiva não é diferente dos sistemas prisional e educacional. Normatizado pela **Lei Orgânica da Assistência Social** (Lei 8742/2003 – “LOAS”), o sistema de serviço social é determinante nos processos de criminalização descritos acima a partir dos postulados da criminologia crítica.

Em seu artigo 4º, a LOAS, apesar da expressa valorização da "supremacia das necessidades sociais" e do respeito à autonomia e à "convivência familiar e comunitária", não faz constar qualquer diretriz de priorização de apoio material a comunidades para evitar a criminalização de conflitos.

O enfoque na convivência familiar e comunitária, no entanto, é antagônico à materialização do serviço social como mais um mecanismo de controle e domínio, fato que contém importante contradição a ser esgarçada na condução de política de redução do processo de criminalização da pobreza e de fortalecimento de espaços comunitários e democráticos de efetivação de necessidades sociais.

Os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), previstos no artigo 6º-C da LOAS, são as unidades públicas municipais, de base territorial, localizadas em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinadas à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território de abrangência e à prestação de serviços, programas e projetos socioassistenciais de proteção social básica às famílias.

Exatamente por ter base territorial e se localizar em áreas mais vulneráveis (periferias), os CRAS poderiam ser importante ponto de apoio de comunidades periféricas na resolução de seus conflitos e no fortalecimento dos laços sociais de solidariedade.

Para que isso ocorra, entretanto, também aqui é necessário radicalizar no estabelecimento de instrumentos de participação popular, tornando a condução do CRAS completamente orientada pelas necessidades levadas e deliberadas pela comunidade.

Note-se: a perspectiva de alterações legais, tanto na área da política educacional, quanto na da política de serviço social, é de abertura para o efetivo protagonismo popular, com a diminuição do caráter estatal dos aparelhos educacionais e de serviço social e o incremento, ao revés, do controle e da participação popular na condução desses aparelhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores impressos em formas horizontais de construção de justiça (entre elas, a Justiça Restaurativa) conduzem a práticas que destoam completamente dos elementos constitutivos da forma jurídica.

Em contraponto à justiça legal/vertical, a justiça horizontal³⁰ parece se coadunar com a extinção da forma jurídica e, portanto, depende, nos marcos teóricos aqui propostos, da superação do capitalismo e da forma mercadoria.

Isso porque, ao partir do pressuposto de que não há soluções predefinidas para a equação de “situações problemáticas” (na expressão de Hulsman), ao priorizar a recomposição da coesão social e ao remeter à comunidade a responsabilidade pela construção da resposta, a justiça horizontal nega, frontalmente, tudo que entendemos por direito, ao mesmo tempo em que anuncia, de modo contundente, a realização de uma sociedade sem classes, ou, na expressão do Movimento Passe Livre, “sem catracas e sem patrões”.

Tais premissas, no entanto, ainda que impeçam a utilização de formas verticais a fim de institucionalizar “procedimentos” de justiça restaurativa/horizontal – o que já seria uma contradição em termos –, não inviabilizam a incidência tática no direito para promover mudanças legais em, basicamente, duas dimensões: 1) Contração máxima do Sistema Penal; 2) Abertura máxima de espaços de construção horizontal e popular de justiça.

Nesse sentido, os caminhos apontados são apenas rabiscos de propostas, indicativos de medidas para, de um lado, reduzir os danos causados pelo sistema penal e, de outro lado, permitir a construção de espaços de afloramento de contradições e de conscientização política a partir da práxis.

Essencial é que a árdua tarefa de repensar as nossas práticas de resolução de conflitos seja parte do cotidiano das lutas populares, de tal modo que, desde baixo, desde as camadas mais pobres da sociedade, nos libertemos gradualmente dos processos de criminalização e da ideologia punitivista, até o momento em que, parodiando Pasukanis, o horizonte limitado do sistema penal enfim se alargue à nossa frente.

³⁰ CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Revan, 2011. P. 117 e seguintes.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Revan, 2011.

CARDOSO, Franciele da Silva. **A Luta e a Lida**. IBCCRIM, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. EdiPUCRS. Porto Alegre, 2010.

_____. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista**. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. *Lumen Juris*, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Revan, 2005.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Revan, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **“Os Discursos sobre o Crime e a Criminalidade”** (http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf)

_____. **“Criminologia Crítica e Reforma da Legislação Penal”** (http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf)

_____. **A Criminologia Radical**. *Lumen Juris*, 2008.

CLATRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**. Cosacnaify, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. RT, 2010.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. Vozes, 2006.

JAPPE, Anselm. **As Aventuras da Mercadoria – Para uma nova crítica do valor**. Antígona, 2006.

JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão, Discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Revan, 2011.

MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha**. Boitempo, 2012.

_____. **Introdução para a Crítica da Economia Política.** Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1978.

_____. **ENGELS, Friedrich. A Ideologia Alemã.** Boitempo, 2007.
NAVES, Márcio Brilharinho. **Marxismo e Direito – Um Estudo Sobre Pachukanis.** Boitempo, 2008.

PASSETI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal.** Revan, 2004.

PASUKANIS, Evgeni. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo,** Renovar, 1989.

VALENTE, Rodolfo de Almeida. **O Mundo Encarcerado.** Revista Crítica do Direito, Número 2, Volume 41, 2012.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Revan, 2007.