



A IDEIA DE JUSTIÇA EM AMARTYA SEN E O PARADIGMA RESTAURATIVO: CAMINHOS PARA O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO

Tássia Louise de Moraes Oliveira¹

Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos²

RESUMO: A justiça restaurativa consiste em um modelo emergente de justiça penal, originado a partir da confluência do abolicionismo penal e da vitimologia, que propõe um novo olhar sobre os conflitos originados pelo delito, visando reparar as relações atingidas pela infração criminosa. Partindo desta premissa inicial, o presente trabalho pretende investigar a complexidade da ideia de justiça proposta por Amartya Sen, relacionando-a ao modelo restaurativo. Da mesma forma, buscou-se examinar o diálogo entre constitucionalismo contemporâneo brasileiro com a ideia de justiça e o modelo emergente de justiça penal. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo e jurídico propositivo, por meio de levantamento bibliográfico e análise da literatura especializada na temática. Ademais, examinou-se a relação entre os valores constitucionalmente assegurados e a realização da justiça, de modo que esta requer a introdução de novas práticas, tais como a restaurativa, a fim de fomentar uma diferente perspectiva sobre construção da ideia de justiça através de uma política criminal vinculada às proposições do neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa, ideia de justiça, neoconstitucionalismo; constitucionalismo do futuro.

ABSTRACT: Restorative justice consists of an emerging model of criminal justice, originated from the confluence of criminal abolitionism and victimhood, which proposes a new look at the conflicts originated by the crime, aiming at repairing the relations violated by the criminal infraction. Starting from this initial premise, the present work intends to investigate the complexity of the idea of justice proposed by Amartya Sen, relating it to the restorative model. Likewise, it was sought to examine the dialogue between contemporary Brazilian constitutionalism with the idea of justice and the emerging model of criminal justice. For that, it was used the hypothetical-deductive and propositional legal method, through a bibliographical survey and analysis of specialized literature on the subject. In addition, it was examined the relation between the

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça Restaurativa (UFBA), vinculado ao CNPq. Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Advogada. Contato: louise_tassia@hotmail.com

² Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça Restaurativa (UFBA), vinculado ao CNPq. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Advogado. Contato: caiojfsantos@hotmail.com

constitutionally assured values and the realization of justice, so that this requires the introduction of new practices, such as the restorative, In order to foster a different perspective on the construction of the idea of justice through a criminal policy linked to the propositions of neo-constitutionalism.

Keywords: Restorative Justice, idea of justice, neo-constitutionalism; Constitutionalism of the future.

Sumário: 01 Introdução; 02 Neoconstitucionalismo e releituras constitucionais; 02.1 Constitucionalismo brasileiro tardio e racionalidade penal moderna; 03 A ideia de justiça de Amartya Sen; 04 Modelos contemporâneos de justiça penal; 04.1 Justiça consensual; 04.2 Justiça Terapêutica; 04.3 Justiça instantânea; 05 Justiça restaurativa: um novo paradigma de justiça criminal; 06. Justiça restaurativa: uma via adequada para o constitucionalismo do futuro; 07 Considerações finais; Referências bibliográficas.

01 INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa consiste em um modelo emergente de justiça penal, originado a partir da confluência do abolicionismo penal e da vitimologia, que propõe um novo olhar sobre os conflitos originados pelo delito, visando reparar as relações atingidas pela infração criminosa. Pode-se afirmar que o modelo restaurativo alude a um mecanismo de resposta ao crime que se funda no reconhecimento de uma dimensão intersubjetiva do conflito, assumindo a função de pacificação deste, por meio da reparação dos danos causados às vítimas, tendo por suporte fundamental o encontro e o diálogo.

Não obstante às tentativas de aproximação de um conceito de justiça restaurativa, ainda não se alcançou um conceito conclusivo e definitivo, havendo conceitos que se fundamentam nas práticas e outros que se justificam pelos resultados alcançados pelo modelo restaurativo. Desse modo, diante de tal controvérsia, mostra-se adequado considerar a proposta restaurativa como um conjunto de práticas em busca de uma teoria.

Com isso, a justiça restaurativa consiste numa nova perspectiva do crime, priorizando a dimensão privada do delito, de modo que este não seja apenas uma violação ao Estado, mas atinge relações e cria conflitos entre os indivíduos. Ademais, a justiça restaurativa possui uma definição aberta e

flexível, pois se modifica a partir das multifacetadas práticas decorrentes de diversificadas movimentações históricas, culturais e sociais. Para a maioria dos autores, o fenômeno restaurativo é complexo, perfazendo-se em um arquétipo aberto que se reinventa continuamente e se desenvolve com base nas próprias experiências empíricas.

Essa complexidade conjectura uma abordagem diferenciada da noção de justiça tradicional, permitindo a viabilidade de arranjos sociais ajustados às demandas e pleitos reais que se aproximam da ideia de justiça formulada por Amartya Sen, objeto de estudo do presente artigo.

Amartya Sen propõe uma ideia de justiça que se fundamente nos indivíduos e na vida que estes possam efetivamente levar, e não em um sistema autorreferente, distante e incompreensível para a maioria dos cidadãos. A necessidade de uma compreensão da justiça que se baseie na realização justifica-se pelo fato de que a justiça não pode ser indiferente à vida que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas são insubstituíveis, não sendo trocáveis pelas instituições e pela ordem normativa operante.

Nesse contexto, valendo-se do método hipotético-dedutivo e jurídico propositivo, ambiciona-se apresentar a justiça restaurativa, por meio da apreciação de bibliografia especializada, como uma proposta de resposta ao crime convergente ao neoconstitucionalismo e ao constitucionalismo do futuro, bem como à ideia de justiça formulada por Sen.

Para alcançar os fins propostos, organizou-se o presente artigo em cinco capítulos. Nos capítulos iniciais, são expostos os movimentos do neoconstitucionalismo, abordando o constitucionalismo brasileiro tardio e a racionalidade penal moderna, fatores este que justificam a resistência à cultura restaurativa.

Em um momento posterior, examina-se a ideia de justiça formulada por Amartya Sen, investigando-se as principais noções propostas em sua obra, analisando-se, ainda, os pilares teóricos e os antecedentes da ideia de justiça, bem como os aspectos de divergência entre as obras de Sen e John Rawls.

No capítulo subsequente, buscou-se investigar o novo paradigma de justiça e os modelos contemporâneos de justiça criminal, tais como a justiça consensual, terapêutica, instantânea e a restaurativa, sendo que todos estes

novos modelos têm como ponto em comum o fato de primarem o indivíduo, visualizando o delito não apenas como uma infração às normas estatais, mas também como um fato que atinge diretamente pessoas, gerando conflitos que o modelo retributivo não mostrou capaz de atender.

Neste sentido, no tópico seguinte, aprofunda-se a justiça restaurativa, examinando o seu conceito, ou a falta deste, bem como os seus fundamentos teóricos, práticas, valores e princípios, sendo esta considerada a Justiça para o século XXI. Ainda nesse contexto, analisou-se as principais críticas formuladas ao modelo restaurativo e sua harmonia com os valores constitucionais e garantias processuais dos ofensores.

E, por fim, relacionou-se o paradigma restaurativo com a ideia de justiça formulada por Sen, investigando-se a convergência entre a teoria seniana e o modelo emergente de justiça criminal, justificando-se, assim, a hipótese proposta no presente trabalho.

O Direito não se pode mostrar alheio à sociedade e às expectativas sociais, existindo não como um fim em si mesmo, mas como uma instância de controle e ferramenta de pacificação de conflitos. Desta forma, a ideia de justiça proposta por Sen fundamenta-se na premissa de que as ciências jurídicas não devem ser autorreferentes e indiferentes às vidas que os indivíduos podem efetivamente viver e aos conflitos intersubjetivos, assemelhando-se, assim, aos fins propostos pela justiça restaurativa.

02 NEOCONSTITUCIONALISMO E RELEITURAS CONSTITUCIONAIS

No início do século XX, originado na Europa, surge um novo sentido das movimentações históricas constitucionais, denominado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno, visão inovadora, mais ampla, distanciada da ideia de estado absenteísta em relação aos indivíduos, almejando prioritariamente a eficácia da Constituição para além de seu texto (CUNHA JR., 2011, p. 40-41). Neste momento de redescoberta constitucional, os direitos fundamentais apreendem um conteúdo interpretativo e axiológico para todo o ordenamento jurídico.

Para Dirley da Cunha Jr. (2011, p. 40), o novel pensamento constitucional pretende reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição para

conformar e validar a interpretação, a compreensão e a realização do direito. Para o autor mencionado, o neoconstitucionalismo se desenvolveu por consequência à ruína do Estado Legislativo de Direito, em virtude das barbáries perpetradas pelo governo nacional socialista alemão. Nesse contexto, a teoria jurídica recorreu à dimensão axiológica da constituição para obstar novas investidas à pessoa humana, afastando a legalidade como singular fundamento da lei promulgada por autoridade competente.

As principais características do neoconstitucionalismo despontam como corolário do reconhecimento da força normativa da Constituição, com ânimo vinculante e obrigatória, a exemplo da tentativa contínua de positivizar e concretizar as normas de direitos fundamentais, a presença de princípios e regras no conteúdo da norma fundamental, o surgimento de novas hermenêuticas para a compreensão sistêmica do direito constitucional, bem como o desenvolvimento de uma justiça distributiva, a naturalização de colisões entre normas constitucionais e o aprofundamento da complexidade normativa do Estado (CUNHA JR., 2011, 42).

A partir da incorporação de valores e opções ideológicas no texto constitucional, vislumbram-se novos horizontes para a concretização do despontante conteúdo que corporifica a dimensão axiológica da norma fundamental sem desprezar o princípio da legalidade, face à pós-modernidade. Nesse passo, Barroso (2005, p. 6) indica que o pós-positivismo, enquanto marco filosófico do neoconstitucionalismo, procura cultivar uma leitura moral do Direito, sem evocar a categorias metafísicas, inspirando-se em teorias sobre a justiça para fomentar uma reaproximação com a ética.

02.1 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO E RACIONALIDADE PENAL MODERNA

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 19), o constitucionalismo tardio se qualifica como um acontecimento decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, que fomentam a ausência de formação de uma cultura constitucional nos Estados pós-modernos organizados através de uma constituição formal. Essa conformação e concretização atrasada e procrastinada dos valores constitucionais conduzem à ineficácia social das

normas presentes na Carta Fundamental e impedem a efetividade do texto constitucional.

Para o autor, a cultura constitucional se estabelece quando os comportamentos das instituições públicas e privadas atuam conducentes a preservar a vontade da constituição, efetivar os princípios constitucionais ao máximo possível e disseminar o conhecimento estabelecido acerca do texto constitucional (2016 p. 19). Caso contrário, têm-se uma obstrução da consolidação, materialização e inovação dos direitos fundamentais.

Assim, o constitucionalismo tardio brasileiro impede o estabelecimento de uma cultura constitucional sólida que viabilize a institucionalização e revitalização dos direitos fundamentais, requerendo um apelo contínuo à formalidade para fomentar uma possível segurança jurídica no processo penal.

Por outro lado, a racionalidade penal moderna se refere a um sistema ideológico vinculado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas para a realização do sistema penal que justapõe o enunciado normativo e sanção, sendo a própria sanção o mecanismo de valoração da norma de comportamento. Álvaro Pires nos adverte que a racionalidade penal moderna institui um entrave epistemológico aos saberes relacionados à questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação (PIRES, 2004, p. 43), ou seja, à criação de uma nova racionalidade penal concernente à movimentação do período pós-moderno, rompendo a estrutura telescópica de norma de comportamento e sanção.

Com isso, o processo de irrealização da cultura constitucional inviabiliza o avançar da construção constitucional em vistas ao modelo neoconstitucionalista de resolução de conflitos, haja vista que o legalismo, ainda presente na persecução da realização do conteúdo material da constituição, aparenta garantir o cumprimento dos direitos fundamentais. Por consequência, as relações entre o direito penal e os direitos humanos e fundamentais se constroem de modo paradoxal e conflitante na racionalidade penal moderna (PIRES, 2004, p. 46), estimando a violação dos direitos fundamentais como meio de proteger os direitos fundamentais.

Além disso, a fusão entre o constitucionalismo tardio e a racionalidade penal moderna torna quase impossível a reflexão sobre o sistema penal ou a análise do crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflitiva -

privativa de liberdade – (PIRES, 2004, p. 42) e a aplicação de medidas alternativas na resolução dos conflitos penais, ainda que em complementariedade ao processo penal tradicional.

Inicialmente, perfaz-se premente anotar que, atualmente, a interpretação dos direitos fundamentais é fruto da própria racionalidade penal moderna e seus consectários, sem levar em conta a sua dimensão axiológica, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo neoconstitucionalismo. Leonardo Sica indica, nesse contexto, os postulados inibitórios do paradigma restaurativo: “a obrigação prática e política de punir; analogia entre crime e pena; proporcionalidade vertical (cresce a criminalidade e aumenta as penas); exclusão de alternativas à prisão”, advindos da premente necessidade de punir – fruto do paradigma punitivo, ainda vinculado ao modelo legalista (2007, p. 135).

Ademais, a noção de constitucionalismo do futuro, do por vir ou vindouro, com base em Rafael Lazari (2012, p.346), traduz-se numa projeção do que haveria posteriormente ao neoconstitucionalismo, sobrepujando as críticas feitas ao modelo contemporâneo e instituindo novas convicções para a interpretação e materialização do direito constitucional.

O constitucionalismo do futuro, assim, terá de conformar e consolidar os direitos fundamentais de terceira geração, incorporando na construção interpretativa constitucional a ideia de fraternidade e solidariedade, equilibrando o conservadorismo moderno e as inovações advindas das críticas perpetradas ao arquétipo neoconstitucional.

Com isso, institui-se uma outra leitura das normas norteadoras do ordenamento jurídico, lastreadas, nesse momento vindouro, em valores que transcendem a igualdade formal e material, fundando-se na participação dos indivíduos no desenvolvimento do sentido de justiça plural e afetiva.

Nesse contexto, na projeção do constitucionalismo do por vir, após a consolidação do neoconstitucionalismo, José Roberto Dromi indica que a leitura do direito constitucional será influenciada até se identificar com as noções de verdade, consenso, continuidade, participação, integração e solidariedade (DROMI *apud* TAVARES, 2013, p. 35).

Contudo, diante da consolidação do constitucionalismo tardio brasileiro e a impossibilidade de se realizar os valores íncritos do neoconstitucionalismo e,

até mesmo, do constitucionalismo do futuro, novos modelos de resolução do conflito penal ainda são considerados instituições danosas e temerárias às garantias constitucionais, apesar dos gritantes indicativos favoráveis à sua institucionalização.

03 A IDEIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, prevê que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária consiste em um dos objetivos da nação brasileira. Todavia, o que se entende por uma “sociedade justa”? É possível alcançarmos uma sociedade plenamente justa?

A partir da premissa de que a partir do pensamento iluminista se podem distinguir duas correntes filosóficas sobre o que é justiça, Amartya Sen filia-se à compreensão da justiça focada nos comportamentos das pessoas, considerando as vicissitudes da realidade, em detrimento a uma concepção de justiça voltada às instituições e os arranjos sociais. Para o autor, a realização da justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não somente em relação às instituições que as cercam (SEN, 2011, p. 12).

Assim, uma abordagem contratualista, inicialmente concebida por Thomas Hobbes, no século XVII, e levada adiante por Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Immanuel Kant e John Rawls, concentrou a identificação da justiça a partir de arranjos sociais hipoteticamente justos para a sociedade. Essa perspectiva, que Sen opta por batizar de “institucionalismo transcendental”, concentra sua atenção em identificar uma justiça perfeita, buscando apenas detectar as características sociais que não podem ser transcendidas com relação à justiça, de modo que seu foco não é a comparação entre sociedades reais e viáveis, mas entre arranjos sociais hipotéticos.

Nesta esteira de reflexão, sustenta o autor que, na busca da “justiça perfeita”, o institucionalismo transcendental concentra seus esforços em acertar nas instituições, sem atentar-se diretamente às vidas que as pessoas efetivamente podem levar. Desta forma, segundo Sen,

[...] um “contrato social” hipotético, supostamente escolhido, claramente diz respeito, a uma alternativa ideal para o caos que de outra forma caracterizaria uma sociedade, e os contratos que foram mais discutidos por tais autores lidavam sobretudo com a escolha de

instituições. O resultado geral foi o desenvolvimento de teorias da justiça que enfocavam a identificação transcendental das instituições ideais (2011, p. 36).

Por sua vez, em comparação com o institucionalismo transcendental, outros pensadores buscaram uma concepção de justiça baseada nas realizações concretas dos indivíduos, concentrando-se no comportamento real das pessoas, em vez da mera suposição de que todas seguem o comportamento supostamente ideal. De acordo com a doutrina de Sen, diferentes versões desse pensamento comparativo encontram-se esparsas, exemplificativamente, nas obras de Adam Smith, do Marquês de Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, Karl Marx e John Stuart Mill (SEN, 2011, p. 37).

Em que pese os referidos autores possuam diferentes ideias sobre as exigências da justiça, bem como tenham proposto distintos modos de realizar comparações sociais, afirma Sen que todos estes possuem em comum o fato de haverem baseado suas comparações e análises tomando como parâmetro sociedades já existentes ou que poderiam existir, não se limitando a examinar pesquisas transcendentais de hipotéticas sociedades perfeitas e, conseqüentemente, justas (SEN, 2011, p. 38).

A distância entre a perspectiva do institucionalismo transcendental e o viés da análise comparativa focada em realizações é bastante significativa, sendo que a primeira corrente mostra-se como filosofia política hoje predominante, de modo que a caracterização de instituições perfeitamente justas transformou-se no exercício central das teorias da justiça modernas.

A ideia de justiça formulada por Amartya Sen busca investigar, fundamentando-se na comparação baseada na realidade, os avanços e retrocessos da justiça, abandonando a perspectiva do institucionalismo atualmente dominante, sustentando a necessidade de reforma substancial das modernas teorias da justiça. Para o autor, “a teoria da justiça, assim como formulada no âmbito do institucionalismo transcendental hoje dominante, transforma muitas das questões mais relevantes da justiça em retórica vazia – mesmo que reconhecida como uma retórica ‘bem-intencionada’” (SEN, 2011, p. 56).

Nesse contexto, este deslocamento das reflexões sobre a concepção de justiça das instituições para a realidade concreta e comportamento real das pessoas aproxima a ideia de justiça formulada por Sen, ao aduzir que “a justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam” (SEN, 2011, p. 13), da proposta da justiça restaurativa.

Com efeito, o substrato ideológico restaurativo direciona-se para a valorização dos problemas reais dos envolvidos no conflito em detrimento do sistema de justiça autorreferente, de modo que a proposta do modelo restaurativo e a ideia de justiça baseada nas realizações concretas dos indivíduos convergem no sentido de que um modelo adequado de justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem efetivamente viver.

Ademais, ao longo da sua tese, o autor faz reiteradas alusões à distinção clássica no pensamento de justiça indiano entre os vocábulos *niti* e *nyaya*, que significam, respectivamente, justiça, no sânscrito clássico. O primeiro conceito, *niti*, relaciona-se à adequação organizacional e à correção comportamental, ao passo que o segundo, *nyaya*, diz respeito ao que resulta e ao modo como é construída a partir da vida que as pessoas são efetivamente capazes de levar (SEN, 2011. p. 17).

A distinção realizada pelo autor ajuda-nos a ver com clareza que há dois tipos significativamente diferentes, embora relacionados, de justiça, que sustentam a ideia de justiça proposta pelo autor indiano.

Malgrado a grande relevância atribuída à razão e à objetividade, a ideia de justiça também busca a revalorização dos sentimentos, invocando, para tanto, a relação entre a inteligência e a bondade feita por Wittgenstein (SEN, 2011, p. 125).

Outrossim, o economista indiano coloca sua ideia de justiça em contraposição à teoria da justiça proposta por John Rawls. Segundo o primeiro autor, a natureza e os conteúdos dos princípios de justiça rawlsianos conduzem à conclusões problemáticas, tais como concentrar-se apenas na identificação das demandas de uma sociedade perfeitamente justa (o que seria inviável e impossível, na perspectiva seniana); bem como formula as exigências da justiça que se mostram exclusivamente focados nas instituições, ignorando o viés mais amplo das realizações sociais, além de não abrir espaço

para a possibilidade de que os indivíduos nem sempre se comportem de forma razoável, apesar do contrato social hipotético (SEN, 2011, p. 125). São estas, dentre outras considerações, que criam um ponto de fratura e divergência entre os pensamentos dos referidos autores.

É justamente essa busca pela diminuição das injustiças e busca por uma justiça tomando como ponto de partida o plano da realidade e conflitualidade reais, bem como a inexistência de soluções justas pré-definidas e inviabilidade de arranjos sociais perfeitamente justos, que aproximam a ideia de justiça formulada por Sen da ideologia proposta pelo paradigma restaurativo.

04 MODELOS CONTEMPORÂNEOS DE JUSTIÇA CRIMINAL

A partir da leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro, observa-se que o seu substrato ideológico foi estruturado no sentido de privilegiar os interesses do sistema de justiça e do Estado, em detrimento aos interesses dos indivíduos.

Tal estrutura inquisitorial velada do processo penal brasileiro, em que pese seu rótulo de sistema acusatório, apresenta os sintomas da crise do modelo criminal retributivo: o aumento da malha repressora do Direito Penal e a expansão da instrumentalidade repressiva do processo criminal.

Assim, esta sistemática da busca pela verdade e “rigorosa e expedita aplicação da lei penal” declarada na exposição de motivos revela a opção pelo processo penal de emergência. Porém, essa política criminal de aumento da repressão começou a ser questionada e seus dogmas deixaram de ser intransponíveis, razões pelas quais o Código de Processo Penal passou por pontuais reformas e editou-se a Lei 9.099/1995, no intuito de criar novos institutos jurídicos no enfrentamento do fenômeno criminal, numa demonstração de que novas ferramentas foram criadas e colocadas à disposição do sistema jurídico processual penal.

Todavia, conforme nos alerta Achutti, essa mudança gradual do panorama do processo penal pode vir a importar numa “diminuição protetiva” dos acusados (2009, p. 58).

Neste contexto de criação de novos modelos de gestão do conflito criminal, apesar das críticas formuladas quanto à informalização da justiça e

diminuição das garantias dos infratores, verifica-se que tais modelos, que vêm sendo gradualmente implementados no Brasil, oferecem novas possibilidades, perspectivas e alternativas de resolução dos litígios penais, cada um com suas propostas e peculiaridades.

04.1 JUSTIÇA CONSENSUAL

A justiça consensual surge no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei 9.099/1995, trazendo em seu bojo uma ideologia de informalização da justiça criminal, propondo não a renúncia estatal quanto ao controle de certas condutas, mas na flexibilização das margens de tolerância, abrindo a possibilidade de alternativas de controle social menos onerosas.

O novo modelo foi recepcionado como um novo horizonte de expectativas de transformação do sistema estigmatizante, hiperbólico e repressor de justiça criminal, abrangendo aqueles chamados “crimes de menor potencial ofensivo”, considerados como aqueles cuja pena máxima não ultrapasse o patamar de dois anos.

Da leitura da Lei 9.099/1995, depreende-se que o processo penal dos Juizados Especiais Criminais – JECRIM, deve ser orientado pelos princípios da oralidade, informalidades, da celeridade e economia processual, visando a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não aplicação de penas privativas de liberdade. O modelo de processo do JECRIM preza por uma maior participação dos envolvidos na tentativa de resolução do problema, fornecendo um equilíbrio na atuação entre o autor do fato, a vítima e seus advogados.

Nesta esteira de reflexão, tem-se que a introdução do modelo consensual de justiça criminal no ordenamento jurídico brasileiro importa numa importante ruptura do tradicional sistema processual penal meramente retributivo, abrindo espaço para o diálogo, para a composição dos danos, para a tentativa de conciliação entre os envolvidos no conflito, bem como para uma possível proposta de transação penal entre o ofensor e o Ministério Público. Para Achutti, a introdução destas novas ferramentas jurídicas no processo penal brasileiro “representa não só uma ruptura com o antigo sistema, mas um avanço no sentido de reconhecer a falácia de um local privilegiado de

exposição de poder que nunca quis saber de fato quem estava do outro lado” (ACHUTTI, 2009, p. 66).

Todavia, em que pese os aspectos positivos introduzidos pela justiça consensual no ordenamento normativo brasileiro, critica-se que a informalização do processo penal significa, por outra via, uma redução das garantias do ofensor, tais como devido processo legal e presunção de inocência, bem como o recrudescimento do controle social. Atento a essa realidade, Moraes da Rosa pondera que:

Demora-se muito para julgar porque fora a **esculhambação** que são os **Juizados Especiais Criminais**, onde vale tudo e se dá um tratamento rápido e inconstitucional a questões sociais, a saber, dificilmente um Termo Circunstanciado é crime: pode ser briga entre parentes, vizinhos, xingamentos, latido de cachorro, direito de vizinhança. Mas como não se têm acesso ao Judiciário no Cível, resta a “queixa” na Delegacia. Um programa de auditório de mau-gosto, onde os pobres entram com sua ficha de antecedentes e, até, como o corpo. No juízo comum, denuncia-se falta de pagamento de imposto, furto de sabonete, calcinha e coisas do gênero. Não sobra tempo, de fato, para o que importa numa sociedade em que o Direito Penal deveria ser mínimo (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 09) (grifos originais).

Em que pese a validade de tais críticas, tem-se que a implantação do diálogo e do modelo consensual de justiça no processo penal brasileiro deve ser lido como o reconhecimento da existência da vítima, enquanto ser humano, transformando o ofendido em sujeito processual, e não em mero informante, outorgando-lhe um local de fala e abrindo a possibilidade de composição entre os envolvidos no conflito, objetivando a pacificação social.

04.2 JUSTIÇA TERAPÊUTICA

A justiça terapêutica consiste em um conjunto de medidas que objetiva a atenção ao usuário de drogas infrator, visando ampliar a possibilidade de que infratores usuários de drogas realizem tratamento para que possam retornar ao convívio social, bem como a diminuição da reiteração delitiva nas infrações que envolvam, direta ou indiretamente, o uso de drogas.

Tal modelo de justiça origina-se no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990), que preconiza medida de proteção à criança ou adolescente infrator, ao invés de imposição de sanção.

A base principiológica da justiça terapêutica consiste em subtrair o acusado em delitos envolvendo drogas do sistema de tratamento e colocá-lo em tratamento, permitindo a redução do encarceramento dos indivíduos envolvidos com substâncias entorpecentes ilícitas. Segundo Achutti, a justiça terapêutica foi pensada tomando-se como pressuposto a falência do sistema tradicional (prisão) para a gestão da problemática social dos viciados em drogas, priorizando a recuperação do infrator (ACHUTTI, 2009, p. 68)

A edição da novel legislação de drogas (Lei 11. 343/2006), ao despenalizar a conduta do usuário de drogas, prevendo no preceito secundário do art. 28 a possibilidade do cumprimento pelo infrator de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo introduz a possibilidade de adoção da justiça terapêutica pelo ordenamento normativo brasileiro.

04.2 JUSTIÇA INSTANTÂNEA

O projeto justiça instantânea surge a partir da Resolução 171/1996 do Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, visando a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua ato infracional.

Neste contexto, reúnem-se Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Secretaria de Justiça e Segurança, através das Delegacias de Polícia, visando fornecer atendimento instantâneo e “em tempo real” aos menores em conflito com a lei.

Visando propiciar uma resposta imediata aos adolescentes acusados da prática de atos infracionais, a justiça instantânea fundamenta-se no art. 88, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que o menor possa ser atendido de maneira ágil e eficiente, priorizando-se os interesses do menor infrator, objetivando o seu tratamento e recuperação, e não apenas puni-lo.

05 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, em um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade se dá em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica.

Para Cláudia Cruz Santos (2014), o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime, com práticas determinadas que buscam objetivos específicos, que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Howard Zehr (2012), de forma sucinta, define o modelo restaurativo como um processo voltado à restauração, dentro dos limites possíveis, a todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e reparar os danos da melhor maneira possível.

Dissertando sobre a dificuldade de conceituação, Palamolla pondera acerca da fluidez e abertura da definição das práticas restaurativas, aduzindo, em síntese, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas” (2009, p. 54).

Ainda nesta esteira de reflexão, Santos registra que a dificuldade de conceituar a Justiça Restaurativa advém da sua pluralidade de procedimentos e finalidades. Desta forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista).

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim

como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime.

Ademais, o modelo restaurativo também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade como sujeito processual na construção da solução do conflito.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução, quase mágica, dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudo-preventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensão humana de cada conflito.

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas nos moldes no pensamento jurídico tradicional pode resultar. De forma simplificada, pode-se afirmar que a manutenção do conceito aberto parte da percepção de que “quem se define se limita”.

Todavia, ressalte-se que essa abertura conceitual consiste no fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas como restaurativas dão margem à ausência de limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, de viabilização dessas práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

06 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA VIA ADEQUADA PARA O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO

A justiça restaurativa conjectura um novo paradigma que se arvora a romper, ainda que parcialmente, com o paradigma retributivo-punitivista, o institucionalismo transcendental e a racionalidade penal moderna. Segundo Ilana Martins Luz (2012, p. 112), essa mudança de paradigma perpassa pela

reestruturação da concepção de crime. Nesse sentido, o ato ilícito criminoso deixa de ser idealizado como uma afronta à norma penal e sobrevém a ser visto como uma conduta que molesta concretamente as pessoas e a sociedade.

Para o modelo em estudo, a punição é mera faculdade para as situações abarcadas pelas práticas restaurativas (SICA, 2007, p. 42-43). Note-se que o preceito e a sanção se distanciam, bem como, sua aplicação (SICA, 2007, p. 188). O valor estabelecido no preceito é reconhecido sem a necessidade da aplicação da sanção para conferir eficácia ao sistema normativo penal. Desse modo, a punição é aplicada secundariamente, estando o foco da resposta penal no encontro, na reparação e na transformação a partir do delito (PALLAMOLLA, 2009, p. 58-60).

Faz-se imperativo observar que ao deslocar a sanção para um plano secundário, se está modificando a concepção moderna das garantias e direitos fundamentais, intuitivamente vinculado aos valores neoconstitucionais, avançando à “legalidade estrita para empreender uma leitura moral do direito” (BARROSO, 2005, p. 6), moralidade essa vinculada às pessoas e comunidade próximas ao delito.

Como já afirmado, a justiça restaurativa não pretende extinguir a justiça penal tradicional. No entanto, a conciliação entre encontro, reparação e transformação se pretende em benefício do autor e ofensor, sendo incompatível com a lógica retributivista que almeja a pena *prima facie*, afastando-se do princípio constitucional da *ultima ratio*.

Outrossim, Howard Zehr e Ali Gohar apresentam a justiça restaurativa tendo por enfoque os danos e as conseqüentes necessidades da vítima, do ofensor e da própria comunidade (ZEHR; GOHAR, 2003, p. 21). Além disso, aduzem o tratamento das obrigações resultantes dos danos advindos do delito, possibilitando uma redenção positiva do ofensor para com a vítima. Para tanto, se vale de métodos integrativos e cooperativos, a fim de incluir os indivíduos marginalizados pelo crime, envolvendo todos os interessados na situação (vítima, ofensores, comunidade e sociedade), reparando as mazelas do crime e do cárcere, reafirmando o sentimento constitucional de fraternidade.

Igualmente, a ênfase na emancipação das partes ante o delito indica o empoderamento dos envolvidos como catalisador da superação da conduta

desviante, seja em relação ao ofensor quando, em ciência do desvalor da conduta, se arrepende, bem como, quando a vítima reestabelece sua autoestima e altivez.

Vale lembrar que são características fulcrais da justiça restaurativa a prevalência do respeito ao próximo em detrimento da opressão e violência; destaque no diálogo acerca do dano causado à vítima; ênfase na tentativa de reparar os laços sociais rompidos com a ofensa.

Howard Zehr (2012) anota que por meio desse novo programa penal se busca a responsabilização do ofensor e a reparação do dano, avesso da estigmatização e punição. Não obstante, a responsabilização almejada aqui não é a punibilidade, mas o compromisso de reparar o mal causado.

À vista disso, o fazer restaurativo objetiva envolver por meio de processos e práticas eminentemente colaborativos, reflexo da pós-modernidade constitucional, todas as pessoas afetadas pelo delito com escopo de realizar a paz social, corolário dos direitos fundamentais em sua dimensão axiológica presente no constitucionalismo pós-positivista e na projeção de Roberto Dromi.

Por fim, conclui-se que o ponto de interseção entre os valores do neoconstitucionalismo e a realização da justiça, na concepção de Sen, ocorre na formulação de respeito e primazia aos indivíduos, e não apenas privilegiar as instituições e o ordenamento normativo.

Desta forma, a introdução de práticas consensuais e reparadoras, viabilizando um novo olhar sobre construção da ideia de justiça por meio política criminal tradicional, converge no sentido de construir um novo conceito de justiça, fundamentado nos valores, princípios e práticas restaurativas, em detrimento da resposta penal meramente punitivista, constituindo uma modificação de perspectiva sobre a concepção de justiça idealizada para uma acepção real e concreta a partir das relações existentes entre os indivíduos, conforme o constitucionalismo do futuro e a ideia de justiça proposta por Amartya Sen.

07 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a justiça restaurativa emerge como um novo paradigma de justiça criminal, propondo um modelo consensual, participativo e dialógico, que objetiva, antes da punição, a emancipação dos afetados pelo delito, por meio da reparação à vítima pelos danos sofridos, da ressocialização do ofensor e da restauração/reconstrução dos laços sociais rompidos.

Além disso, refletir a justiça restaurativa como um novo modelo de resposta ao crime é estabelecer um novo olhar frente à concretização de um sistema de justiça mais democrático e igualitário dentro dos parâmetros do neoconstitucionalismo. Igualmente, a construção teórica da justiça restaurativa origina-se da vitimologia e do abolicionismo penal, radicando seus princípios e valores uma nova acepção de justo, que se relaciona com os valores de solidariedade, do diálogo, almejando a paz social.

A justiça restaurativa possui uma definição aberta e flexível, pois se modifica a partir das multifacetadas práticas decorrentes de diversificadas movimentações históricas e culturais, caracterizando-se como um modelo complexo e aberto que se reinventa continuamente, se desenvolvendo com base nas próprias experiências empíricas. A sua complexidade valorativa e sua flexibilidade conceitual ensejam uma reforma substancial das teorias modernas de justiça para, rompendo com o institucionalismo transcendental e a racionalidade penal moderna, construir uma ideia de justiça fundada nas relações concretas existentes entre as pessoas.

Assim, ao primar pelos indivíduos em detrimento às instituições, a justiça restaurativa encaminha-se no sentido de concretização da ideia de justiça, uma vez que as instituições de controle social não podem existir como um sistema autorreferente, alheio e indiferente à realidade social. Desta forma, conclui-se que a introdução de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal ratifica os valores propostos pelo neoconstitucionalismo, consubstanciando, assim, a ideia de justiça, na acepção proposta por Sen.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Athena, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2011, p. 1296.

LAZARI, Rafael de. **Reflexões críticas sobre a viabilidade de um 'constitucionalismo do futuro' no Brasil: exegese valorativa**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 9, p. 91-112, 2011.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal**. 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

MELO, Eduardo Rezende. **Comunidade e justiça em parceria para a promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança um experimento de justiça restaurativa e comunitária**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre , v.6, n.23 , jul./dez. 2006.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna: o modelo de nova prevenção**. São Paulo: CEBRAP, 2004. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf>. Acesso em: 28 abr 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**; tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília, DF: ESMPU, 2016. 217 p.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. **Implicações culturais na justiça restaurativa**. Boletim Científico, Brasília, DF, v. 10, n. 34, jan./jun. 2011

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. 1141 p

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**. 2003. Disponível em: <<http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf>>. Acesso em: 27 abr 2014.

_____. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas