



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PARA O
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO BRASIL**

Ana Carla Coelho Bessa

Fortaleza - CE
Agosto, 2008

ANA CARLA COELHO BESSA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PARA O
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Lília Maia de Moraes Sales.

Fortaleza-CE
2008

B557j Bessa, Ana Carla Coelho.
Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei
no Brasil / Ana Carla Coelho Bessa. - 2008
144 f.

Cópia de computador.
Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.
“Orientação : Profa. Dra. Lília Maia de Morais Sales.”

1. Justiça restaurativa. 2. Infração. 3. Conciliação e mediação (Direito).
4. Adolescentes – Assistência social. I. Título.

CDU 343.242

ANA CARLA COELHO BESSA

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PARA O
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO BRASIL

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Lília Maia de Moraes Sales (orientadora)
UNIFOR

Prof. Dr. Francisco Humberto Cunha Filho (examinador)
UFC

Prof. Dr. César Barreira (examinador)
UNIFOR

Dissertação aprovada em: 25/08/2008

RESUMO

A presente dissertação levanta a possibilidade de aplicação do paradigma da Justiça Restaurativa como instrumento democrático de resolução de conflitos provocados por adolescentes, devido à prática de atos infracionais. Como meio de realização da Justiça Restaurativa, foi proposta a prática da mediação para adolescentes autores de atos infracionais, com suas principais características, estrutura, princípios, objetivos e procedimentos, a exemplo do que já ocorre em alguns estados do Brasil e em outros países. Concluiu-se que a Justiça Restaurativa realizada pela Mediação pode ser considerada meio de resolução de conflitos penais ocasionados por atos infracionais cometidos por adolescentes, possibilitando a otimização dos resultados previstos para as medidas socioeducativas previstas pela legislação brasileira, a superação da influência do antigo paradigma retributivo do Direito Penal no direito do adolescente e o favorecimento da paz social.

Palavras-Chave: Medida socioeducativa. Atos infracionais. Justiça restaurativa. Mediação.

ABSTRACT

This dissertation raised the possibility of applying the paradigm of Restorative Justice as an instrument of democratic resolution of conflicts caused by teenagers, because of the practice of acts of infringement. As a means of achieving Restorative Justice proposal was the practice of mediation for perpetrators of Acts of Infringement teenagers, with their main characteristics, structure, principles, objectives and procedures, similar to what already occurs in some states of Brazil and other countries. It was concluded that the Restorative Justice held by the mediation can be considered means of resolving conflicts caused by acts of infringement committed by teenagers, enabling the optimization of expected results for the socio-educational measures provided for by Brazilian legislation, overcoming the influence of retribution old paradigm of criminal law in right of the teenagers, and fostering social harmony.

Keywords: Socio-educational measures. Acts of infringement. Restorative justice. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO OCIDENTE	12
1.1 Origem e evolução da pena.....	13
1.2 A pena privativa de liberdade	19
1.3 As escolas penais.....	24
1.3.2 Escola positiva	26
1.3.3 Terceira Escola Crítica.....	28
1.3.4 Escola Moderna Alemã	29
1.3.5 Escola Técnico-Jurídica	29
1.3.6 Escola Correcionalista.....	29
1.3.7 Defesa Social	30
1.4 As teorias da pena	30
1.4.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena	30
1.4.2 Teorias relativas ou preventivas da pena	31
1.4.3 O Modelo Penal Garantista de Luigi Ferrajoli	33
1.5 O sistema penal na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni	36
1.6 A justiça restaurativa	38
2 O ATO INFRAACIONAL E O DIREITO DO ADOLESCENTE NO BRASIL	44
2.1 O adolescente no contexto do direito penal no Brasil	44
2.2 Evolução do direito da criança e do adolescente	47
2.3 Origem do tratamento concedido ao adolescente em conflito com a lei no Brasil	52
2.4 Atual tratamento concedido ao adolescente em conflito com a lei no Brasil	55

2.4.1	Apuração do ato infracional atribuído a adolescente	56
2.4.2	As medidas socioeducativas	60
2.5	Garantias e responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei na Doutrina da Proteção Integral	67
3	JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PARA O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO BRASIL	82
3.1	Direito penal de emergência, justiça restaurativa e mediação penal	83
3.1.1	Justiça restaurativa	86
3.1.2	Mediação de conflitos	92
3.1.3	Mediação penal	98
3.2	Algumas críticas e respostas acerca da aplicação da justiça restaurativa e mediação em conflitos com a lei penal	108
3.3	Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei	114
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
	REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho dissertativo é a aplicação, no Brasil, da Justiça Restaurativa na resolução de conflitos com a lei provocados por adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais, tendo em vista aperfeiçoar a aplicação do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

O interesse pelo tema surgiu a partir de serviços prestados em um dos Centros Educacionais da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará, onde são internados, por determinação da Vara da Infância e Juventude de Fortaleza, adolescentes em conflito com a lei.

O trabalho do advogado dos Centros de Internação obviamente não inclui a defesa dos adolescentes no processo, uma vez que tal papel cabe ao defensor público da Vara da Infância e Juventude, mas consiste: no acompanhamento daqueles às audiências; no fornecimento de informações solicitadas pela justiça da infância e juventude; e na observação do andamento de cada processo, esclarecendo possíveis dúvidas do adolescente ou de sua família.

A experiência de trabalho ampliou um olhar antes centrado apenas no fato jurídico, dirigindo-o também às pessoas envolvidas em suas conseqüências, bem como às suas relações, o que resultou nas seguintes observações:

Ainda que, nos dias atuais, a internação seja aplicada com o objetivo a educação e a socialização do adolescente, na maior parte dos casos a medida é recebida por ele e por sua família como uma mera punição, ou mesmo como injustiça;

A experiência de internação muitas vezes é banalizada pelo adolescente, que passa por ela sem realizar a construção de um novo projeto de vida e redirecionamento de suas ações para melhoria de seu relacionamento com o meio social, apesar do trabalho realizado por parte dos setores especializados oferecido pela instituição, com a psicologia, assistência social e pedagogia.

Geralmente o adolescente nada sabe sobre o contexto de vida do ofendido e vice-versa. E mesmo quando tem algum tipo de relação continuada (trabalho, escola, vizinhança, etc.), ambos ficam centrados apenas no ato infracional ocorrido e na sentença iminente, de modo que mesmo após o cumprimento da medida socioeducativa, em algumas situações, o conflito subjacente àquela infração não se encerra, mas pode prolongar-se em retaliações mútuas;

A vítima do ato infracional assume uma postura de ressentimento e passividade no conflito, e não tem nenhum momento de diálogo com o ofensor que oportunize conhecer sua vida, sua história, expressar-se e, em alguns casos, até reconhecer possíveis contribuições que tenha oferecido para o desfecho do conflito.

O adolescente sai do Centro de Internação com a identidade pessoal e social de “infrator”. Tal estigma pode ser assumido por ele ponto de ignorar a determinação de cumprir a Liberdade Assistida, determinada judicialmente para organizar seu retorno à vida social. O não cumprimento de tal determinação irá levá-lo novamente à internação por descumprimento de medida. Assumir o estigma de “infrator” poderá também levá-lo à prática contínua de outros atos infracionais e, conseqüentemente, a novas internações e a um ingresso no mundo do crime na vida adulta.

A par das observações realizadas em ambiente de trabalho, a disciplina cursada no Mestrado em Direito Constitucional, atualmente intitulada “Mediação e Arbitragem no Estado Democrático”, proporcionou o conhecimento do conceito de mediação, bem como da existência de Projetos de Lei e experiências práticas do referido instituto no Brasil. O aprofundamento teórico dos mencionados estudos levou ao conhecimento da Justiça Restaurativa, vista nos dias de hoje como novo paradigma, alternativo ao paradigma punitivo e retribui-o próprio do Direito Penal. A teoria estudada juntou-se à observação provocando a reflexão acerca da problemática do adolescente em conflito com a lei no Brasil, e despertando o interesse pela pesquisa acerca do tema.

Quanto à definição de termos, vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera ato infracional a conduta descrita na legislação penal como crime ou contravenção, e prevê, em todo o seu artigo 112, e nos incisos I a VI do seu artigo 101, ao todo doze medidas sócio-educativas que poderão ser aplicadas ao adolescente em conflito com a lei.

Com respeito à medida socioeducativa de internação, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 227, inciso “V” do parágrafo 3º, a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação, aos adolescentes, de qualquer medida privativa de liberdade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 122, regula que “em nenhuma hipótese, será aplicada a internação, havendo outra medida adequada ao adolescente”, e que a internação só pode ser aplicada quando: tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2006, o Brasil tinha 34.870 adolescentes autores de atos infracionais cumprindo algum tipo de medida sócio-educativa. O percentual destes que cumpria medida privativa de liberdade, era de 48%. Completando este dado, o Levantamento Nacional do Atendimento socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei realizado no Brasil em 2006, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, trouxe a seguinte constatação: entre 2002 e 2006, o número de adolescentes privados de liberdade no Brasil aumentou 28%.

Considerando que, antes do surgimento do Direito da Criança e do Adolescente, esta população esteve por longo período, submetida aos ditames do Direito Penal, inclusive no que diz respeito à privação de liberdade, surge como problema de pesquisa à influência do paradigma punitivo do Direito Penal na imposição da medida sócio-educativa de internação aplicada ao adolescente, contribuindo assim para a inversão do princípio da excepcionalidade da internação, estabelecido pela Constituição de 1988, e regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Levantou-se então a hipótese de que Justiça Restaurativa, aplicada através da mediação de conflitos poderia contribuir para a aplicação do princípio constitucional da excepcionalidade da privação de liberdade do adolescente.

A Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social da ONU define como Programa de Justiça Restaurativa “qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”, os quais consistem em “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas

do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”; e define resultado restaurativo como “um acordo construído no processo restaurativo”. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios. A ONU encoraja seus Estados-membros ao desenvolvimento de programas de justiça restaurativa na área criminal.

Quanto à mediação de conflitos, no Brasil tramita atualmente o Projeto de Lei 94/2002, que define a mediação como “atividade técnica, exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”. O Projeto de Lei em tramitação estabelece a mediação prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores, sendo lícita em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

O objetivo da pesquisa foi investigar a influência do paradigma punitivo do Direito Penal no tratamento concedido pelo Estado ao adolescente a quem se atribui prática de ato infracional e examinar possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, através da mediação, como alternativa para resolução de conflitos com a lei, por parte de adolescentes, a aplicação dos princípios constitucionais relativos à proteção integral do adolescente. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica e documental. A análise dos dados teve como parâmetros a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a normativa internacional prevista para o adolescente em conflito com a lei; e os documentos nacionais e Internacionais referentes à Justiça Restaurativa e à Mediação. A dissertação foi distribuída em três capítulos: o primeiro capítulo traz uma síntese da evolução da pena no Ocidente; no segundo capítulo se apresenta a evolução do tratamento concedido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao adolescente em conflito com a lei, dando-se ênfase no sentido punitivo retributivo da resposta ao ato infracional; e no terceiro capítulo conceitua-se e discute-se a prática da Justiça Restaurativa através da Mediação como alternativa ao tratamento dado ao adolescente em conflito com a lei no Brasil.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO OCIDENTE

O primeiro capítulo desta dissertação foi dedicado à evolução da justiça punitiva, como reação ao delito no Ocidente, tendo em vista chegar à constatação do modelo penal retributivo vigente hoje no Brasil, ao qual se contrapõe o inovador paradigma da Justiça Restaurativa. A pesquisa foi realizada para ser utilizada em uma posterior análise da influência do paradigma retributivo da legislação penal na legislação especial referente ao adolescente autor de atos infracionais, com vistas à apresentação do modelo Restaurativo para a resolução dos conflitos penais provocados por aquela população.

Karyna Batista Sposato afirma a existência de uma perspectiva punitiva adotada pela justiça da infância e da adolescência nas medidas socioeducativas da internação e semiliberdade dirigidas aos adolescentes em conflito com a lei. A seu ver, a evolução do tratamento dispensado ao adolescente, a quem se atribui a prática de ato infracional, favoreceu a construção de um sistema paralelo ao Direito Penal, que chega a ser mais agudo que aquele:

O estudo da construção do direito da criança e do adolescente, da organização do sistema de justiça da infância e juventude brasileira e da matéria pertinente à responsabilização de adolescentes autores de ato infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente aponta para a existência de um direito penal juvenil brasileiro. [...] A discricionariedade, característica marcante historicamente do funcionamento da justiça da infância e juventude em nosso país, especialmente no que tange à atribuição da autoria de atos infracionais aos adolescentes e conseqüente imposição de medidas socioeducativas, revela um sistema altamente arbitrário e totalizante, em nome de suposta 'proteção'.¹

Por seu lado, Alexandre Morais da Rosa coloca-se contra a aplicação mecânica das normas de Direito Penal e Processual Penal na seara infracional, a título de ser concedida segurança jurídica aos adolescentes, e defende a autonomia do direito do adolescente na área infracional, que, a seu ver, não necessita aproximar-se do Direito Penal para garantir os Direitos Fundamentais dos Adolescentes na mencionada área:

Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito Penal. [...] A autonomia do Direito Infracional, pelo que se mostrou, demanda a construção de um sistema próprio, sem

¹ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.193.

as sedutoras e fáceis aproximações, adequado ainda à realidade brasileira. Um sistema que seja garantista e afaste a pretensão de ‘normalização’ dos adolescentes não se confunde, de vez, com o Direito Penal Juvenil.²

Com base em tais afirmações, foi feito um estudo sobre a evolução do Direito Penal no Ocidente, para investigar seu cunho retributivo, bem como sua influência sobre o Direito da Criança e do Adolescente, especificamente no que diz respeito ao tratamento concedido ao adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional.

1.1 Origem e evolução da pena

O estudo dos antecedentes históricos do Direito Penal permite e facilita um melhor conhecimento do direito vigente. Embora tais antecedentes não constituam uma evolução sistemática, com fases definidas, pode-se ter uma noção do que caracterizou as mais importantes reações ao delito nas principais fases da história.³

Não há como precisar, cronologicamente, o surgimento da pena. Em seus estudos, Dotti chega à seguinte conclusão:

O direito comparado revela que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como o *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem.⁴

Para Mirabete, o Direito Penal começa com o surgimento dos agrupamentos humanos, embora só se possa falar de um sistema orgânico de princípios penais a partir do desenvolvimento do poder político em tais agrupamentos. O mencionado autor se refere à pena, em sua origem, como vingança à agressão sofrida, desproporcional à ofensa recebida e desprovida da preocupação de justiça. Tal vingança poderia ser exercida pela própria vítima ou por seus grupos, como um desagravo a ofensas que consideravam terem sido cometidas contra suas entidades religiosas ou contra membros de sua comunidade.⁵

Para Leal, a pena não teria sua origem no interesse meramente individual, ou seja, não constituiria apenas uma questão pessoal entre dois indivíduos, mas surgiria com a ofensa aos

² ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.13-14.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.123.

⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1999.

interesses comuns de um grupo e na perturbação da paz coletiva, sendo por isso de natureza coletiva a reação contra o ofensor.⁶

De acordo com Sica, a gênese da sanção penal encontra-se justamente nas mais remotas formas de sociedade organizada:

As primeiras manifestações da pena remontam ao período paleolítico, quando, embora houvesse apenas um rudimentar traço de organização social, havia a distinção entre ações permitidas e/ou aceitas e ações proibidas e a previsão da punição, sempre como consequência necessária à prática dessas últimas. No neolítico já se vislumbrava estrutura comunitária similar a uma Justiça Criminal, manifesta na reação punitiva, organizada grupalmente, no sentido de reprimir as condutas desviadas.⁷

Nucci ressalta que este tipo de reação realizada pelas próprias mãos não obtinha sucesso, pois implicava em nova forma de agressão, gerando uma contrarreação que tendia a terminar no extermínio de clãs e grupos.⁸

Prado resume a evolução da justiça punitiva em três etapas: na primeira delas, o crime seria atentado contra os deuses e a pena seria um meio encontrado pelos agrupamentos humanos de aplacar a cólera divina; na segunda, o crime consistiria em agressão violenta de uma tribo contra outra e a pena seria a vingança de sangue de tribo a tribo; em uma terceira etapa, o crime consistiria na transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder que liderava o grupo ou comunidade. Tais etapas refletiriam concepções sociais teocráticas, bárbaras e políticas.⁹

Ocorridas em formas rudimentares de organização social, as duas primeiras espécies de punição mencionadas acima não guardavam nenhuma proporção com o delito que visavam responder, além de constituir-se como a lei do mais forte, considerando o próprio interesse acima de tudo.¹⁰

Seria o aparecimento de um representante absoluto do poder público, ao exercer a repressão criminal em nome da coletividade, que iria aos poucos impor um tipo de reação penal proporcional ao delito, o que ocorreu inicialmente com a concepção baseada no

⁶ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

⁷ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral/parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

¹⁰ TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

“Talião”. Aproximadamente 4.000 a.C., quando as primeiras civilizações alcançaram um grau mínimo de organização sociopolítica e econômica, o soberano exercia uma repressão criminal de caráter público e proporcional à gravidade do delito. O “Talião” constituiu uma prática repressiva manifestada no pensamento jurídico dos povos da Mesopotâmia (babilônios, caldeus e assírios), na lei das XII Tábuas, dos hebreus, no Código de Manu, na Índia, nos cinco livros no Egito, nos Livros das Cinco Penas, na China, e outros:

O termo origina-se do vocábulo latino *talio, onis*, que significa castigo na mesma medida da culpa. Juridicamente, a lei do talião significa limitar, restringir, retribuir na mesma proporção de sua gravidade as consequências do crime praticado, ou seja, a reação contra o crime deve atingir o infrator da mesma forma e na mesma intensidade do mal por ele causado: aquele que matar o filho de outro, terá seu filho morto; aquele que cegar outrem terá seus olhos vedados, etc. Com isto, a repressão criminal deixaria de ser exercitada como ocorria no período anterior, de forma completamente ilimitada.¹¹

Embora a centralização do poder tenha feito nascer uma forma de repressão que não dava margem ao contra-ataque dos clãs e a “Lei do Talião” tenha resolvido o problema do desequilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada a seu autor, suas penas eram brutais e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar ânimos das comunidades acirradas pela prática de ofensa ou grave agressão contra um de seus membros.¹²

Para os gregos, o crime e a pena se inspiraram inicialmente no culto aos deuses, que aquele povo tinha como protetores do universo. Era em nome de tais deuses que as autoridades públicas exerciam o julgamento dos litígios e a imposição dos castigos. A concepção do crime e da pena só se manifestaria para eles com a influência dos filósofos e pensadores, como Aristóteles, que traria a idéia da culpabilidade através da noção do livre-arbítrio, e Platão, que anteveria a pena como meio de defesa social pela intimidação dos outros a não delinqüirem. Mais adiante, os gregos dividiriam os delitos em públicos e privados, porém ainda persistindo paralelamente as formas anteriores de vingança privada e divina.¹³

Os romanos também tiveram um período de caráter religioso concedido ao direito penal, como também utilizaram as imposições do Talião. Mais adiante separariam crimes públicos e delitos privados, sendo estes últimos entregues à iniciativa do ofendido. Apesar de terem se distinguido mais no direito civil, os romanos se destacaram por distinguir, no crime, as figuras

¹¹ LEAL, João José, op.cit., 1998, p.62.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza, op.cit., 2006.

¹³ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e do *dolus malus*, assim como chegaram a vislumbrar um fim corretivo na pena.¹⁴

Os povos germânicos penetraram na Europa ocidental trazendo costumes e tradições marcados por um sistema punitivo compatível com suas crenças espirituais e eivados de vingança.¹⁵ Somente com a consolidação das regiões ocupadas, é que a pena de vingança daria lugar à composição, com taxas variáveis segundo a gravidade das lesões, e também à categoria do ofendido:

Antes da invasão romana, o direito dos germanos era consuetudinário, existindo já os delitos públicos - praticados contra o interesse coletivo - punido com a perda da paz pública, o que permitia a qualquer pessoa matar o delinqüente - e os crimes privados, inclusive o homicídio, punidos com a vingança e a composição. Após a invasão, o direito germânico vai adquirir feições publicistas, limitando, a princípio, e depois extinguindo a vingança de sangue. Vale ressaltar a existência das penas de morte, corporais, como a mutilação, e o exílio, mantidos em grande parte a composição.¹⁶

A composição era um meio de conciliação entre o ofensor e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano, o que caracterizava, historicamente, um abrandamento das penas violentas que se dirigiam contra o corpo do condenado e expressão de utilidade social às sanções criminais. Entretanto, constituía-se em Direito Penal para proprietários de terras. Os servos insolventes, que não podiam pagar o preço da paz, recebiam as penas corporais mais severas, pelo simples resultado que causavam, sem que as penas variassem conforme a voluntariedade ou não do ato.¹⁷

Sobre a responsabilidade objetiva, esta também é considerada característica do Direito Germânico:

Há uma apreciação meramente objetiva do comportamento humano, onde o que importa é o resultado causado, sem questionar se resultou de dolo ou culpa, ou foi produto de caso fortuito, consagrando-se a máxima: o fato julga o homem. Mais tarde, sob influência do Direito Romano, começa-se a exigir um vínculo psicológico. Em relação ao aspecto procedimental, adotava-se um Direito ordálico (provas de água fervendo, de ferro em brasa, etc.).¹⁸

Cabe ainda registrar a existência do Direito Canônico, originado na Igreja Católica, que dividia os crimes em *delicta ecclesiastica* (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (julgados pelos tribunais leigos) e *delicta mixta*, os quais

¹⁴ Ibid., 1997.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

¹⁶ TELES, Ney Moura, op.cit., 2006. v. 1, p.22.

¹⁷ DOTTI, René Ariel, op.cit., 2003.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., 2006. v. 1, p.42-43.

atentavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas distinguiam-se em *espirituales* (penitências, excomunhão, etc.) e *temporales*, conforme a natureza do bem a que atingiam. As penas aplicadas pelo Direito Canônico eram, em princípio, justa retribuição, mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu. O Direito Canônico se opôs às ordálias e duelo judiciários, substituindo as penas patrimoniais pela pena privativa de liberdade, no intuito de possibilitar momentos de reclusão propícios para a reflexão, o arrependimento e a emenda do réu.¹⁹

A queda do Império Romano levou os povos europeus à convivência com três sistemas punitivos: o Direito Romano, o Direito Germânico e o Direito Canônico. Este período da história do Direito Penal foi considerado extremamente rigoroso, em razão da aplicação de penas cruéis e infamantes, sem que houvesse possibilidade de defesa do acusado por meio de um processo. Nele, o Direito Penal passa a ser expressão do Estado Absolutista. Introduziu-se o critério da razão de Estado e o arbítrio judiciário não só na aplicação da pena, mas na definição dos crimes. Tal sistema provocou, no final do século XVIII uma reação de cunho humanitário, promovida por filósofos defensores da democracia liberal.²⁰

No final do século XVIII, o iluminismo, com sua crítica a idéias políticas absolutistas, propiciou o movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal vigente, plantando os fundamentos da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, assim como a renovação dos costumes judiciários e da prática dos Tribunais. As idéias políticas dominantes começaram a ser revistas por jusnaturalistas que fundaram o direito do Estado na razão e se opuseram ao princípio penal da retribuição.

Neste mesmo período, Beccaria publicou a obra “Dos Delitos e das Penas”²¹, partindo da idéia do contrato social, para afirmar, como finalidade da pena, evitar que o criminoso, assim como os outros cidadãos, causasse novos males à sociedade. A obra, que se tornou símbolo da reforma do sistema penal então vigente, defendeu a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo ao juiz o poder de interpretá-las subjetivamente, combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, bem como sugeriu a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op.cit.*, 2006. v. 1.

²⁰ BRUNO, Aníbal, *op.cit.*, 1967.

²¹ BECCARIA, Cesare Bonesana Marques de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

A obra de Beccaria contribuiu para a reforma na aplicação da pena, através da formulação de postulados básicos que ainda predominam no Direito Penal Moderno, nos países ocidentais como os seguintes: não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontecem nos casos da pena de morte e das sanções cruéis; só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente; as leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos; a prisão preventiva só se justifica diante de prova da existência do crime e da sua autoria; devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados; não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso; não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade; a pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar aquele que haja praticado o delito.²²

As idéias básicas do Iluminismo em matéria de justiça penal, como a da proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, a abolição da tortura e da pena de morte, bem como a acentuação do fim estatal da pena, produziram uma ampla mudança legislativa, que começou ainda no final do século XVIII. Com a Revolução Francesa, surgiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como os Códigos Penais Franceses de 1791 e 1810.

Em 1875, o médico italiano Cesare Lombroso apontou outros rumos para a Justiça Penal, através do estudo do delinqüente e a explicação causal do delito. Lombroso considerou o delito como fenômeno biológico e usou o método experimental para estudá-lo e, como parte de suas conclusões, afirmou a existência do criminoso nato, caracterizado por determinados estigmas somato-psíquicos, cujo destino seria delinqüir, sempre que determinadas condições ambientais se apresentassem.²³

Discípulo dissidente de Lombroso, Enrico Ferri ressaltou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Dividiu os criminosos em cinco

²² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²³ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. (Col. Fundamentos do Direito).

categorias: o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Dividiu, ainda, as paixões em: sociais (amor, piedade, nacionalismo, etc.) e antissociais (ódio, inveja, avareza, etc.).²⁴

Mais adiante, Rafael Garófalo fez estudos sobre o delito, o delinqüente e a pena, sendo o primeiro a usar a denominação "Criminologia" para as Ciências Penais. Dividiu sua principal obra em três partes: o delito, o delinqüente e a repressão penal, procurou um conceito uniforme de crime e buscou criar o delito natural, como ofensa feita à parte do senso moral, formada pelos sentimentos altruístas de piedade e justiça. Para ele, delinqüente não seria um ser normal, mas portador de anomalia no sentido moral. Afirmava esse pensador que a pena não teria apenas um fim retributivo, mas também uma finalidade de proteção social que se realizaria através dos meios de correção, intimidação ou eliminação.²⁵

O período criminológico do Direito Penal teve a influência do pensamento determinista e da Escola Positiva, que também repercutiu no âmbito criminal. De acordo com a filosofia determinista, os fenômenos do universo, abrangendo a natureza, a sociedade e a história, seriam subordinados a leis e causas necessárias, de modo que se pode prevêê-los, provocá-los ou controlá-los. O delito, como fato jurídico, estaria também sujeito ao mencionado controle, uma vez que por trás do crime haveria sempre razões suficientes que o determinaram. O determinismo seria assim incompatível com a idéia da ação deliberada e responsável, e negaria o livre arbítrio. O pensamento da Escola Positiva, surgida numa época de franco domínio do positivismo no campo da filosofia e das teorias evolucionistas, proclamava ser o Direito resultado da vida em sociedade e sujeito às variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução.

1.2 A pena privativa de liberdade

É sabido que na Roma antiga, a prisão era desprovida do caráter de castigo, não constituindo espaço de cumprimento de uma pena, mesmo porque o rol de sanções se restringia quase unicamente às corporais e à capital. Este era um meio empregado para reter o acusado enquanto se aguardava o julgamento ou a execução da sentença. Já na Grécia, era costume encarcerar os devedores até que saldassem suas dívidas, a custódia servindo para obstar-lhes a fuga, e garantir a presença nos Tribunais.²⁶

A Igreja, na Idade Média, recolhia os monges infratores a aposentos dos mosteiros, que chamavam de celas ou penitenciários, para que se reconcilhassem com Deus mediante o

²⁴ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. São Paulo: Minneli, 2006.

²⁵ GARÓFALO, Rafael. **Criminologia. Estudo sobre o delito e a repressão penal**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

²⁶ LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.31.

recolhimento e a oração. As prisões leigas começaram a aparecer na Europa para recolher mendigos, vagabundos, prostitutas e jovens provenientes da crise na vida feudal. Na Filadélfia idealizou-se um sistema de confinamento solitário em celas semelhantes às utilizadas nos mosteiros da Idade Média, que ficou conhecido como Sistema Pensilvânico. O sistema solitário serviria de alicerce ao Sistema Auburniano, aplicado pela primeira vez na penitenciária de Auburn, em Nova Iorque. Este sistema mantinha o isolamento celular somente no turno da noite. Durante o dia os presos tinham vida em comum, sendo, porém, obrigados a manter absoluto silêncio, sob pena de sofrerem castigos corporais.²⁷

Na Europa, Jeremias Bentham, filósofo e criminalista inglês, idealizou um modelo de prisão celular chamado de panóptico, no qual os aposentos dos presos eram dispostos formando um círculo ao redor de uma torre, da qual eram continuamente vigiados. “O Panóptico, ademais, não se limitava ao desenho arquitetônico, associando-se, em seu projeto, a um regime caracterizado pela separação, higiene e alimentação adequadas, além da aplicação, embora excepcional, de castigos disciplinares”.²⁸

O declínio dos sistemas pensilvânico e auburniano abriu caminho para novas propostas, que incluíam o trabalho e a observação da conduta do apenado, como meios de decréscimo no rigor e preparação gradativa para uma futura vida em sociedade. Molina (1796-1868), que advogava a função reeducativa da pena, criou, no presídio de San Augustin, em Valência (Espanha), o tratamento humanitário, com trabalho remunerado, sem castigos corporais e com aplicação de regras orientadoras da execução penal, que se tornaram precursoras dos Códigos e Regulamentos Penitenciários da atualidade. Maconochie (1787-1860) criou o sistema de marcas na Austrália para criminosos de grande periculosidade, para os quais o tempo de cumprimento de pena era repartido entre o isolamento, no estilo pensilvânico, seguido do isolamento auburniano, até chegar ao livramento condicional, obtido como prêmio pela conduta e pelo trabalho. Tal sistema seria ainda adotado na Irlanda e recepcionado pelo Código Penal Brasileiro de 1940.²⁹

A partir do século XIX, a pena privativa de liberdade tornou-se a principal resposta à infração penal. A meta deste tipo de pena mudou ao longo do tempo, das quais se faz referência à retribuição, à intimidação, à incapacitação e à ressocialização dos apenados: a retribuição representa a imagem do castigo, a intimidação representa a ameaça ao apenado, a

²⁷ Ibid., 1998.

²⁸ Ibid., 1998, p.33.

²⁹ Ibid., 1998.

incapacitação consiste no impedimento ao apenado, de cometer novos crimes, o que atende à pressão de uma sociedade traumatizada pela violência e temerosa pela própria segurança. Tal significado da pena privativa de liberdade traz consigo também a idéia do isolamento do apenado dentro do presídio, para evitar agressões aos outros habitantes da unidade prisional. Quanto ao significado ressocializador da pena privativa de liberdade, tem sido alvo de críticas e questionamentos, a par da pressão social a favor de sua aplicação.³⁰

Atualmente, predomina o questionamento acerca da possibilidade do aprisionamento como forma adequada para reabilitar o delinqüente para um posterior convívio com a sociedade. Dentre estes figuram os seguintes: Como se pode ensinar alguém, no cativeiro, a viver em liberdade? Como socializar aqueles que, em sua grande maioria, nem sequer fora antes socializado? Os usos, costumes, hábitos e valores pervertidos da grande massa carcerária não acabariam, pelo convívio, por funcionar como meio ainda mais corruptor para aqueles que acabam de se iniciar na delinqüência? Seria possível reverter o estigma social com o qual sai o apenado do meio prisional, após o cumprimento da pena? Zaffaroni assim considera os seguintes prejuízos da pena privativa de liberdade:

A prisão ou 'jaula', é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja característica mais saliente é a regressão, o que não é difícil de explicar. O prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as que o adulto conhece. Por outra parte, sua autoestima é lesionada de todas as formas imagináveis: perda de privacidade e de seu próprio espaço, submetimento a situações degradantes [...]. (Traduziu-se).³¹

Bitencourt considera simplista a idéia de que a pena privativa de liberdade tenha surgido como ato humanitário com a finalidade de reformar o delinqüente, e elege outras causas para a transformação da prisão-custódia em prisão-pena: uma maior valorização dada à liberdade, a partir das idéias racionalistas surgidas no século XVI; a supressão da publicidade de alguns castigos, que acabava dando lugar mais à compaixão pelo apenado do que ao horror ao crime; o crescimento excessivo do número de delinqüentes na Europa em razão dos transtornos socioeconômicos surgidos na passagem da Idade Média para a idade Moderna e a utilização

³⁰ Ibid., 1998.

³¹ La prisión o 'jaula' es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera una patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar. El prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto o no conoce. Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes [...]. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p.59.

do confinamento para absorver a mão-de-obra dos desempregados, dissimular a miséria e evitar os inconvenientes políticos de uma possível agitação social.³²

A obra “Vigiar e Punir”³³, de Paul-Michel Foucault, renomado filósofo francês, foi fruto da investigação do contraste que o direito penal ganhou nos regimes absolutistas europeus e nos regimes democráticos que se consolidaram na Europa, a partir do final do século XVIII, especificando as duas formas de exercício de poder manifestadas no tratamento concedido ao criminoso na prisão. Conforme sua observação, a instituição carcerária muda seu estilo penal da época medieval para o capitalismo moderno: na época medieval, o poder de punir se manifesta através do suplício do corpo, em aterrorizante espetáculo público, que narra com riqueza de detalhes. A pena recaía sobre o corpo do condenado, mas seu objetivo seria dirigido a afirmar, diante da massa do povo, a vitória do soberano sobre o criminoso, após um processo inquisitorial e secreto, que dispensava provas. A pena reproduzia a atrocidade do crime e realizava o controle social pelo medo:

O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. [...] O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é à força do príncipe.³⁴

Segundo Foucault, o espetáculo medieval seria contrastado pela moderna tecnologia do poder de punir, o sistema carcerário. As classes populares, ao serem julgadas, revelavam a gestão discriminatória da pena dirigida a elas, uma vez que a burguesia ficava imune à punição ou era sancionada com multas. Os corpos antes supliciados eram agora adestrados e tornados dóceis e úteis para o domínio da energia produtiva próprio das sociedades modernas. E a vigilância hierárquica seria exercida através de dispositivos como o “panóptico”, já descrito neste capítulo. Tal dispositivo disciplinar seria um mecanismo aplicado ao novo tipo de sociedade, a ser utilizado não somente em prisões, mas em fábricas, asilos e escolas:

É preciso que o prisioneiro possa ser mantido sob um olhar permanente; é preciso que sejam registradas e contabilizadas todas as anotações que se possa tomar sobre eles. O tema do Panóptico – ao mesmo tempo vigilância e observação, segurança e saber, individualização e totalização, isolamento e transparência – encontrou na prisão o seu local privilegiado de realização.³⁵

³² BITENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., 2006. v. 1.

³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

³⁴ Ibid., 1987, p.45.

³⁵ Ibid., 1987, p.221.

Para Foucault, o isolamento carcerário, a ruptura das relações horizontais, a troca do crime pelo tempo do indivíduo e as técnicas de correção fazem parte do isomorfismo reformista que, em lugar de reprimir e reduzir a criminalidade, organiza a delinquência e produz a reincidência:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.³⁶

A teoria criminológica construída por Foucault não aceita o conceito de natureza criminógena, mas mostra o crime como um jogo de forças, produzido pela situação de juiz e réu, que tiveram diferentes padrões de vida e conseqüentemente de oportunidades. O poder de punir é legitimado pelas tarefas judiciais daqueles que medem, avaliam, julgam e punem, produzindo o criminoso nas prisões e colônias penais: “Não se pune, portanto, para apagar um crime, mas para transformar um culpado. [...] o castigo deve levar em si certa técnica corretiva”.³⁷

Segundo Foucault, o poder não pode ser concedido de modo exclusivo a alguns, deixando que outros lhe fiquem totalmente submetidos, mas deve circular, para que não haja quem se aproprie dele. Compreendido como a multiplicidade de correlações de forças que se manifestam articuladamente, tendo em vista a sustentação das estruturas e instituições políticas e econômicas, o poder seria o nome dado a uma situação estratégica, que está em toda parte e provém de todos os lugares.³⁸

A indagação de Foucault gira em torno do fundamento do direito de punir, que torna aceitável ser punido, após a Revolução. Para o filósofo, a resposta estaria na Teoria do Contrato, com a ficção de um sujeito jurídico que dá aos outros o poder de exercer sobre ele o poder que ele mesmo detém sobre eles. O instrumento carcerário seria o instrumento de base da nova economia do poder, com sua mistura de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, e o desejo de medir, avaliar, diagnosticar, reconhecer o normal e o anormal; e a honra reivindicada de curar ou readaptar. Este poder se tornou uma das funções mais importantes da sociedade. Nela há juízes da normalidade em toda parte:

³⁶ Ibid., 1987, p.235.

³⁷ Ibid., 1987, p.112.

³⁸ Ibid., 1987.

Estamos na sociedade do professor-juiz, do médico-juiz, do educador-juiz, do ‘assistente social’-juiz; todos fazem reinar a universalidade do normativo; e cada um no ponto em que se encontra, aí submete o corpo, os gestos, os comportamentos, as condutas, as aptidões, os desempenhos. A rede carcerária, em suas formas concentradas ou disseminadas, com seus sistemas de inserção, distribuição, vigilância, observação, foi o grande apoio, na sociedade moderna, do poder normalizador.³⁹

Na instituição carcerária, o homem, como objeto de análise, de observação, de domínio, explicaria a solidez da prisão. Assim, o que se torna desaparecer não é a prisão-sanção penal, mas a prisão como recurso de recuperação na rede geral das disciplinas e das vigilâncias, como funciona num regime panóptico. Entretanto, isso não implica que não possa ser modificada ou dispensável definitivamente para a sociedade moderna.

Foucault enumerou como os processos seriam capazes de restringir seu uso e transformar seu procedimento: um deles seria o que diminui a utilidade de uma delinquência organizada em escala nacional ou internacional ligada aos aparelhos políticos e econômicos ou à prostituição desde o momento em que previsões econômicas sobre o prazer sexual foram feitas pela venda de anticoncepcionais, ou através de publicações, filmes e espetáculos; outro seria o crescimento das redes disciplinares, com os poderes cada vez mais amplos que lhe são dados, lhes transferindo funções judiciárias. À medida que a medicina, a psicologia, a educação, a assistência social tomam uma parte maior nos poderes de controle e de sanção, o aparelho penal poderá se medicalizar, se psicologizar, se pedagogizar e tornar-se menos útil à ligação que a prisão constituía quando ela articulava o poder penal e o poder disciplinar. No meio de todos esses dispositivos de normalização, seu papel e especificidade perdem parte de sua razão de ser. Deste modo, viu como desafio político global em torno da prisão, não o seu papel corretivo, mas saber se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exerceriam nela mais poder que os administradores e guardas.⁴⁰

1.3 As escolas penais

Para uma melhor compreensão da repercussão do pensamento filosófico sobre a história da reação ao delito, cumpre que, neste capítulo, seja apresentada uma breve descrição das Escolas Penais surgidas no ocidente a partir do chamado período humanitário do Direito Penal, quando os doutrinadores do Direito Penal identificam o surgimento das chamadas Escolas Penais, sendo a primeira delas intitulada “Escola Clássica”, a qual foi seguida de

³⁹ Ibid., 1987, p.251.

⁴⁰ Ibid., 1987.

outras escolas, como a “Positiva”, a “Terza Italiana”, a “Escola Alemã”, a “Técnico-Jurídica”, a “Correcionalista”, a de “Defesa Social” e outros modelos apresentados na contemporaneidade.

1.3.1 Escola clássica

Denominou-se Escola Clássica o conjunto de escritores, pensadores, filósofos e doutrinadores que adotaram as teses ideológicas básicas do iluminismo.

As bases dessa Escola foram as seguintes: o Direito teria uma ordem transcendente e imutável, porque dada por Deus no momento da criação, devendo o homem livrar-se da tirania de suas próprias paixões para alcançar a liberdade; o delinquente seria aquele que, possuindo o livre arbítrio para optar entre o bem e o mal, optou pelo último; a pena seria vista como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral comprovada, tendo como finalidade primeira o restabelecimento da ordem na sociedade, alterada pelo delito. Assim, sua aplicação deveria ser pública, proporcional ao crime, célere e justa; os objetos de estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo.⁴¹

Na Escola Clássica, dois grandes períodos se distinguiram: o filosófico ou teórico e o jurídico ou prático:

O primeiro período se caracterizou por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e no jusnaturalismo. O sistema contratual e o direito natural se insurgiam contra toda limitação arbitrária da liberdade, como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante. Inspirados pelo Contrato Social, fruto de um pacto livre estabelecido pelos cidadãos, que abdicam de uma parcela da sua liberdade e a depositam na mão do soberano, cederiam aqueles ao Estado o direito de punir os atos atentatórios ao interesse geral, mas somente na medida em que as restrições à liberdade fossem necessárias à manutenção do pacto. Proclamava como princípios limitadores da função de punir do Estado: só a lei poderia fixar legitimamente a pena para cada delito, sem considerar nenhum caso especial; as penas excessivas e cruéis deveriam ser abolidas e ao juiz corresponderia apenas ajustar o caso à letra da lei, sem interromper o espírito da lei que poderia conduzir ao arbítrio e ao personalismo.⁴²

No segundo período, chamado de jurídico ou prático, defendeu-se a concepção do delito como ente jurídico, constituído por duas forças: a física (movimento corpóreo e dano causado pelo crime) e a moral (vontade livre e consciente do delinquente). O crime foi definido como infração à lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um

⁴¹ PRADO, Luiz Regis, op.cit., 2006. v. 1.

⁴² BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês de, op.cit., 2007.

ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. A essência do delito residia na violação de um direito tutelado pelo Estado, sendo o criminoso submetido ao juízo penal, só podendo ser condenado quando se reconhecesse a sua culpa e não podendo sofrer um mal maior que o exigido pela necessidade da tutela jurídica, calculada sobre a exata verificação do fato criminoso.⁴³

Para a Escola Clássica, o método que deve ser utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico-abstrato. O crime é a violação de um direito e, portanto, a defesa contra ele deveria encontrar-se no próprio direito, e a pena não poderia ser arbitrária, mas haveria de regular-se pelo dano sofrido pelo direito. Outro postulado da escola seria o pressuposto da responsabilidade penal, fundado no livre arbítrio. O homem está submetido às leis criminais em virtude de sua natureza moral, como consequência, não poderia ser politicamente responsável por um ato do qual não fosse antes responsável moralmente. A imputabilidade moral seria o precedente indispensável da imputabilidade política.

Segundo Nucci, os clássicos baseavam a responsabilidade penal do criminoso no livre-arbítrio, merecedor de castigo:

Passou-se a considerar que a responsabilidade penal fundava-se na responsabilidade moral, justamente porque deu ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado como um ente jurídico e não como um simples fato do homem. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator. Essa situação, no entanto, não concernia ao Direito Penal.⁴⁴

1.3.2 *Escola positiva*

A Escola Positiva surgiu durante o predomínio do pensamento positivista no campo da filosofia, coincidindo com o nascimento dos estudos biológicos e sociológicos, e após a necessidade de defender o corpo social contra a ação do delinqüente, priorizando os interesses sociais sobre os individuais. Perdem assim a importância o fundamento de punir e a liberdade de decisão no cometimento do crime. O delinqüente e o delito foram admitidos como patologias sociais, dispensando a necessidade de fundar a responsabilidade penal em conceitos morais. A pena, então, passa a ter um caráter utilitarista, na medida em que seus

⁴³ CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal:** parte geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, op.cit., 2006, p.62.

fundamentos não são mais a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e sua periculosidade.⁴⁵

Opondo-se ao conceito de Direito preexistente ao homem, que era próprio da Escola Clássica, a escola Positiva reportou a origem do Direito à vida em sociedade, estando, pois, sujeito às variações no tempo e no espaço, de acordo com a lei da evolução. As características seguintes referem-se à Escola Positiva: o crime e o criminoso deveriam ser expostos à observação e à análise experimental através do método indutivo. O delito não seria visto como um ente jurídico, mas como um fato humano, resultante de fatores endógenos e exógenos. A pena teria por escopo a defesa social, não havendo correspondência entre ela e o crime.

O crime, para a Escola Positiva, seria um fenômeno natural e social, oriundo de causas biológicas, físicas e sociais e sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental. A responsabilidade penal seria social como decorrência do determinismo e da periculosidade, por viver o criminoso em sociedade, e a pena teria por fim a defesa social e não a tutela jurídica: a pena seria uma medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou a sua neutralização.

A Escola Positiva apresentou três fases distintas, cujos principais expoentes já foram citados ao se dissertar sobre o período humanitário do Direito Penal: na primeira fase, chamada de antropológica, destaca-se Cesare Lombroso, fundador da Escola Positivista Biológica, com a teoria do criminoso nato; na segunda fase, destaca-se Rafael Garófalo, jurista que deu uma sistematização jurídica à Escola Positiva, estabelecendo a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinqüente, a prevenção como fim da pena e a permissão ao cientista criminólogo para identificar a conduta que lhe interessasse mais. Sugeriu ainda a pena de morte aos que fossem considerados criminosos natos, uma vez que não nutria preocupação com a correção, recuperação ou ressocialização do delinqüente; a terceira fase da Escola Positiva consolidou o nascimento da Sociologia Criminal. Seu principal expoente foi Enrico Ferri, que adotou a concepção da defesa social através da intimidação geral, mas considerou incorrigíveis apenas os criminosos habituais, entendendo

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., 2006. v. 1.

que a maioria dos delinquentes era readaptável, o que marcou o início da preocupação com a ressocialização.⁴⁶

Para Leal, a Escola Positiva cometeu um equívoco ao acreditar na possibilidade de se descobrir uma causa única (biológica) para o fenômeno criminal, mas teve o mérito de criar espaço para o aparecimento de uma nova disciplina no campo das ciências criminais: a Criminologia, tendo como objetivo o estudo dos fatores da delinqüência, de sua prevenção e conseqüências para o meio social.⁴⁷

Nucci ressalta a influência da Escola Positiva na individualização da pena, princípio até hoje utilizado pelo Direito Penal, ao levar em conta personalidade e conduta do delinqüente na aplicação da sanção. Entretanto assevera que ambas as Escolas (Clássica e Positiva) merecem críticas pela sua radicalidade:

Enquanto a clássica olvidava a necessidade de reeducação do condenado, a positiva fechava os olhos para a responsabilidade resultante do fato, fundando a punição no indeterminado conceito de periculosidade, conferindo poder ilimitado ao estado, ao mesmo tempo em que não resolve o problema do delinqüente ocasional, portanto, não perigoso.⁴⁸

1.3.3 Terceira Escola Crítica

A Terceira Escola Crítica surgiu na Itália. Situando-se entre a Escola Clássica e a Escola Positiva aceita os dados da antropologia e da sociologia criminal, ocupando-se do delinqüente. Embora faça distinção entre o imputável e o inimputável, distingue-os pelo determinismo psicológico e não pelo livre-arbítrio. O crime é tido como fenômeno social e a pena é a defesa social, mas de caráter aflitivo.⁴⁹

Os pontos básicos dessa corrente são: o respeito à personalidade do direito penal, que não pode ser absorvida pela sociologia criminal; inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não fatalidade do delito; reforma social com imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade.⁵⁰

Prado assevera que as mais importantes características dessa corrente são: a responsabilidade penal com base na imputabilidade moral, sem o livre-arbítrio, que é

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

⁴⁷ LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, op.cit., 2006, p. 63.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

⁵⁰ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

substituído pelo determinismo psicológico; o delito visto como fenômeno real e social; a função defensiva ou preservadora da sociedade, que é concedida à pena.⁵¹

1.3.4 *Escola Moderna Alemã*

No último quartel do século XIX, surge, na Alemanha, um movimento reformista liderado pelo austríaco VON LISZT, autor do programa de Marlburg e das Tarefas Político-criminais, combatendo o pensamento de LOMBROSO, sobre a existência do criminoso nato, e mostrando que as raízes do crime situavam-se nas relações sociais. Defendia VON LISZT a necessidade de conhecer as causas do crime, especialmente as de natureza antropológica e sociológica, para a construção de uma pena que conseguisse combater o crime, com uma função eminentemente preventiva especial.⁵²

Segundo esta corrente, a explicação causal do delito e da pena haveria de ser entendida como criminológica, penológica e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais, sendo necessária a elaboração de uma política criminal, como sistemas de princípios, em bases experimentais, para a crítica e reforma da legislação penal. Entretanto, a política criminal encontraria seu limite na lei penal, onde o princípio da legalidade representa um baluarte de defesa social. Da Escola Moderna Alemã resultou grande influência no terreno das realizações práticas, como a elaboração de leis.

1.3.5 *Escola Técnico-Jurídica*

Trata-se de uma corrente de renovação metodológica criada na Itália por Arturo Rocco que, sem negar a importância das pesquisas causal-explicativas do crime, sustenta a autonomia da Ciência Penal, com objeto, método e fins próprios. Para a Escola Técnico-Jurídica, o delito seria pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; a pena significaria uma reação e consequência do crime com função preventiva aplicável aos imputáveis e medida de segurança aplicada aos inimputáveis.⁵³

1.3.6 *Escola Correccionalista*

Surgiu na Alemanha, em 1839, mas encontrou seus principais seguidores na Espanha. De acordo com esta corrente, o fim único e exclusivo da pena seria a correção ou emenda do delinquente, considerado um ser anormal, incapaz para uma vida jurídica livre, por possuir uma vontade defeituosa. Neste caso, a sanção penal era vista como um bem, por afastar o

⁵¹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2006. v. 1.

⁵² TELES, Ney Moura, op. cit., 2006. v. 1, p.25.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

delinqüente dos estímulos delitivos, corrigindo sua vontade defectível. Dentro desta ótica, o juiz seria visto como médico social e a administração da justiça estaria visando à higiene e à profilaxia social. A responsabilidade penal seria coletiva, solidária e difusa, sendo a função da pena uma verdadeira tutela social. O tipo de pena seria a privação da liberdade por tempo indeterminado e o arbítrio judicial deveria ser ampliado em relação à individualização da pena.⁵⁴

1.3.7 *Defesa Social*

Constituiu-se como movimento político-criminal que pregava uma nova postura em relação ao delinqüente, com base nos princípios da filosofia humanista e da valorização das ciências humanas. Embora a Teoria da Defesa Social tenha surgido somente com a revolução positivista, encontram-se antecedentes na filosofia grega e no Direito Canônico Medieval. Segundo esta Teoria, o Direito Penal deveria ser substituído por um direito de defesa social capaz de adaptar o indivíduo à ordem social. A reação social teria como objetivo a proteção dos seres humanos e a garantia dos direitos do cidadão, e as ciências humanas seriam chamadas a contribuir interdisciplinarmente no estudo e combate do problema criminal.⁵⁵

Esta Escola Penal, surgida após a segunda Grande Guerra, afasta-se do positivismo e se aproxima novamente do livre arbítrio como fundamento da imputabilidade, e descreve a prisão como um mal necessário, mas prega a descriminalização de certas condutas, para evitar o encarceramento indiscriminado.⁵⁶

1.4 **As teorias da pena**

Argüindo estreita relação entre modelo socioeconômico, forma de Estado e sistema sancionador, Bitencourt descreve as notórias rupturas ocorridas no decurso histórico do Direito Penal entre concepções retributivas e preventivas da pena, elegendo aquelas as quais considera mais importante explicar o sentido, a função e a finalidade.⁵⁷

1.4.1 *Teorias absolutas ou retributivas da pena*

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., 2006.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

O Estado absolutista, caracterizado por sua identidade com o soberano, além da metafísica afirmação de que o seu poder era-lhe concedido por Deus, concentrava na pessoa do rei a realização da justiça, sendo qualquer delito de seus súditos considerado uma ofensa a sua pessoa e a pena considerada um castigo pelo mal cometido.

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado Absoluto entra em decomposição, dando lugar ao Estado burguês, expressão soberana do povo, tendo como fundamento o Contrato Social. Conseqüentemente, a pena não era mais concebida como uma retribuição à ofensa cometida contra Deus e o soberano, mas como uma retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis.

Kant e Hegel, dois pensadores do idealismo alemão, se destacaram como representantes das Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena.

A idéia kantiana de Direito Penal justifica-se em sua visão ética a respeito do homem. Para o filósofo, não seria eticamente permitido castigar o delinqüente por razões de utilidade social, porque isto significaria considerar o homem como um meio, e não como um fim em si mesmo: “Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena, para ele ou para os demais integrantes da sociedade”.⁵⁸ Quanto à espécie e medida da pena, Kant opta pelo *jus talionis*, ressaltando a condição de ser apreciada por um Tribunal e não pelo julgamento particular.

A idéia hegeliana de Direito Penal é uma aplicação de seu método dialético: a tese corresponde à vontade geral simbolizada na Ordem Jurídica; a antítese corresponde ao delito como negação do Ordenamento Jurídico, que representa a vontade geral; e a síntese corresponde à pena, como negação da negação, restabelecimento da Ordem Jurídica quebrada, ou seja, da vigência da vontade geral. Para Hegel, a pena demonstra apenas equivalência valorativa com a lesão da Ordem Jurídica, não sendo possível aplicar, de modo literal, a lei do Talião.⁵⁹

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1, p.109.

⁵⁹ HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

1.4.2 *Teorias relativas ou preventivas da pena*

Conforme este grupo de teorias, a pena é imposta para que não se volte a delinquir, ou seja, para inibir a prática de novos fatos delitivos, sendo as mais conhecidas a Teoria da Prevenção Geral e a Teoria da Prevenção Especial.

De acordo com a Teoria da Prevenção Geral, pode-se dar uma solução ao problema da criminalidade com a ameaça de pena e sua aplicação, que prova a disposição de cumprir a ameaça realizada. Deste modo, o fim da pena não seria a punição de seu autor, mas a intimidação de toda a sociedade. Trata-se assim de uma coação psicológica, que tem como célebre representante Von Feuerbach. Uma das críticas de Roxin a esta Teoria é que a mesma não teria efeito sobre delinquentes profissionais, nem sobre delinquentes impulsivos ocasionais; outra indaga se seria justo o uso de um indivíduo, que seria objeto da coação estatal para atingir outros.⁶⁰

A Teoria da Prevenção Especial nasceu no período da ilustração, esteve em baixa durante o apogeu da Teoria Retributiva, mas apareceu novamente no final do século XIX, com Von Litz. Ela propõe a ressocialização, com a finalidade de neutralizar o delincente, a fim de que não venha a reincidir. Para Roxin, tal teoria não poderia delimitar os pressupostos e as conseqüências do Direito Penal, porque não teria o condão de explicar a punibilidade dos delitos sem perigo de reincidência, além de propor uma adaptação social forçosa e sem legitimação. A pena aplicada não teria limites, uma vez que deveria perdurar até que se alcançasse a correção do apenado, que ficaria ilimitadamente à mercê do Estado.⁶¹

Além da existência de teorias unificadoras das anteriores, subdivididas em Teoria Unificadora Aditiva e Teoria Unificadora Dialética, ainda se registra a Teoria da Prevenção Geral Positiva, que se subdivide em Fundamentadora e Limitadora. Segundo Bittencourt, a primeira impõe ao indivíduo, de forma coativa, padrões éticos e elimina os limites do jus puniendi, tanto formal como materialmente. Já de acordo com a segunda, a pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, só podendo ser imposta através de um procedimento cercado de garantias jurídico-constitucionais.⁶²

⁶⁰ ROXIN, Claus. **Problemas basicos del derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena. Madrid: Réus, 1976.

⁶¹ Ibid., 1976.

⁶² BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2006. v. 1.

O Modelo Penal Garantista de Luigi Ferrajoli será descrito em item especial dada a sua importância para a análise do Direito do Adolescente em conflito com a lei penal.

1.4.3 *O Modelo Penal Garantista de Luigi Ferrajoli*

Prefaciando a obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, de Luigi Ferrajoli, na qual foi baseado todo este subitem⁶³, o grande filósofo Norberto Bobbio assim define a posição jurídica do teórico do direito:

FERRAJOLI pertence à família dos juspositivistas na tradição de KELSEN, de HART e do juspositivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir a validade forma – o vigor – das normas da sua validade substancial e a sublinhar que em um ordenamento que tenha recebido os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser somente formal, e, portanto existe nele um problema de justiça interna das leis, e não somente externa: um juspositivista bem consciente de que, depois que a maior parte das constituições modernas constitucionalizou os direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural e entre juspositivismo e jusnaturalismo perdeu grande parte do seu significado, com a consequência que a diferença entre o que o direito é e o que o direito deveria ser, expressa tradicionalmente sobre a forma de contraste entre lei positiva e lei natural, veio transformado na diferença entre o que o direito é e o que o direito deveria ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico, ou, com as palavras usadas repetidamente pelo autor, entre ‘efetividade’ e ‘normatividade’. Este contraste está, entre outros, na base daquela tarefa específica do jurista, vez ou outra colocada em relevo, que é a crítica do direito vigente: uma tarefa que contrasta com um dos cerne da ciência jurídica, segundo o positivismo de estrita observância, da validação da ciência do direito.⁶⁴

Para explicar sua Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli define a origem do garantismo no campo penal como uma resposta à diversidade encontrada na prática jurídica, administrativa e policesca entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores, como também uma resposta às culturas jurídicas e políticas que o tem ocultado, quase sempre em nome da defesa do estado de direito e do ordenamento democrático. Ferrajoli atribui três significados ao termo, diversos, mas conexos entre si: conforme o primeiro significado, o garantismo seria um modelo normativo de direito, no que diz respeito ao direito penal, de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela própria para minimizar a violência e maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; conforme o segundo significado, seria uma teoria jurídica de validade e de efetividade das normas como categorias distintas entre si, também pela existência ou vigor das normas, mantendo separados o ser e o dever ser;

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi, op.cit., 2006, p.10-11.

segundo o terceiro significado, designaria uma filosofia política que exige do Direito e do Estado justificação externa dos bens e interesses que tutela ou garante.⁶⁵

O modelo garantista busca seu fundamento no Ordenamento Jurídico onde as normas formam uma hierarquia, de modo que as normas inferiores dependem das normas superiores, até que se chegue a uma norma suprema sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. É nesta norma suprema que as outras encontram sua fonte de validade, não podendo contrariá-la, sob pena de serem expurgadas do ordenamento. Quando, em um Ordenamento Jurídico, a Constituição está no topo de todas as normas, ela se torna garantia dos direitos que estabelece contra todas as normas inferiores que venham a ameaçar tais direitos, considerados fundamentais. E o Juiz, além de aplicador das leis, torna-se também um guardião dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Estes Direitos Fundamentais, na Teoria do Garantismo Penal, adquirem a função de estabelecer o objeto e os limites do Direito Penal nas sociedades democráticas.⁶⁶

Ferrajoli considera os sistemas de controle penal próprios do Estado de Direito e do Estado Absoluto ou Totalitário como dois extremos, os quais denomina, respectivamente, de Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo. O primeiro seria expressão de um ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estariam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano dos conteúdos penalmente relevantes e submetidos a formas processualmente vinculantes; no segundo, os poderes públicos, não disciplinados pela lei, são carentes de limites e condições.⁶⁷

O modelo de Direito Penal Máximo seria caracterizado por sua extrema severidade nas condenações e penas, levando ao arbítrio punitivo, enquanto o modelo de direito penal mínimo exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** - parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006.

máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.⁶⁸

A Teoria do Garantismo Penal traz um novo modelo de direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais, que identifica o objetivo geral do direito penal com o impedimento do exercício das próprias razões ou com a minimização da violência na sociedade:

Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas também na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.⁶⁹

Para Ferrajoli, a função específica das garantias no Direito Penal “não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular, e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.⁷⁰

O teórico enumera princípios axiológicos fundamentais que definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, que a seu ver constituem garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal: o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; o princípio da legalidade; o princípio da necessidade ou da economia do direito penal; o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; o princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito; o princípio acusatório; o princípio do ônus da prova ou da verificação; o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. E esclarece que tais princípios foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e posteriormente integrados às constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos, convertendo-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.⁷¹

Ao debater sobre o controle social alternativo, Ferrajoli se refere a quatro modelos anti-garantistas, que seriam: o social-selvagem, baseado na lei do mais forte e na vingança, como, por exemplo, o estatal-selvagem, próprio dos antigos ordenamentos absolutistas, mas também

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p.103.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p.313.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p.90-91.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006.

dos sistemas autoritários modernos; o social-disciplinar, que se manifesta nas pressões e linchamento moral de comunidades ideologizadas; e o estatal-disciplinar, que seria caracterizado também pelo desenvolvimento de funções preventivas de polícia e segurança pública.⁷²

1.5 O sistema penal na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni ⁷³

Para Zaffaroni, a punição é apenas uma das soluções possíveis para uma situação conflitiva, existindo outras, como, por exemplo, a solução terapêutica, a reparatória e a conciliatória. A solução punitiva admitiria duas variáveis, sendo uma delas a eliminação ou isolamento do causador do conflito, e a segunda seria atingi-lo diretamente, pela retribuição da ofensa. Entretanto, quando a punição é institucionalizada, o conflito não poderá ser solucionado por nenhuma outra via. O autor ressalta ainda que, em ações conflitivas de gravidade e significado social muito diverso, apenas uma minoria, quase sempre formada pelos mais pobres, sofre essa solução.

O autor em estudo chama de Sistema Penal o controle social punitivo institucionalizado, que engloba a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, dos promotores e dos responsáveis pela execução penal. E esclarece o poder seletivo da sociedade, que com a delação tem a faculdade de pôr em funcionamento o sistema penal. A lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas, o que, em sua opinião, acaba sendo extrapolado, sobretudo no contexto latino-americano, em questões de direitos humanos, pelo que se impõe a aplicação de soluções punitivas da maneira mais limitada possível.

Acerca do objeto que se deve atribuir à legislação penal, expõe duas respostas, a seu ver contrárias e excludentes, que se costuma dar: a primeira seria de que o Direito Penal, entendido como Legislação Penal, teria por meta a segurança jurídica, ou seja, a prevenção da delinquência dirigida a toda a sociedade; e a segunda seria a defesa social, ou seja, a proteção da sociedade contra os delinquentes para que não voltem a delinquir. Para o teórico, o sentimento de segurança jurídica da comunidade proporcionado apenas pela Legislação Penal seria um mito, dada a pluralidade de grupos sociais, com seus interesses, poderes e objetivos

⁷² SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

diferentes, pelo que a segurança jurídica só será criada com a participação direta da comunidade, como também no momento de interpretar a lei.

Quanto à defesa social, indaga se esta seria função do Direito Penal, levando-se em conta dois conceitos de sociedade: um organicista e outro antropomórfico. Uma vez que ambos a supõem como um ente superior ao homem, à defesa social corresponderia um Direito Penal transpersonalista e autoritário, diante do qual cada homem seria considerado pouco mais que nada, o que seria um acinte ao sistema positivo, à Constituição e aos Direitos Humanos. Disto conclui-se que a defesa social não pode ser entendida de modo distinto da segurança jurídica.

Zaffaroni define a concepção latino-americana da pena como uma retribuição, constituindo uma reação contra o positivismo, provocada por aqueles que se têm apercebido claramente do perigo que tal posicionamento representou e representa, para o pensamento democrático. Por outro lado, encontra falha no retribucionismo, desenvolvido ao amparo da dogmática neokantiana alemã, pela perda do dado da realidade numa região que pode ser considerada como um conjunto de países periféricos, dentre aqueles de economia descentralizada:

A retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto ao seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está à margem do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte da renda concentra-se em uma minoria). Definitivamente, isto faz com que o retribucionismo, que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, convertam-se em uma ideologia que, freqüentemente, para não dizer quase sempre, sirva aos setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial e a seus vizinhos do sistema penal, fechando-se a qualquer dado da realidade que provenha da sociologia ou da economia, que não tem cabimento dentro da sua interpretação jurídica.⁷⁴

Para o mencionado teórico do Direito, o “perigosismo”, filho do positivismo, continua sendo a ideologia das elites latino-americanas, manifestando-se em sentenças, artigos, discursos políticos e jurídicos, por exemplo. Segundo o autor, a realidade autoritária da segurança nacional adotou uma nova roupagem: a da segurança urbana, não tendo se desenvolvido ainda na América Latina uma crítica aos seus sistemas penais, existindo apenas vozes isoladas, as quais não devem ser importadas, sob pena de surtir, na realidade periférica, efeitos totalmente contrários aos esperados.

⁷⁴ Ibid., 2004, p.342.

1.6 A justiça restaurativa

Conforme foi visto no início deste capítulo, em determinado momento da história, que coincide com o movimento liberal e o surgimento do Contrato Social, a reação ao delito foi atribuída ao Estado, a quem coube a exigência de garantir a coexistência pacífica da sociedade. Até hoje, as situações mais problemáticas para o convívio social são remetidas ao Estado, que responde aos causadores do conflito com a punição, sendo a privação da liberdade resposta principal à criminalidade. Entretanto, uma vez que os conflitos e as quebras das regras de convivência são algo impossível de ser eliminado, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal acabam por avolumar a própria violência que lhe deu causa. Diante de tal problemática, própria do paradigma da justiça retributiva, opõe ao mencionado paradigma uma justiça criminal que recupere as idéias de liberdade e humanização do sistema penal, que Leonardo Sica apresenta como Novo Paradigma da Justiça Restaurativa.⁷⁵

Para Sica, a formação de uma racionalidade penal mais humanista, oposta ao paradigma retributivo, passa pela reintrodução da vítima no processo penal, afastando do Estado o papel de vingador público, mas passa também pela reparação do dano e restauração da ordem como uma das finalidades do Direito Penal.⁷⁶

O novo paradigma, que orienta todo este trabalho de dissertação, consiste na Justiça Restaurativa, de longínqua origem como prática, mas bem recente como teoria, que tem sua base em três princípios, elencados por Sica:

O crime é primariamente um conflito entre indivíduos, resultando em danos à vítima e/ou à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, é uma transgressão da lei;

O objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar danos advindos do crime;

O sistema de justiça criminal deve facilitar a ativa participação de vítimas, ofensores e suas comunidades.⁷⁷

São encontrados vestígios de práticas restaurativas no código de Hammurabi (1.700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1.875 a.C.), que prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O código sumeriano (2.050 a.C.) e o de Eshunna (1.700 a.C.) previam a restituição nos casos de crimes de violência. Os povos colonizados da África, da Nova

⁷⁵ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

⁷⁶ SICA, Leonardo, op. cit., 2002.

⁷⁷ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.33.

Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa, também deixaram sinais de tal prática. Entretanto, o nascimento do Estado trouxe um sistema de direito penal único e unificador que praticamente isolou a vítima do processo. As práticas restaurativas quase chegaram a desaparecer, mas, durante os processos de colonização, vieram a ressurgir em alguns países, ligadas a movimentos reivindicatórios de povos nativos, que demandaram à administração da justiça estatal o respeito às suas concepções de justiça, mas também os problemas de superpopulação dos nativos nos estabelecimentos penais e sócio protetivos.

Os primeiros registros da prática da Justiça Restaurativa foram verificados nos Estados Unidos, em 1970, sob a forma de mediação entre réu e vítima, sendo depois adotada por outros países, como, por exemplo, Nova Zelândia, Chile, Argentina e Colômbia.⁷⁸

Três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da Justiça Restaurativa como prática e dos processos que a ela estão associados nas sociedades contemporâneas ocidentais: os movimentos de contestação das instituições repressivas, nas universidades americanas, os movimentos de descoberta da vítima e os movimentos de exaltação da comunidade. No término da Segunda Guerra Mundial, surgiu e se desenvolveu a vitimologia, primeiramente, na pura tradição positivista que caracteriza a criminologia da época, que tentava identificar os fatores que predisõem os indivíduos a tornarem-se vítimas. O movimento vitrinista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento. Quanto ao princípio de exaltação da comunidade, é valorizado como o lugar que recorda as sociedades tradicionais nas quais os conflitos são menos numerosos, mais bem administrados e onde reina a regra da negociação.⁷⁹

Quanto ao conceito de Justiça Restaurativa, nasceu em 1977, da noção de “restituição criativa”, sugerida pelo psicólogo americano Albert Eglash, para reformar o modelo terapêutico de justiça. A restituição criativa consistiria na reabilitação técnica do ofensor, que, debaixo de supervisão apropriada, seria auxiliado a achar algumas formas de pedir perdão àquele a quem atingiu com sua ofensa. Tal conceito ainda era muito distante do que seriam os

⁷⁸ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <www.pnud.org.br/>. Acesso em: 03 mar. 2008.

⁷⁹ Ibid., 2005.

princípios da justiça restaurativa, uma vez que concedia pouca atenção às vítimas e tendia a limitar a reintegração social às medidas materiais das conseqüências.⁸⁰

A descentralização do poder do Estado controlado, a desagregação do modelo estatal de bem-estar social, a diferenciação e a complexidade crescente das relações sociais, o simbolismo jurídico, o aparecimento de uma sociedade civil, bem como a elevação do neoliberalismo e a fragmentação dos centros de decisões remodelaram profundamente as relações entre os cidadãos e o Estado, que passaram a se estruturar em princípios de participação e de coadministração em muitos setores da atividade social. Desta forma, Estado se liberou de uma parte da administração da promoção da segurança, reforçando a ação penal para delitos graves e delegando a administração das ofensas secundárias às instancias sócio-comunitárias.⁸¹

Com relação ao seu fundamento filosófico, a Justiça Restaurativa é colocada em oposição ao modelo penal retributivo, do qual Kant se destaca como referencial. Kant fundamenta seu modelo penal naquilo que conceitua como lei universal da liberdade, ou seja, no entendimento de que o direito seria um conjunto de condições segundo as quais, dentro de uma sociedade, podendo o livre arbítrio de um se harmonizar com o livre arbítrio de outro. Para Kant, tal lei, que separa a Moral do Direito, é que daria sentido à pena. O homem não deveria ser punido com outros fins senão responder à sua conduta ilícita, de modo que a pena nunca poderia servir apenas de meio para fomentar outro bem, quer para o próprio delinqüente, quer para a sociedade civil, pois, do contrário, o homem estaria sendo manejado como simples meio para os propósitos de outrem e seria confundido entre os objetos do direito real.⁸²

A introdução dos conceitos de sentido e de valor na filosofia fez surgir o questionamento acerca do dever e da necessidade do castigo, presentes no Sistema de Justiça Retributiva. Segundo tal Sistema, a necessidade do castigo decorre da estruturação rígida de um modelo lógico de concepção da sociedade, fundado em valores tais que, para fazer valer

⁸⁰ “A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “*Restitution in Criminal Justice*”. Eglash sustentou, no artigo, que haviam três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação”. PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil**. o impacto no sistema de justiça criminal. Disponível em: <www.justiciarestaurativa.org/news/renatoarticle/>. Acesso em: 01 mar. 2008.

⁸¹ JACCOUD, Mylène, op. cit., 2005.

⁸² MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.), op. cit., 2005.

sua universalidade, qualquer erro ou desvio deve ser extirpado. Num sistema como tal, que parte do pressuposto da necessidade do castigo e da punição para fazer valer o respeito à liberdade em termos universais, a coerção e o castigo apresentam-se como a condição para a coexistência humana. Trata-se, contudo, de uma condição formal, como formal é o conteúdo das normas, que não prescreve mais obrigações positivas de fazer, mas apenas o dever de não prejudicar outrem. O direito deixa assim de definir os direitos de uns ou de outros, mas apenas aquilo que pode ou não ser de direito, porque é apenas nesta formalidade abstrata que pode ser pensado logicamente e operar coercitivamente. O direito e a justiça, no modelo retributivo, portanto, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento, mantendo o ser humano preso a uma situação passada, insuscetível de reversão para dar margem a um procedimento novo.⁸³

De acordo com Melo, a Justiça Restaurativa traz um contraste radical com o modelo mencionado acima. “Ela expressa outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerada justa pelos envolvidos numa situação conflitiva”.⁸⁴ A quebra do paradigma retributivo permite o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e remete à possibilidade de emancipação, com um comprometimento pessoal nas ações e expressões individuais pela elaboração das questões que se apresentam envolvidas no conflito. O conflito, bem como a tensão relacional, deixa de ser considerado como algo a ser apagado, aniquilado, passando a ser algo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo. Contra um modelo centrado no mero acertamento de contas com o passado, a justiça restaurativa se atém também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente com vistas ao futuro.

O modelo kantiano, fundado numa regra racional, expressa uma concepção de poder na relação entre indivíduo e sociedade, que se apresenta de modo verticalizado. O direito público kantiano é concebido pela unificação da vontade sob uma constituição para compartilhar o que é de direito. Se antes da instituição de um estado legal público os homens, os povos e os Estados isolados nunca podem estar seguros uns dos outros em face da violência, necessitando, para tanto, sair do estado de natureza para associar-se no estado civil, seria necessário sempre este terceiro, representado pelo Estado, para ditar qual a regra a ser

⁸³ MELO, Eduardo Rezende, op. cit., 2005.

⁸⁴ MELO, Eduardo Rezende, op. cit., 2005.

aplicada e a resposta em caso de violação. Aí se encontra a crítica de Foucault, segundo a qual a instituição de um órgão que decida, sobre as partes litigantes, sobre o que é o justo, tornando-se um terceiro em relação ao conflito, subtrai-lhes toda possibilidade de efetiva autonomia e de solução dos conflitos, colocando uma instância que liga justiça à verdade, da qual se torna detentora.⁸⁵

A Justiça restaurativa trata de substituir um modelo de aplicação do direito fundado na lógica dedutiva, em que, de uma premissa maior fundada na descrição da conduta típica, se passa à prática de uma conduta infratora àquela prescrição para concluir inexoravelmente pela punição, por um modelo onde exista espaço para o diálogo, para a contraposição discursiva e retórica dos fatos. Neste espaço de vinculação com o vivido, mais do que a regra, o que importa é o processo de interpretação e de construção e de expressão desta regra. É neste espaço que se pode chegar a uma elaboração do que se viveu e do que se vive, a uma composição equilibrada sobre os termos em que se poderá viver, fazendo com que responsabilidades sejam assumidas e novas possibilidades sejam encontradas. Trata-se, portanto, de superar uma situação em que a regra se mostra impessoal, em que falta ao homem a capacidade de julgamento de sua ação, cumprindo-lhe apenas obedecer, sujeitar-se, internalizar algo, cuja sintonia com suas condições de vida lhe escapam e que apenas lhe provoca um ressentimento generalizado.

O encontro propiciado por um modelo de Justiça Restaurativa para acertamento entre vítima e agressor há de ter caráter interpessoal, centrado na câmara restaurativa, a fim de que seja rompido o modelo retributivo, ao qual se contrapõe. A responsabilização que decorre destes compromissos não tem por efeito apenas a reparação de um dano causado, mas é ainda a possibilidade de cada parte compreender a sociedade em que se vive e que necessariamente precisa estar ligada à primeira. Por isso, não pode prescindir de um envolvimento comunitário para sua resolução e da intervenção efetiva de uma rede de atendimento fundada em políticas públicas voltadas a todos, que dê amparo às necessidades outras que entrem em questão naquele primeiro momento. Isto porque as questões discutidas na divergência interpessoal podem envolver aspectos sociais que demandarão não apenas a compreensão por parte da vítima, mas também da comunidade do entorno em que se dá o conflito:

Vê-se, portanto, que está em jogo não uma busca por paz a qualquer preço, notadamente uma paz homogeneizadora, que enrijeça e cristalice a vida, voltando-se

⁸⁵ MELO, Eduardo Rezende, op. cit., 2005.

meramente à obediência e à sujeição, mas sim uma paz que não se feche às diferenças, ao dinamismo da vida, às mudanças e às tensões envolvidas em toda mudança, sobretudo uma paz que feche os olhos às questões sociais de um país como este: uma paz que repudie a violência, mas não as oposições e os conflitos de interpretações, não as demandas outras por justiça, social inclusive para além da justiça interpessoal, se for o caso.⁸⁶

Ao longo da história do Direito Penal no Ocidente, torna-se possível constatar modelos que se encaixam em punição, reabilitação (idéia de justiça terapêutica ou reeducativa) e restauração. Entretanto, o único que não trabalha com a dimensão repressiva é o restaurativo.

O Modelo de Justiça Restaurativa será mais bem explicitado no terceiro capítulo desta dissertação, quando se tratará de sua aplicação ao adolescente em conflito com a lei. Por ora se pode adiantar que mesmo em sua oposição ao modelo penal retributivo, o modelo restaurativo não é substitutivo ao atual, mas ambos os modelos podem se complementar, uma vez que não há como prescindir do direito punitivo para a contenção do infrator em determinadas situações. Por outro lado, os dois modelos não podem ser conciliados em uma mesma situação, uma vez que o modelo restaurativo, por conter modalidades alternativas de sanção, acarretaria dupla sanção, mesmo não sendo a segunda de caráter punitivo.

⁸⁶ MELO, Eduardo Rezende, op. cit., 2005.

2 O ATO INFRACIONAL E O DIREITO DO ADOLESCENTE NO BRASIL

O segundo capítulo deste trabalho inicia-se com uma breve exposição da Evolução do Direito Penal no Brasil, trazendo em seguida uma apresentação da origem e evolução do Direito da Criança e do Adolescente, com ênfase na Doutrina da Proteção Integral. Por fim, traz uma descrição do tratamento atualmente concedido pelo Estado ao adolescente, a quem é atribuída prática de ato infracional, seguindo-se as disposições constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere ao tema em questão, e uma discussão acerca das garantias e da responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei, segundo a Doutrina da Proteção Integral, levantando-se a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, através da Mediação Penal, para adolescentes.

2.1 O adolescente no contexto do direito penal no Brasil

A história do Direito Penal no Brasil, como sistematização, apresenta que os colonizadores portugueses trouxeram as Ordenações Afonsinas, que foram posteriormente substituídas pelas Manuelinas e mais tarde pelas Filipinas, que refletiam o Direito Penal dos tempos medievais, com penas cruéis e desproporcionais à infração cometida. As Ordenações Filipinas vigoraram por longo tempo como lei penal aplicada no Brasil, e somente foram substituídas com a edição do Código Penal do Império, em 1830, que trouxe uma legislação mais humanizada e sistematizada.¹

A Constituição outorgada após a independência do Brasil seguia as idéias da democracia liberal surgida no final do século XVIII, estabelecendo princípios como a proibição de se criar lei sem utilidade pública, os princípios da igualdade da irretroatividade da lei da abolição das penas cruéis e das penas que passassem da pessoa do delinqüente, bem como determinava a separação dos réus em cadeias diferentes, conforme as circunstâncias e natureza de seus crimes. O Código Criminal do Império, sancionado em 1831, com texto de

¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., 2006.

cunho retributivo, foi marcado pelo pensamento contratualista, embora apresentasse também idéias utilitaristas.²

De modo geral, pode-se afirmar que o Código Criminal do Império filiou-se à Escola Clássica, adotando os princípios da legalidade, da responsabilidade moral e afirmando a crença no livre-arbítrio. Previa pena individualizada, com atenuantes e agravantes, como também julgamento especial para os menores de 14 anos e a indenização do dano *ex delicto*.³ Por outro lado, previa a pena de morte a ser executada pela força, a pena de Galés, o banimento, o degredo e apresentava desigualdade no tratamento das pessoas, sobretudo para com os escravos:

Numa sociedade escravagista, aos escravos eram aplicadas com freqüência as penas de morte e de galés, ou, ainda, a pena de açoites em praça pública. Isto demonstra que, apesar da democracia liberal, baseada no princípio da igualdade, da fraternidade e da liberdade, a práxis jurídico-penal acabava desenvolvendo-se em três níveis diferenciados: Direito Penal da Aristocracia Rural, dos pobres e dos negros escravos.⁴

A era Republicana trouxe a aprovação de um novo Código Penal, ainda de orientação clássica, porém com aceitação de postulados positivistas:

O Código de 1830 tratava da responsabilidade penal dos menores, classificando-os em quatro categorias, segundo a idade e o grau de discernimento. Assim, além do critério cronológico, segundo o qual aos vinte e um anos atingia-se a imputabilidade penal plena, adotou o critério do discernimento, ao prever que, na hipótese do menor de 14 anos praticar fato delituoso com consciência e capacidade de entendimento, seria reconhecido como imputável e receberia, então, penas corporais.⁵

O Código Penal da República veio inovar no tratamento concedido aos menores:

O CP de 1890 alterou em alguns aspectos a legislação anterior, prevendo que os menores de nove anos de idade, em hipótese alguma, poderiam ser considerados imputáveis. Esses eram tratados como não criminosos. Inovou, também, ao criar os estabelecimentos disciplinares industriais para encaminhamento dos maiores de nove e menores de catorze anos que praticassem ilícitos com discernimento sobre sua conduta.⁶

Em 1927, surgiu no Brasil o Código de Menores, separando o tratamento dado aos adultos daquele dado à criança e ao adolescente, com relação à lei penal. De seu lado, o

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2004.

³ É o dano causado por infração penal. O exemplo prático desse tipo de dano é a apropriação indébita, uso de produtos violando os direitos autorais. Este dano pode ser material ou moral, pois se refere a fato revestido de ilícito penal que, mesmo estando sujeito à sanção penal, autoriza pedido de reparação ou indenização na área civil. WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Dano_ex_delicto>. Acesso em: 10 abr. 2008.

⁴ LEAL, João José, op. cit., 1998.

⁵ BEZERRA, Lenildo Queiroz. **Evolução do direito infanto-juvenil no Brasil**. Disponível em: <www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo05.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2008.

⁶ Ibid., 2008.

Código Penal da República, que foi muito criticado e trazia dificuldades na sua aplicação, foi reformado pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, denominado Consolidação das Leis Penais de Piragibe, porque preparada pelo Desembargador Vicente Piragibe, que vigoraria como Estatuto, até 1940, com a promulgação de um Novo Código Penal Brasileiro.⁷ Com relação à legislação penal de adultos no Brasil, o Código Penal de 1940 ficou conhecido como uma legislação eclética, por não assumir compromisso com qualquer das escolas ou correntes, mas por fazer uma conciliação entre os postulados das Escolas Clássica e Positiva, e também das legislações modernas de orientação liberal, em especial os códigos italiano e suíço. Em 1962, surgiu um anteprojeto de mudança da lei penal básica brasileira, transformado em Código Penal outorgado à nação brasileira em 1969, durante o regime militar e com o Congresso Nacional fechado. Sua vigência foi diversas vezes adiada em virtude de severas críticas, até que acabou sendo ab-rogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem que tivesse entrado em vigor.

A Lei 7.209, de 11/07/1984, alterou substancialmente a Parte Geral do Código Penal de 1940, principalmente adotando a pena ou medida de segurança. No mesmo ano foi promulgada a nova Lei de Execução Penal (7.210, de 11/07/1984), específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança. Mirabete fez o seguinte comentário à Lei 7.210/84, que a seu ver não assegurou a conciliação entre a defesa dos interesses sociais e a preservação os direitos e garantias individuais:

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinqüiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal. Em contrapartida, a insegurança resultante do progressivo aumento de violência urbana e da criminalidade em geral não encontrou resposta na nova lei que, neste passo, apenas possibilitou ao juiz a aplicação de penas mais elevadas nos crimes continuados praticados com violência ou ameaça. Parece-nos criticável também o repúdio ao critério da periculosidade e à ausência da distinção entre criminosos perigosos e não perigosos como tema básico para a aplicação e execução das penas e medidas de segurança (a lei não se refere praticamente à periculosidade do agente). Essa omissão, que não só ocorre quanto ao criminoso reincidente, pode dificultar ainda mais a repressão penal como forma de defesa social.⁸

De 1984 para cá cresceram junto com o país as desigualdades sociais e a criminalidade, piorando a situação de superpopulação carcerária sem que existam estabelecimentos adequados para ela. Surgem diversas tendências quanto ao tratamento penal e processual

⁷ LEAL, João José, op. cit., 1998.

⁸ MIRABETE, Julio Fabrini, op. cit., 1999, p.44.

penal manifestado nas seguintes leis: 8.072/90, que dispõe sobre os Crimes Hediondos; 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, permitindo a suspensão condicional do processo penal para os crimes considerados desta natureza e implementando a transação penal ou aplicação imediata de pena alternativa. A Lei 7.210/84 foi alterada pelas Leis 9.714/98 e 10.792/2003. A primeira anunciou novas penas restritivas de direitos para condenados a penas privativas de liberdade de até quatro anos: a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana. A Lei 10.792/2003 incluiu mais dois tipos de penas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. A pena privativa de liberdade foi substituída pela restritiva de direitos, para os casos de crime doloso, podendo ser aplicada quando não for superior a quatro anos e forem atendidos os requisitos de não reincidência, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime favoráveis. Entretanto, sendo o crime culposos, haverá a substituição pela pena restritiva de direitos, qualquer que seja o tempo de pena imposto.

2.2 O Direito da Criança e do Adolescente ⁹

Embora este trabalho se reporte ao Direito da Criança e do Adolescente, seu foco está centrado no direito do adolescente. As referências à criança se apresentam em razão da sistematização da mencionada área do direito referir-se a ambas as etapas da vida humana. Para explicitar as causas sociais da chamada Doutrina da Situação Irregular, Mendez levanta a existência de um período inicial de tratamento indiscriminado entre menores e adultos, também no que diz respeito à sua condição jurídica, referindo-se ao clássico trabalho de Ariès¹⁰, que demonstra, através da análise de pinturas até o século XVII, a passagem direta do indivíduo da dependência materna ao mundo dos adultos:

⁹ A elaboração deste item teve como parâmetro os seguintes documentos e textos, que podem ser encontrados na obra “Adolescentes privados de liberdade”: Estatuto da Criança e do Adolescente (parte sobre ato infracional); Convenção da ONU sobre os direitos da Criança (parte sobre ato infracional); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad. VOLPI, Mário (Org.). **Adolescentes privados de liberdade: A normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

¹⁰ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família.** 2. ed. Trad. Dora Facksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

Depois do Século XVII, a utilização do retrato de família, como fonte específica, permite demonstrar uma clara inversão de tendência. Aqueles pequenos indivíduos aparecem, agora, com roupas diversas, situados no centro do retrato familiar. Uma história crítica posterior permitirá perceber, com nitidez, o alto preço que a infância pagou por esta nova centralidade: perda total de autonomia de origem de uma cultura jurídico-social, que vincula, indissolúvelmente, a oferta de ‘proteção’ à prévia declaração de algum tipo de incapacidade. Parece possível identificar, aqui, a gênese e a pré-história da chamada doutrina da situação irregular.¹¹

Segundo Ariès, o surgimento da escola propiciou, no século XVII, o reconhecimento da categoria dos menores, tanto para os burgueses, como para os membros das classes inferiores, embora somente os primeiros pudessem chegar ao ensino secundário, ficando os segundos restritos ao ensino primário:

Teríamos até mesmo razão em perguntar se nesse ponto não houve uma regressão durante a primeira metade do século XIX, sob a influência da demanda de mão de obra infantil na indústria têxtil. O trabalho das crianças conservou uma característica da sociedade medieval: a precocidade da passagem para a idade adulta. Toda a complexidade da vida foi modificada pelas diferenças do tratamento escolar da criança burguesa e da criança do povo.¹²

De acordo com Mendez, a descoberta da infância ocorreu conjuntamente com o desenvolvimento de idéias sobre crianças corrompidas, surgidas da divulgação de ações de natureza penal, supostamente cometidas por eles, o que dava azo a cruéis castigos a lhes serem impostos. Mendez transcreve a citação de Sanders a respeito do tratamento concedido à criança e ao adolescente pela lei da Inglaterra naquele período:

[...] Abaixo dos sete anos, na realidade, uma criança não pode ser ré de um crime, já que o discernimento criminal é quase uma impossibilidade natural, mas aos oito anos ela pode ser ré de um crime. Também abaixo dos catorze anos, mesmo que a criança seja *prima facie*, um indivíduo *doli incapax*, se for considerada pela corte e pelos jurados *doli capax* e em condições de discernir entre o bem e o mal, pode ser sentenciada e condenada à morte. Deste modo, uma menina de treze anos foi queimada na fogueira pelo homicídio de sua ama, e um menino de dez e outro de nove anos de idade, que haviam maltratado seus companheiros, foram sentenciados à morte e o de dez anos foi efetivamente enforcado, pois, conforme o processo, um dos homicidas fugiu, mas o outro ocultou o corpo da vítima – fatos que denotam claramente a consciência da culpa e a capacidade de discernir entre o bem e o mal. Houve um caso no século passado, em que um menino de oito anos foi julgado e condenado em Abingdon por incendiar dois graneleiros e concluiu-se que ele agiu maldosamente, com malícia e astúcia. Foi considerado culpado e condenado a morrer na forca. [...] Um menino de dez e outro de nove anos de idade, que haviam matado seus companheiros, foram sentenciados à morte e o de dez fugiu, mas o outro ocultou o corpo da vítima- fatos que denotam claramente a consciência da culpa e a capacidade de discernir entre o bem e o mal.¹³

¹¹ MENDEZ, Emílio Garcia. A Doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.64.

¹² ARIÈS, Philippe, op. cit., 1981, p.194.

¹³ SANDERS, Wiley B. apud MENDES, Emílio Garcia. **História da criança como história de seu controle**. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da, op. cit., 1994, p.16.

As políticas destinadas à segregação dos menores delinquentes, legitimadas no contexto do positivismo criminológico do século XIX, se juntaram à reação social contra o abuso e os maus-tratos à criança:

Em 1875, num caso de grande repercussão na imprensa e na opinião pública, a menina Mary Ellen, de 9 anos de idade, foi retirada da guarda de seus pais por autoridades judiciais. A instituição que ativou o caso foi a ‘Sociedade para a Proteção dos Animais’, de Nova York. Este fato coincide com a criação da ‘Sociedade de Nova York para a Prevenção da crueldade Contra Crianças’.¹⁴

Neste contexto político-cultural surgem as práticas sociopenais de proteção e segregação dos menores, sendo criado, em 1899, o primeiro Tribunal de Menores conhecido no mundo ocidental, em Illinois, nos EUA, seguido da criação de outros tribunais, instalados na Europa e na América Latina, dedicados à causa dos menores. No Brasil, o primeiro Tribunal de Menores foi criado em 1923.¹⁵ O primeiro Código de Menores do Brasil surgiria quatro anos depois:

Em 1927 surge o primeiro Código de Menores brasileiro, tratando, apenas, sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais, muito embora, em menor escala tenha introduzido normas de proteção do menor em situação irregular, ao estabelecer medidas de assistência ao menor abandonado e coibir o trabalho do menor de doze anos e o trabalho noturno do menor de dezoito.¹⁶

Tal etapa do Direito da Criança e do Adolescente ficou conhecida como etapa tutelar, “por concentrar na autoridade do juiz de menores o poder de decidir, em nome da criança, sobre o que seria melhor para ela”.¹⁷

De acordo com Mendez, a essência da doutrina da situação irregular, firmada durante a etapa tutelar do Direito da Criança e do Adolescente, se resumia na criação de um marco jurídico que legitimava a intervenção estatal discricionária, a qual recaía indistintamente entre abandonados e delinquentes:

O modelo tutelar da intervenção sócio-penal destinado aos adolescentes defendia não só a institucionalização de jovens sem a observância de regras e princípios processuais e constitucionais na imposição das medidas, como também a continuidade da institucionalização daqueles no sistema destinado aos adultos. Assim, a lógica da correção do “delinquentes” era levada às últimas conseqüências

¹⁴ PFHOL, Stephen apud MENDES, Emílio Garcia. **História da criança como história de seu controle**. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da, op.cit., 1994, p.17.

¹⁵ MENDEZ, Emílio Garcia. **História da criança como história de seu controle**. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da, op. cit., 1994.

¹⁶ BEZERRA, Lenildo Queiroz, op. cit., 2008.

¹⁷ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.33.

pela doutrina da situação irregular, marca decisiva da etapa tutelar do direito penal juvenil.¹⁸

Em 1959, iniciou-se, em âmbito mundial, uma nova etapa no Direito da Criança e do Adolescente, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança. A Declaração Universal dos Direitos da Criança definiu os direitos que, se ameaçados ou violados, podem ser restabelecidos, segundo as competências administrativas e judiciais, respectivamente, para as questões sociais e questões jurídicas, separadamente. A mencionada iniciativa internacional viria a propiciar o surgimento da doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que introduziu um novo paradigma garantista, elevando a mencionada população à condição de cidadãos, como sujeitos de direitos e de deveres:

A política de garantias se materializa num sistema articulado de princípios (descentralização administrativa e participação popular), políticas sociais básicas (educação, saúde e assistência social) e programas especializados, destinados à proteção especial das crianças e adolescentes violados em seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e de excluídos em razão de sua conduta ou de prática de atos infracionais.¹⁹

Em 1979, o Código de Menores brasileiro sofreu a seguinte reforma:

No ano de 1979, o Código de Menores (Lei 6.697), rompendo definitivamente com a Doutrina do Direito Penal do Menor, adota inteiramente, em seus dispositivos, a Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular, que representa um avanço em relação à doutrina anterior, muito embora no contexto internacional já existissem inúmeros diplomas e tratados inspirados na Doutrina Jurídica da Proteção Integral. A Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular propõe que a proteção estatal deve dirigir-se à erradicação da irregularidade da situação em que eventualmente se encontre o menor, sempre com a preocupação de assisti-los, protegê-los e vigiá-los. O Código de 1979 previu que somente nas hipóteses em que o menor não estivesse enquadrado nos padrões sociais normais, é que seriam tutelados por seus dispositivos. Enfim, protegia-se o menor carente, abandonado e infrator, bem como qualquer outro que estivesse em situação irregular, sem, no entanto, proporcionar-lhe proteção integral.²⁰

A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente seria representada, internacionalmente, por quatro instrumentos jurídicos básicos assim denominados: Convenção Internacional dos Direitos da Criança; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad). No Brasil, a Proteção Integral da Criança e do Adolescente, garantindo os direitos da infância e da juventude, está

¹⁸ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.49.

¹⁹ VOLPI, Mário (Org.). **Adolescentes privados de liberdade**: A normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

²⁰ BEZERRA, Lenildo Queiroz, op. cit., 2008.

fundamentada no artigo 227 da Constituição Federal e na Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Para Sposato, a “evolução do tratamento dispensado a crianças e adolescentes envolvidos na criminalidade guarda profunda relação com as denominadas ‘escolas de direito penal’ ao longo da história”.²¹ A etapa penal indiferenciada teve início com o surgimento dos Códigos Penais retribucionistas do século XIX, tendo como influência a Escola Clássica do Direito, e estendeu-se até o surgimento dos tribunais de menores. A etapa tutelar, sob influência do correcionalismo, sustentou-se na identificação dos juízes como porta-vozes das leis, herança da filosofia jurídico-política do iluminismo, e defendia o preenchimento das lacunas e antinomias do ordenamento com o espírito da lei, aplicado aos menores em situação irregular, tanto abandonados quanto delinquentes. A consolidação de tal etapa deu-se pela interferência da Medicina, da Psicologia e da Assistência Social na construção dos Códigos de Menores. Por fim, o surgimento da etapa garantista pode ser relacionado com o movimento de defesa social na política criminal humanista, manifestando uma inversão de paradigma na consciência jurídica e social acerca da criança e do adolescente, antes visto como objeto de compaixão-repressão e agora como sujeito de direitos fundamentais.

Sposato faz uma relação entre o desenvolvimento do Direito da Criança e do Adolescente e o surgimento do Estado Moderno e a decorrente distinção entre o público e o privado. Somente com o aparecimento do Estado Moderno se constrói a contraposição entre as esferas pública da sociedade, que representa o seu conjunto, e a esfera privada, que está ligada à idéia do indivíduo. O Estado vem garantir a homogeneidade, a proteção e a paz do conjunto da sociedade, através de um pacto pelo qual ela autoriza os atos e decisões daqueles que representam o Estado como se fossem seus.²²

O ordenamento jurídico apresenta-se então como um sistema, no qual os interesses de toda a comunidade se concentram sob o direito público, enquanto os interesses individuais são resguardados pelo direito privado. À aplicação das normas penais, que tutelam os bens e interesses do Estado e da comunidade corresponde o direito público, tendo incidência sobre a conduta de entes particulares. Quanto ao Direito da Criança e do Adolescente, sob a ótica da piedade assistencial, revela um caráter público, e ao apontar o interesse particular de uma

²¹ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.26.

²² SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006.

criança ou de um adolescente, faz entrar em jogo o direito subjetivo decorrente de sua dignidade de pessoa humana, situando-o na classe dos Direitos Fundamentais.

2.3 Origem do tratamento concedido ao adolescente em conflito com a lei no Brasil

O percurso histórico do tratamento dado à criança e ao adolescente em situações especiais no Brasil traz marcas de práticas precárias, como a Roda dos Expostos²³, que ficou conhecida no período colonial como forma de acolher crianças abandonadas.

Durante o regime monárquico, a criança ou adolescente abandonado ou praticante de delitos recebeu no Brasil um tratamento regulamentado pelo Código Criminal do Império, que admitia a internação da referida população em Casas de Correção, porém com desligamento obrigatório aos 17 anos e substituição da pena de morte por trabalhos forçados, os quais o apenado executava com os pés presos por correntes de ferro. Tal pena ficou conhecida como “pena de galés”.

Com a passagem para o regime republicano, caracterizou-se a lógica salvacionista da sociedade de civilizar o país, transformando os vadios em trabalhadores, e o tratamento dispensado às crianças e adolescentes recebeu um aparato médico, jurídico e assistencial, que consistia na prevenção, educação pelo trabalho, recuperação do menor vicioso e contenção do menor que se intitulava “delinqüente”:

Na época da recém-instaurada República brasileira, crianças e adolescentes pobres começaram a ser identificados como pequenos bandidos, autores de delitos tipificados como vadiagem, mendicância, prostituição, furtos e roubos. É interessante observar que as primeiras estatísticas policiais produzidas no período de 1904 a 1906 já contavam com a presença de crianças e adolescentes: 20% eram

²³ “Ao puxarem suas redes do fundo das águas do Rio Tibre, os pescadores romanos do século XIII não traziam apenas peixes para os seus barcos, mas corpos de recém-nascidos lançados ao rio por seus próprios pais. Preocupado com esta situação, o Papa Inocêncio III designou o Frei Guy de Montpellier para criar um serviço no Hospital do Espírito Santo, em Roma, para receber as crianças enjeitadas. O religioso mandou abrir um buraco na parede e encaixar ali uma espécie de caixa cilíndrica, onde a criança podia ser deixada sem que a mãe precisasse se identificar. Assim nasceu a "Roda dos Expostos", também chamada de "Roda dos Enjeitados", que logo se disseminou por toda a Europa e depois por outros países. A Santa Casa de Misericórdia da Bahia foi a primeira instituição a ter uma Roda no Brasil. Em 1726 Salvador tinha em torno de 30.000 habitantes, e o abandono de crianças já se constituía num sério problema. Todas as manhãs podiam ser encontrados, nas ruas da cidade, corpos de recém-nascidos deixados à própria sorte por seus pais, e que acabavam mutilados por cães e porcos. A situação tornou-se insustentável, provocando a reação do Vice-Rei Vasco Fernandes de Meneses (Conde de Sabugosa), que designou à Santa Casa a tarefa de criar uma Roda para acolher os bebês enjeitados. Em 1734, depois de autorizada pelo rei, a Roda do Asilo do Santo Nome de Jesus passou a receber os pobres pequenos até 1862, quando foi transferida para a Pupileira. Aqui ela permaneceu até 1935”. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DA BAHIA. Texto apresentado na página da santa Casa: **Roda dos Expostos**. Disponível em: <<http://www.santacasaba.org.br/curiosidades.php>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

autores nos crimes de vadiagem, 17% de embriaguez, 16% de furto ou roubo. A natureza, porém, dos atos praticados por crianças e adolescentes sempre foi significativamente distinta; os adultos eram responsáveis por 93,1% dos homicídios, contra 6,9% praticados por menores de 18 anos.²⁴

O período da história do tratamento dado à criança e ao adolescente, denominado “Etapa Indiferenciada”, foi legitimado no contexto do positivismo criminológico e nas teorias da defesa social derivadas dessa corrente, bem como traduzia os princípios da Escola Clássica do Direito Penal, que percebia o delito como sintoma de periculosidade. Vale ressaltar que, mesmo não havendo delito, a vadiagem por si só legitimava a aplicação de penas ou medidas sobre aquela população.

No Brasil, a Etapa Indiferenciada cedeu lugar à etapa tutelar com a adoção da Lei Federal 4.242/1921, que determinou a organização do Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente, como também regulamentou as sanções e os procedimentos destinados a menores que cometiam algum tipo de delito. Em 1927, o Código de Menores foi aprovado pelo Decreto Federal 17.943, fixando a inimputabilidade para menores de 14 anos de idade, mas atribuindo-lhes medidas de preservação e reeducação ordenadas pelo juiz, em caso de abandono ou perigo de perversão, até a idade de 21 anos. Entretanto, o Decreto também autorizava o encarceramento entre 16 e 18 anos, em caso de delitos graves e demonstração de periculosidade. Os menores apreendidos nas ruas eram recolhidos ao abrigo de triagem do Serviço Social de Menores, independentemente de serem abandonados ou infratores, o que caracterizava o tratamento indiferenciado. Os estabelecimentos para menores funcionavam da forma descrita por Foucault, quando se referiu ao “panóptico”, já descrito no primeiro capítulo deste trabalho.

O Código Penal de 1940 fixou a responsabilidade penal acima dos 18 anos, o que deu origem ao Decreto-lei 6.026, de 1943, estabelecendo duas modalidades de processos para infrações praticadas por menores: para menores até 14 anos, a intervenção do Estado seria executada somente pelo juiz e o curador de menores; já dos 14 aos 18 anos, dependeria de intervenção policial. A ideologia tutelar tinha como base o pensamento terapêutico e higienista dirigido à repressão das crianças e adolescentes pobres em estado perigoso, ainda que sem delito.

Em 1963 foram criadas instituições para o Recolhimento Provisório de Menores entre os 14 e 18 anos que cometiam atos infracionais, que mais adiante dariam lugar às Unidades de

²⁴ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.29-30.

Internação provisória da Fundação do Bem-Estar do Menor (Funabem). Tal Fundação foi inaugurada em 1964, como objetivo nacional do governo militar, e suas ramificações estaduais e municipais deram origem às Febem, que funcionavam com aparato médico, jurídico e pedagógico. Dentro da ótica descrita, a criança ou o adolescente abandonado ou desassistido era considerado um futuro delinqüente, sendo necessário contê-lo com a institucionalização e a privação de liberdade. Manifesta-se aí a doutrina da situação irregular, construção jurídica detalhada no Código de Menores de 1979, que permitia a institucionalização de jovens sem observância de regras e princípios na aplicação da mencionada medida, bem como permitia a continuidade da institucionalização dos maiores de 21 anos no sistema destinado a adultos, se não tivesse sido declarada a cessação da medida.

A superação da doutrina da situação irregular no Brasil veio com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que introduziram o princípio da proteção integral, e trouxeram para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de garantias e de direitos para todas as crianças e adolescentes:

No que se refere à natureza das ações e à caracterização do novo sistema, o caráter filantrópico é substituído pela criação de políticas públicas específicas voltada à proteção e defesa dos direitos da infância e adolescência e, de outra parte, o fundamento assistencialista presente nas etapas anteriores é também abandonado pelo reconhecimento de que crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, gozam de direitos subjetivos.²⁵

Sabe-se da existência de atos infracionais graves cometidos por adolescentes, como também que a sociedade tem direito à segurança pública e individual. Entretanto, até mesmo a parte mais severa do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz respeito à privação de liberdade, deve ser interpretada levando-se em conta as garantias estabelecidas por lei para o adolescente a quem é atribuída autoria de ato infracional, como, por exemplo, a proibição de detenção ilegal ou arbitrária e o devido processo legal.²⁶

No próximo item do presente trabalho será exposto o atual tratamento concedido ao adolescente em conflito com a lei no Brasil, conforme estabelecido pela Constituição federal de 1988 e previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (8069/1990).

²⁵ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.50.

²⁶ MENDEZ, Emílio Garcia. A doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da, op. cit., 1994, p.111.

2.4 Atual tratamento concedido ao adolescente em conflito com a lei no Brasil ²⁷

A Constituição Federal de 1988 estabelece, dentre os direitos do adolescente à proteção especial, os seguintes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;²⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) prevê, em seus arts. 103 a 128 e 171 a 190, o procedimento a ser aplicado ao adolescente em conflito com a lei penal no Brasil. De acordo com a referida lei, o ato infracional consiste em conduta descrita nas leis brasileiras como crime ou contravenção penal.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, portanto sujeitos às medidas previstas na lei em estudo, que considera criança a pessoa até doze anos incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Outro dado bastante importante na aplicação das medidas correspondentes à prática de ato infracional no Brasil consiste em que deve ser considerada a idade da criança e do adolescente à data do fato ao qual serão aplicadas as previsões legais do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷ O texto construído neste item está baseado nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 2005; BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8069/90)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988), op. cit., 2005.

2.4.1 Apuração do ato infracional atribuído a adolescente

Ao verificar-se a prática de ato infracional por parte de um adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que aquele só poderá ser privado de sua liberdade se apanhado em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será imediatamente encaminhado à autoridade policial competente, enquanto o adolescente apreendido por força de ordem judicial será encaminhado à autoridade judiciária. Em se tratando de ato infracional praticado em coautoria com maior, prevalecerá para ambos a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria.

O adolescente apreendido tem direito à identificação dos responsáveis por sua apreensão, de ser informado de seus direitos e de que seja comunicada a sua apreensão, bem como o local em que se encontra recolhido, tanto à sua família ou pessoa por ele indicada, como à autoridade judiciária competente.

Depois de civilmente identificado, o adolescente apreendido não será submetido à identificação compulsória por órgãos policiais, de proteção e judiciais, a não ser para confrontação, se houver dúvida fundada.

Logo após a apreensão, examinar-se-á, sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata do adolescente. Entretanto, poderá ser determinada internação, antes da sentença, pelo prazo máximo de 45 dias, desde que tal decisão seja fundamentada e baseie-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrando-se necessidade imperiosa da medida. Sua apreensão e o local onde se encontra recolhido deverão ser imediatamente comunicados à sua família ou a pessoa por ele indicada.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e pela sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não definiu o que seja ato infracional grave. Entretanto, o legislador, no seu art. 103, definiu o ato infracional com base nos conceitos de crime e contravenção penal. De acordo com a lei penal, são considerados graves os crimes apenados com reclusão, pelo que são também aqueles considerados graves quando cometidos por adolescentes. Marçura assim define o ato infracional de repercussão social:

[...] é aquele que provoca clamor público, gerando nas pessoas sentimento de indignação, como sói acontecer, em regra, nos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa, sendo exemplos notórios os crimes de extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, roubo, latrocínio e homicídio qualificado. [...] A autoridade policial também não liberará o adolescente quando se tratar de conduta capitulada no art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de entorpecente), tendo em vista que se trata de crime punível com reclusão, portanto ato infracional grave, de inegável repercussão social.²⁹

Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. Não sendo possível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas. Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo mencionado. Sendo o adolescente liberado, a autoridade policial encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial deverá lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente, apreender o produto e os instrumentos da infração e requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciado.

Afastada a hipótese de flagrante, caso haja indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de

²⁹ MARÇURA, Jurandir Norberto. Art. 103. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2002, p.518.

ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, proceder-se-á imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

Depois da apresentação, o representante do Ministério Público poderá promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, antes de iniciado o procedimento judicial para a apuração do ato infracional, o representante do Ministério público poderá excluir o processo através do instituto da remissão, dependendo do exame das circunstâncias do fato, do contexto social, da personalidade do adolescente e de sua maior ou menor participação no ato infracional. Tal instituto, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicado em qualquer fase do procedimento, antes da sentença. Entretanto, sobre sua aplicação, cabe observar o que sobre ele prevê os arts. 127 e 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.³⁰

Promovido o arquivamento dos autos ou concedida remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação. Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida. Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá

³⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (lei n. 8069/90), op. cit., 2002, art. 127-128.

representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada.

A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária. A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade. O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, bem como deverá ser demonstrada a necessidade imperiosa da medida a ser aplicada.

Estando o adolescente internado, será requisitada a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável. Não ainda sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação. O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecerem à audiência de apresentação, acompanhados de advogado. Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. Se o adolescente, não internado, mas devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente à audiência de apresentação, a autoridade judiciária designará nova data, determinando sua condução coercitiva.

Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão. Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

Além de proibir a privação de liberdade do adolescente sem o devido processo legal, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece as seguintes garantias processuais ao adolescente a quem é atribuída autoria de ato infracional:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.³¹

2.4.2 *As medidas socioeducativas*

Diante do ato infracional praticado por criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a aplicação das seguintes medidas, isolada ou cumulativamente:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta.³²

Observa-se assim que, ao menor de doze anos que comete ato infracional, aplicam-se somente as medidas específicas de proteção, não lhes cabendo a aplicação de medidas

³¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (lei n. 8069/90), op. cit., 2002, art. 111.

³² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (lei n. 8069/90), op.cit., 2002, art. 101.

socioeducativas. Entretanto, verificada a prática de ato infracional por adolescente, ao mesmo poderão ser aplicadas medidas de proteção e/ou medidas socioeducativas, levando-se em conta sua capacidade para cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. São elas:

I – advertência, que consiste em admoestação verbal reduzida a termo e assinada, devendo se destinar, “via de regra, a adolescentes que não registrem antecedentes infracionais e para os casos de infrações leves, seja quanto à sua natureza, seja quanto às suas conseqüências”;³³

Em seu comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Miguel Moacyr Lima previne contra a tentação de transformar a advertência em um ato de mera burocracia, uma vez que o adolescente é titular de direito subjetivo à liberdade, ao respeito e à dignidade, não podendo ser exposto a qualquer tipo de violência, crueldade ou opressão, seja física ou moral, mas devendo ser respeitado em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

O caráter sócio-educativo das medidas aplicadas ao adolescente que comete um ato infracional exige que a autoridade se posicione como um verdadeiro educador, facilitando o crescimento do educando, por mais trivial que se lhe afigure a oportunidade. Para isso, deverá se preocupar em propiciar ao adolescente condições para que descubra e desenvolva suas potencialidades, a partir de processos de estímulo de construção de uma autoimagem positiva. Levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, as condições sócio-culturais do adolescente, seu nível de compreensão da realidade e da situação vivenciada, seu estado emocional, sua faixa etária, a ação sócio-educativa deverá funcionar como um pêndulo em equilíbrio entre os pólos da correção e do estímulo. O adolescente deverá ser atingido pela medida aplicada, mas não deverá ser desestimulada quanto ao seu valor pessoal, sua condição de sujeito de direitos.³⁴

II - obrigação de reparar o dano, em caso de ato infracional com reflexos patrimoniais. A reparação pode consistir em restituição da coisa, ressarcimento do dano ou em outra forma de compensação do prejuízo sofrido pela vítima. Caso se manifeste impossibilidade de reparação, esta medida poderá ser substituída por outra adequada.

Giorgio Del Vecchio centrou a finalidade da pena na reparação do dano, como forma de substituir uma ação destrutiva por uma ação construtiva. Para o célebre teórico, o crime não é apenas um fato individual, mas um fato social que revela desequilíbrios na estrutura da sociedade onde se produz. Assim, o mal deve ser reparado não estritamente com um ressarcimento patrimonial, mas com atos que contribuam para a restauração do equilíbrio violado. A grande maioria dos apenados é insolvente, a pena de prisão impede a possibilidade

³³ LIMA, Miguel Moacyr Alves. Art. 101. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.), op. cit., 2002.

³⁴ LIMA, Miguel Moacyr Alves. Art. 101. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.), op. cit., 2002, p.375.

de um trabalho produtivo pelo qual eles venham a ressarcir o dano, e há crimes que não podem ser mensurados monetariamente.³⁵ Também para o penalista contemporâneo Klauss Roxin, a reparação do dano é parte orgânica da evolução do Direito Penal, servindo à realização da finalidade da pena, uma vez que permite ao mesmo tempo a anulação das conseqüências do crime e a tranqüilização da coletividade.³⁶

Sobre a aplicação da medida de reparação do dano ao adolescente a quem é atribuída a autoria de ato infracional, Miguel Moacyr Alves Lima, do Ministério Público de Santa Catarina, pondera o seguinte:

a) Na aplicação do art. 116, a autoridade competente (Ministério Público, autoridade judiciária) deve dar preferência à solução mediada, evitando, dentro do possível, impor aos interessados o seu ponto de vista, em termos de decisão, de determinação. Atuando desta forma, estará dando destaque à pedagogia da participação, tanto da vítima quanto do adolescente e seu responsável, favorecendo uma compreensão dos fatos que transcenda o ‘meramente jurídico’ e o ‘meramente econômico’. Enfim, estará propiciando a todos, mas especialmente ao adolescente infrator, a oportunidade de experimentar uma vivência compartilhada, fortalecendo elementos e aspectos que podem conduzir a uma socialização ou ressocialização positiva, porque baseada na valorização de sua pessoa, de sua imagem, de sua opinião, de sua condição de ‘ser de relações’ e ‘sujeito de direitos’ ”.

b) Quando a solução mediada se mostrar inviável, a autoridade competente (Ministério Público, autoridade judiciária) deverá sempre ter em mente o caráter sócio-educativo da medida, estabelecendo formas de reparação, seja quanto à natureza, seja quanto à extensão, em que o potencial pedagógico seja mais ou menos visível aos interessados. Com isso, de um lado, estará atendendo ao interesse da vítima em ver o seu prejuízo reparado com presteza, e, de outro lado, estará sendo fiel ao novo paradigma de Direito menorista em vigor no Brasil, que exige para o adolescente infrator uma recepção, um processamento e um julgamento adequados à sua condição de pessoa humana, e não de mero objeto, passivo e amorfo, de nossa intervenção, por mais bem intencionada que ela possa parecer.³⁷

III - prestação de serviços à comunidade, que consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Vale ressaltar que as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a freqüência à escola ou à jornada normal de trabalho.

³⁵ VECCHIO, Giorgio del apud SICA, Leonardo, op. cit., 2002.

³⁶ ROXIN, Klauss apud SICA, Leonardo, op. cit., 2002.

³⁷ LIMA, Miguel Moacyr Alves. Art. 101. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al.(Org.), op. cit., 2002, p. 376.

IV - liberdade assistida, que será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. De acordo com o art. 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso.

V - inserção em regime de semiliberdade, que pode ser determinada desde o início, ou como forma de transição do adolescente, antes interno, para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. Esta medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. Entretanto, durante sua execução são obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

VI - internação em estabelecimento educacional, que constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Como resposta ao princípio da brevidade, a medida de internação não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. Entretanto, em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. Atingido tal limite, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. Ressalte-se que, em qualquer hipótese, a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Para atender ao princípio da excepcionalidade, a medida socioeducativa em apreço só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça

ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (neste caso, o prazo de internação não poderá ser superior a dois meses). Vale ainda ressaltar que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Por fim, o princípio do respeito à condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento refere-se ao recebimento, por parte desta população, de um atendimento socioeducativo que lhe permita retomar ou mesmo tomar o caminho normal de seu crescimento como pessoa e como cidadão, sendo favorecida a sua reinserção na sociedade e superação dos estigmas produzidos sobre sua pessoa pela construção de um novo projeto de vida. Tal atendimento inicia-se desde os procedimentos realizados pela autoridade policial até a aplicação da medida socioeducativa propriamente dita.

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estabelece que: as medidas previstas para a criança e o adolescente poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo; que na aplicação das medidas dever-se-á levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, que em hipótese alguma nem sob pretexto algum será admitida a prestação de trabalho forçado; que os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença estar provada a inexistência do fato, não haver prova da existência do fato, este não constituir ato infracional ou não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional. Estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade. A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semiliberdade será feita ao adolescente e ao seu defensor. Entretanto, quando não for encontrado o adolescente, será feita a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor. Sendo outra a medida aplicada, a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor. Recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença.

Olympio Sotto Maior faz o seguinte comentário à nova base doutrinária estabelecida pela Lei 8069/1990:

Ao tempo em que absorveu os princípios da doutrina da proteção integral, o legislador do Estatuto fez por reconhecer, automática e acertadamente, que a maneira mais eficaz (e justa) de se prevenir a criminalidade em questão consiste no superar a situação de marginalidade experimentada hoje pela maioria das crianças e adolescentes brasileiros. A nova base da doutrina provocou, assim, a derrocada de mitos que proliferavam nesta área da infância e da juventude. É que, embora se apresentando com a roupagem de tutelar, instrumento de proteção e assistência, o Código de Menores, na realidade, em nada contribuía para alterar na essência a condição de indignidade vivida pelas crianças e adolescentes brasileiros, vez que sequer os reconhecia como sujeitos dos mais elementares direitos.³⁸

Para Sotto Maior, embora não se deva associar indissolúvelmente a pobreza e a delinqüência, há de se reconhecer que as políticas destinadas à prevenção e recuperação da delinqüência passam pela efetivação de políticas sociais básicas:

Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é a de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas sócio-educativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento, objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social. O educar para a vida social visa, na essência, ao alcance de realização pessoal e de participação comunitária, predicados inerentes à cidadania. Assim, imagina-se que a excelência das medidas sócio-educativas se fará presente quando propiciar aos adolescentes oportunidade de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta que vivemos para se constituírem em agentes transformadores desta mesma realidade.³⁹

Dentro desta ótica, a medida socioeducativa com melhores condições de êxito para o adolescente autor de ato infracional seria a da liberdade assistida, porque está direcionada a interferir na realidade familiar e social do adolescente, e a internação seria a medida socioeducativa com piores condições de produzir resultados positivos, pela segregação social e probabilidades de aprendizagem de novas formas de violência, bem como de absorção da identidade de infrator. A medida de semiliberdade entraria nesta mesma ótica, enquanto nas medidas de advertência, obrigação de reparar o dano e prestação de serviços à comunidade haveria a prevalência do caráter educativo sobre o punitivo:

É que as técnicas educativas voltadas à autocrítica e à reparação do dano se mostram muito mais eficazes, vez que produzem no sujeito infrator a possibilidade de reafirmação dos valores ético-sociais, tratando-se como alguém que pode se transformar, que é capaz de aprender moralmente e de se modificar (as técnicas de conteúdo punitivo, segundo as teorias da aprendizagem, eliminam o comportamento somente no instante em que a punição ocorre, reaparecendo porém, e com toda força, tão logo os controles aversivos sejam retirados).⁴⁰

De acordo com o Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei realizado no período de 01/08/2006 a 15/08/2006, sobre todas as unidades de internação, internação provisória e semiliberdade existentes no país, em

³⁸ SOTTO MAIOR, Olympio. Art. 112. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.), op. cit., 2002, p.363.

³⁹ SOTTO MAIOR, Olympio. Art. 112. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.), op. cit., 2002, p.364.

⁴⁰ SOTTO MAIOR, Olympio. Art.112. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.), op. cit. 2002, p.365.

2006, o número total de internos em meio fechado no Brasil era de 15.426 adolescentes, sendo a maioria (10.446) na internação, seguidos da internação provisória (3.746) e da semiliberdade (1.234). Observou-se um aumento expressivo na taxa de crescimento da lotação do meio fechado no país entre os anos de 2002-2006, correspondendo a 28%. Segundo informações encontradas no documento que resultou da mencionada pesquisa, esse crescimento nacional da utilização dos regimes de meio fechado - que implicou na continuidade do quadro de superlotação das unidades apesar da ampliação significativa no número de vagas, resultado da construção e reforma de unidades em todo o país - trouxe a obrigação de ser reforçada a primazia das medidas de meio aberto, preconizada pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE.⁴¹

De acordo com Mário Volpi, ainda não existe um consenso sobre como denominar os adolescentes que praticam atos infracionais. Os meios de comunicação, em geral, têm preferido usar formas estigmatizantes, enquanto um grupo cada vez maior de profissionais que lidam com a referida população têm se referido a eles com o termo que realmente os define: adolescentes. Deste modo, o ato infracional não é incorporado à sua identidade, mas visto como uma circunstância de sua vida que pode ser modificada. Outro ponto levantado por Volpi diz respeito à dificuldade encontrada no senso comum, de se unir a idéia de segurança e de cidadania. Reduz-se a idéia de segurança a uma fórmula mágica para proteger a sociedade e seu patrimônio contra a violência produzida por uma classe de desajustados que precisam ser afastados do convívio social para serem recuperados, esquecendo que a delinqüência não constitui uma categoria homogênea e que também se deve respeito aos direitos do agressor.⁴²

É necessário reconhecer a existência de atos infracionais graves atribuídos a adolescentes, como também que não se pode deixar de atender ao direito indiscutível da sociedade à segurança pública e individual. Entretanto, o não equacionamento das necessidades da sociedade e do adolescente a quem é atribuído ato infracional pode levar ao cometimento de injustiças no campo legislativo e judicial, bem como ao agravamento da situação. Após a realização de estudos acerca dos percentuais infracionais e a da carência educacional da população adolescente no Brasil, Volpi conclui o seguinte:

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Documento; **Levantamento estatístico de adolescentes em conflito com a lei**. Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/>. Acesso em: 02 abr. 2008.

⁴² Id. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Cortez, 2008.

Fica patente, assim, a necessidade do sistema educacional brasileiro, como um todo, e da escola, em particular, revolucionarem a educação por meio da garantia, não só do acesso, mas também da permanência de todas as crianças e adolescentes na escola e, em especial, daqueles que vêm sendo dela sistematicamente excluídos: a população de baixa renda, da zona rural, as crianças e adolescentes trabalhadores ou os que ficam nas ruas, os jovens e os adultos não alfabetizados.⁴³

2.5 Garantias e responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei na Doutrina da Proteção Integral

Até o século XVIII, o uso instrumental do castigo implicava na simples questão de realizar uma proporção entre o prazer associado ao ato ilegal e a dor da punição. O indivíduo que realizasse um ataque à sociedade iria, através de penas brutais, experimentar se haveria compensação entre o crime e o castigo. Hoje se sabe que o indivíduo não é um sujeito passivo, influenciado apenas por estímulos externos, de modo que o sofrimento corpóreo tem perdido o papel prioritário no combate ao crime. Descobre-se, mais ainda, que a retribuição cruel ao crime provoca um sentido de martírio e encoraja novos atos ilegais, como também acontece com as sanções informais aplicadas pelos grupos fundamentais do indivíduo, que acabam por gerar a represália, criando um círculo vicioso de violência. Em estudo sobre crime e sociedade, Sykes faz o seguinte comentário acerca da resposta penal sob a ótica sociológica:

Se rotular um ato como crime é um processo social de primeira importância, assim também o será o processo social pelo qual o criminoso é descoberto, preso, julgado e condenado. Observadores há muito têm notado que não é simplesmente a severidade da punição que atua como um freio; a certeza do castigo é de igual ou mesmo maior peso, e como o sistema de tratar com o criminoso declina em eficiência, a probabilidade do crime aumenta. Ao mesmo tempo, um sistema altamente eficiente carrega seus próprios perigos, não somente como uma ameaça ao inocente, mas também como uma arma em potencial do Estado totalitário.⁴⁴

Sykes se refere assim às funções sociais do tratamento concedido àquele que infringe a lei penal:

No correr dos tempos, a idéia de castigo como vingança tem sido desacentuada. O duro nexos do pecado culpa e retribuição tem sido parcialmente mudado por uma visão mais instrumental de castigo como um meio de desencorajamento e reforma. Isto não quer dizer que o motivo da vingança não permanece; se o sociólogo não dá importância ao princípio de

⁴³ Ibid., 2008, p.57.

⁴⁴ SYKES, Gresham M. **Crime e sociedade**. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969, p.36-37.

‘olho por olho’ no exame das reações públicas ao crime, ele o faz a custo. Mas as forças da sociedade que dizem respeito à prevenção e controle do crime são organizadas em diferentes bases, tanto pelos protestos de louvor ou devoção da boca para fora como na prática. A punição argumenta-se, recebe sua justificação como uma arma para a proteção do Estado e como um dispositivo para devolver o infrator à categoria dos obedientes à lei.⁴⁵

De acordo com Sykes, o dano social acarretado pelo crime vai muito além daquele sofrido pela vítima em particular, uma vez que acarreta desgaste para as autoridades policiais e judiciárias, para o advogado, para os demais funcionários da justiça, para a família da vítima, para a família do criminoso e ainda para a mais esquecida vítima do crime: o próprio criminoso. O problema social da resposta penal se torna mais difícil quando um trabalhador ou um adolescente sem antecedentes criminais repentinamente comete um roubo ou um desfalque, por exemplo, o que leva à busca de uma nova visão a respeito daquele que delinqüe: “Ao invés de ver o comportamento criminoso como uma função mecânica de associação com criminosos e não criminosos deve-se descobrir os dispositivos ou técnicas pelos quais o indivíduo se torna indiferente à aprovação ou desaprovação dos outros”.⁴⁶

Para Santos, embora na atualidade a imprensa tenha noticiado atos infracionais praticados por adolescentes pertencentes à classe média, famílias aparentemente estruturadas e integradas ao meio social dominante, mais freqüentemente é estigmatizado como infrator aquele adolescente pertencente à classe socioeconômica empobrecida, família desintegrada, sem escolarização ou com atraso escolar. De um modo ou de outro, apesar de a sociedade vitimizada freqüentemente clamar pela justiça imediata, “ao Estado e à sociedade civil cabe prioritariamente, uma atuação preventiva, através de políticas sociais contra toda forma de pressão social que os empurrem à delinqüência”⁴⁷.

Como já foi comentado neste capítulo, a Doutrina da Proteção Integral, inaugurada no Brasil pela Constituição de 1988, veio superar a Doutrina da Situação Irregular, que tinha como alvo apenas as crianças e os adolescentes social e economicamente desfavorecidos, e passou a se dirigir a toda juventude e a toda infância, sem discriminação de qualquer tipo.

Segundo a Doutrina da Situação Irregular, a criança e o adolescente social e economicamente desfavorecidos eram tidos como portadores de uma patologia social,

⁴⁵ Ibid., 1969, p.72.

⁴⁶ Ibid., 1969, p.79.

⁴⁷ SANTOS, Hélio de Oliveira. **Crianças esquecidas**. São Paulo: Pontes, 1995, p.81.

portanto sujeitos à aplicação de medidas terapêuticas, utilizadas tanto para aqueles vitimizados pelos maus tratos ou abandono, como para aqueles que cometiam atos infracionais. Vigorava assim um sistema teoricamente tutelar, protetor, mas na prática opressivo, e as medidas tidas como tutelares não passavam de sanções, as quais não distinguiam infrações graves de simples desvios de conduta.⁴⁸

Especificamente para o adolescente a quem é atribuída prática de ato infracional, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como forma de proteção especial, garantias processuais do pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica por meio de profissional habilitado, segundo disposição na legislação tutelar específica, e obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.⁴⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece ainda as seguintes garantias processuais especificamente destinadas ao adolescente a quem se atribua prática de ato infracional: devido processo legal, como condição de privação de liberdade (art.110); garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou outro meio equivalente (art.111, I); igualdade na relação processual (art.111, II); defesa técnica por advogado (art.111, III); assistência judiciária gratuita aos necessitados, na forma da lei (art.111, IV); direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art.111, V); direito de solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art.111, VI); agilidade no atendimento (art.88, V); garantia de não ser privado de sua liberdade a não ser em caso de flagrante ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art.106, *caput*); direito à identificação dos responsáveis por sua apreensão, devendo ser informado de seus direitos (art.106, parágrafo único); de serem comunicados à autoridade judiciária competente e à família sua apreensão e o local onde se encontrar recolhido (art.107); de não ser submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada (art.109); garantia à sua imagem, vedando-se a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos referentes ao ato infracional, bem como qualquer notícia que o identifique

⁴⁸ AMARAL, Antônio Fernando do. 1ª Mesa: O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores. In: ARANTES, Esther Maria de Magalhães; MOTTA, Maria Euchares de Senna (Org.). **A criança e seus direitos**. Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Menores em debate. PUC/ FUNABEM, Rio de Janeiro, 1990.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 2005, art. 227, parágrafo 3º, incisos IV e V.

por fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência (art.143); garantia do juiz natural (art.145-146).⁵⁰

Diante de todo um sistema de garantias específicas de tutela ao adolescente, na hipótese da atribuição de ato infracional e de aplicação de medida privativa de liberdade, Afonso Armando Konzen indaga se a inimputabilidade expressa no art. 228 da Constituição Federal de 1988 ⁵¹ e no art. 27 do Código Penal ⁵² exclui a responsabilidade penal daquela população, ou se a referida inimputabilidade passou a significar somente uma imputação diferenciada em relação àquela atribuída ao adulto. Para Konzen, se há garantias é porque há possibilidade de uma imputação de natureza penal ao adolescente. A partir de tal conclusão é que pergunta ainda como foi possível construir um sistema de responsabilidade de natureza penal para o inimputável em razão da idade sem frustrar os postulados da Doutrina da Proteção Integral, o que ele mesmo irá responder fazendo uma comparação desta doutrina com a anterior, a Doutrina da Situação Irregular.⁵³

A Doutrina da Situação Irregular, embora também implicasse em declaração de perda ou restrição de liberdade, apresentava a violação da lei penal realizada pela pessoa menor de idade como fenômeno meramente sociológico ou patológico, razão pela qual a medida tomada consistiu a em uma reação protetora ou terapêutica por parte do Estado. A Doutrina da Proteção Integral atribuiu ao adolescente capacidade e legitimidade de poder resistir à imputação, de modo que o modelo socioeducativo se apresenta como modelo de responsabilidade, que se nutre da proteção material e instrumental assentada no Direito Penal e no Direito Processual Penal:

A essência da Doutrina da Proteção Integral no que concerne à infração à lei penal por pessoas consideradas inimputáveis em razão da idade significa, portanto, proteger tais pessoas das eventuais perdas pela imposição, ou pela imposição injusta, de responsabilidades pela prática da infração à lei penal. ⁵⁴

⁵⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (lei n. 8069/90), op. cit., 2002.

⁵¹ "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". BRASIL. Constituição (1988), op. cit., 2005, art. 228.

⁵² "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, Art. 27.

⁵³ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁴ Ibid., 2007, p.27.

Corroborando com esta interpretação, Mèndez intitula de “neomenoristas” aqueles que, imbuídos dos critérios subjetivistas e discricionários da Doutrina da Situação Irregular, vêem nas medidas socioeducativas um conteúdo exclusivamente pedagógico, e o adolescente como alguém incapaz de ser sujeito de responsabilidade por ser socialmente prejudicado. Mèndez critica o modelo anterior repressivo, escondido sob a capa de uma pretensa bondade, e sustenta que, segundo a Doutrina da Proteção Integral, os adolescentes são penalmente inimputáveis, porém penalmente responsáveis.⁵⁵

Desmistificando a idéia de impunidade no que diz respeito ao adolescente em conflito com a lei, Saraiva afirma a existência de um Direito Sócioeducativo e o efeito sancionador das medidas socioeducativas:

Quando se mitiga o conteúdo aflitivo da sanção socioeducativa está-se ignorando que esta tem uma carga retributiva, de reprovabilidade de conduta. A medida socioeducativa adequadamente aplicada será sempre boa, mas somente será sempre boa se o adolescente se fizer sujeito dela. Ou seja, somente será boa se necessária, e somente será necessária quando cabível, e somente cabível nos limites da legalidade, observado o princípio da anterioridade penal e o conjunto do sistema de garantias.⁵⁶

Ao refletir sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas, Konzen se reporta ao conceito de ato infracional como sinônimo da prática de crime ou contravenção na adolescência, vinculando-o a toda a principiologia da doutrina penal sobre a matéria e identificando o efeito produzido pelas referidas medidas ao efeito produzido pela pena criminal aplicada ao adulto. Em confronto com o Direito Penal e o Direito Processual Penal, o sistema socioeducativo apresenta-se como um sistema jurídico especial, de responsabilidade penal, porém diferente do sistema de responsabilidade penal do adulto. Para Konzen, cada uma das medidas socioeducativas, como resposta pela prática infracional do adolescente, é de natureza penal, modo de retribuição física ou moral pelo dano causado: as privativas de liberdade (internação em estabelecimento educacional e inserção em regime de semiliberdade); as restritivas (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida); verbalização unilateral de juízo mora (advertência); e aquela com potencial de acarretar perda

⁵⁵ MENDEZ, Emílio Garcia apud KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007.

⁵⁶ SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade**: um ensaio de direito (penal) juvenil. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. Disponível em: <jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOUTRINA/DESCONSTRUINDO+O+MITO+DA+IMPUNIDADE+EDITADOB.HTM>. Acesso em: 28 abr. 2008.

da liberdade em razão de seu descumprimento (obrigação de reparar o dano). Como medida socioeducativa, cada uma delas constitui-se na pretensão de educar pela punição, nenhuma delas tendo, por si mesma, qualquer instrumentalidade pedagógica que a justifique.⁵⁷

A inimizabilidade penal do adolescente, que constitui cláusula pétrea, instituída no art. 228 da Constituição Federal, não o isenta de responsabilização e sancionamento. Como assevera Saraiva, “não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo penal e sem as regras do garantismo”⁵⁸, o que se extrai da ordem constitucional, da normativa internacional, dos preceitos do direito penal, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz medidas sancionadoras apropriadas à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Entretanto, a aplicação destas sanções, que podem interferir, limitar ou suprimir temporariamente a liberdade dos adolescentes, deve ser decidida dentro do devido processo legal, sob princípios extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania. Assim, somente poderá ser sancionável se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica, antijurídica e reprovável, portanto, passível da resposta socioeducativa que o Estado sancionador pretende lhe impor, na medida em que o Ministério Público, na Representação que oferece, deduz a pretensão socioeducativa do Estado, em face do adolescente ao qual atribui a prática de ato infracional:

A conduta, pois, além de típica, há de ser antijurídica, ou seja, que não tenha sido praticada sob o pálio de quaisquer das justificadoras legais, as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. Agiu-se o jovem em legítima defesa, ele, como o penalmente imputável, terá de ser absolvido, mesmo tendo praticado um fato típico. Será absolvido com fundamento no art. 189, III, do ECA, ou seja, por não constituir o fato ato infracional. Assim sendo, excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade não de ser considerados, a saber, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, circunstâncias que levam à reprovabilidade da conduta. Se a ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, por ausência de elementos de culpabilidade não for reprovável, assim como ao adulto não caberá a imposição de pena, ao adolescente não se lhe poderá impor medida socioeducativa.⁵⁹

Resta ainda ressaltar uma peculiaridade que diferencia a sanção do adolescente da sanção penal do adulto: a aplicação da medida socioeducativa não tem um tempo definido pela sentença, dependerá de verificação periódica, que determinará a continuidade ou não da aplicação da medida. E o fazer dos agentes do programa de atendimento visa, não à

⁵⁷ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007.

⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., 2002.

⁵⁹ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., 2002.

modificação da subjetividade do adolescente, mas ao auxílio para que ele possa ver sua condição de sujeito de dignidade, a fim de superar as necessidades projetadas na transgressão.

Konzen relaciona tal critério de individualização da medida socioeducativa, que difere substancialmente dos critérios de individualização da pena criminal dos adultos:

Segundo o artigo 59 do Código Penal, o principal elemento subjetivo norteador de escolha do tamanho da reprimenda na esfera da pena criminal do adulto vem sob a conotação do tamanho da culpa, critério que não integra o rol dos critérios mais significativos para a escolha da medida sócio-educativa [...] Naquele, o fator determinante do quantum, o primeiro e o mais importante critério, aponta para o grau de culpabilidade, para adequar a resposta estatal ao necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do delito. No âmbito da aplicação da medida sócio-educativa, incidem outros critérios, norteadores distintos porque se pretende resultado diverso daquele pretendido pela apenação criminal do adulto. [...] Ainda que tanto a pena criminal do adulto como a medida sócio-educativa pretendam servir à defesa social, produzir a prevenção da delinquência e a reinserção social do infrator, é na prevalente instrumentalidade de um em relação à centralidade retributiva do outro que se estabelece fundamentalmente a distinção. Por isso, a finalidade da medida socioeducativa tem o tempo de permanência umbilicalmente vinculado ao imperativo sucesso das práticas pedagógicas, sob pena de extinção pelo transcurso do tempo, independente do resultado da ação pedagógica.⁶⁰

Konzen se refere à extinção prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece o prazo máximo de três anos de internação ou a liberação compulsória aos vinte e um anos de idade. Para Konzen, embora a sanção penal do adulto vise também à prevenção delitiva e à futura reinserção social, o seu tempo de duração está fundado principalmente no princípio da retributividade, no tamanho da culpa, enquanto a medida socioeducativa visa principalmente à prevenção da reincidência e à necessidade pedagógica do adolescente para uma adequada reinserção social. Tal finalidade será também a base da escolha da medida socioeducativa adequada.

São três os critérios judiciais utilizados para a individualização das medidas socioeducativas: a necessidade pedagógica (art. 100 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente); a capacidade de cumprimento (parágrafo 1º e parágrafo 3º do art.112 do Estatuto da Criança e do Adolescente); e proporcionalidade às circunstâncias, à gravidade da infração e às necessidades do adolescente, bem como às necessidades da sociedade, previstas no item 5.1 e no item 17.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude [Regras de Beijing] e no artigo 40, item quatro, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989:

[...] 5. Objetivos da Justiça da Infância e da Juventude

⁶⁰ KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa**: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.76-77.

5.1 O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração. [...]

17. Princípios norteadores da decisão judicial o das medidas:

17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:

a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade;

b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;

c) não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;

d) o bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

[...]

Artigo 40

[...]

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo de delito. [...].⁶¹

Ao adotar o critério da proporcionalidade na escolha da medida socioeducativa a ser aplicada ao adolescente, quando da autoria de ato infracional, o legislador não deixou de assumir uma finalidade retributiva para a mesma, realizando uma função que também lhe cabe, a de defesa social, e transmitindo também a conformação da conduta com a ordem jurídica. Konzen afirma a existência de uma finalidade pedagógica no critério assumido:

Somente a acolhida do critério da proporcionalidade pode angariar no jovem o sentimento de justiça com a solução imposta pela sentença, porque, se em razão de determinado ato infracional incorrer a imposição de determinada solução minimamente isonômica, haverá evidente associação de falta de correspondência, notadamente ante idênticas necessidades pedagógicas e iguais capacidades de cumprimento. Funciona a proporcionalidade como saudável critério de retributividade, não para fixar o tempo da providência, como ocorre com os imputáveis penais maiores de idade, mas para fixar a melhor medida. Assume, nesse patamar, a retributividade, como resultado do ideal de proporcionalidade, sentido também pedagógico, porque o aprendizado deve pautar-se, na maioria dos casos,

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras de Beijing. In: VOLPI, Mário (Org.), op. cit., 2008, p.19-108.

pela prudente iniciativa de fixar limites ao comportamento do infrator, estancamento tendente ao evitar a reiteração das práticas delitivas.”⁶²

A consecução das finalidades da medida socioeducativa depende da eficácia da ação pedagógica, mas também da adesão voluntária do adolescente. Ambas, por sua vez, dependem da aplicação da medida adequada à necessidade pedagógica de cada adolescente sentenciado. Defendendo tal posicionamento, Sposato ressalta que o item 17.1, d, das regras de Beijing vincula a decisão da autoridade competente sobre a medida adequada ao adolescente sentenciado à preponderância do interesse daquele, e não à lógica do castigo. Sobre o assunto, Sposato lembra que a privação da liberdade, ainda que provisória, torna-se prejudicial ao jovem que trabalha e estuda, mas acontece de seu interesse ser completamente ignorado em nome do clamor social pela defesa e segurança públicas.⁶³

Sposato ressalta distorções passíveis de ocorrer na regressão de medida socioeducativa, que pressupõe o não cumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. Quando o adolescente, que estava em cumprimento de outra medida distinta da internação, envolve-se em nova infração, esta gera um novo processo na vara de conhecimento, e o juiz toma esta nova infração como descumprimento de medida anteriormente imposta, aplicando internação-sanção, cujo tempo máximo é de noventa dias. De acordo com os estudos de Sposato, “há casos em que, antes de liberar o adolescente, o juiz sugere uma avaliação pela equipe técnica do juízo, composta por assistente social e psicóloga, que reiteradamente manifesta-se pela permanência do adolescente”⁶⁴, substituindo a internação-sanção pela internação por tempo indeterminado. Neste caso, tem-se uma substituição da medida por uma mais drástica do que a regressão aplicada aos apenados adultos para um regime mais rigoroso, considerando-se a não-otiva do adolescente, a não observância da gravidade do ato nem das condições pessoais do adolescente para o cumprimento da medida.

Com a apropriação da doutrina da proteção integral, surgiu no Brasil um aparelho jurídico de natureza garantista, tendo em vista limitar o poder estatal na aplicação das medidas restritivas e privativas de liberdade da população adolescente que se envolve com a infração à lei penal. Entretanto, o sistema processual acusatório gera, na procedência da ação, um resultado impositivo unilateral, que, quando restringe ou priva de liberdade o adolescente,

⁶² KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2005, p.88.

⁶³ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006.

⁶⁴ SPOSATO, Karyna Batista, op. cit., 2006, p.64.

o retira do convívio social, o que de certo modo contradiz o objetivo da medida socioeducativa e requer um maior esforço educacional.

Os métodos pedagógicos gerados no período tutelar, de cunho assistencialista, caritativo e curativo, não são suficientes para responder aos desafios atuais que acompanham a mencionada população a quem se atribuiu ato infracional. Tais métodos, se utilizados hoje, servem apenas para acentuar a exclusão. A par dos esforços pelo aprimoramento da instituição educacional para a qual se remete grande parte desses adolescentes, surge a busca de alternativas que evitem, o máximo possível, a institucionalização:

Seja a medida pena ou sanção, seja social, educativa ou retributiva, tenha o adjetivo ou a explicação que tiver, seja ela modalidade de responsabilização ou de punição, ou até mesmo, na insistência saudosista do pensar do passado, o que importa é que ela gera para o adolescente, de fato, a conseqüência de perda ou restrição de liberdade. [...] Se a solução não é precisamente a medida de privação ou de restrição de liberdade, e, na falta do que pôr em seu lugar, não seria o caso de se apostar em outra lógica para resolver o conflito? No lugar de pensar em alternativas à medida, não seria o caso de se começar a pensar em alternativas ao modo como o Estado, papel que se reforçou pela tradição garantista, apropriou-se do poder de dizer a solução do conflito, sem a obrigação de considerar, fundamentalmente, os interesses e as necessidades dos diretamente envolvidos?⁶⁵

O sujeito ativo de um ato infracional não deixa, pela gravidade ou não do ato cometido, de ser um adolescente. A adolescência manifesta-se como um período de crise na vida humana, onde se manifestam contradições entre a criança que não mais se é, e o adulto que ainda não se é. Tal ambigüidade, entre a dependência e a independência, somada à carga que traz o fato de ter cometido um ato infracional e estar sob o juízo do Estado e da sociedade, propicia uma quebra considerável naquele que seria um processo de desenvolvimento a caminho da maturidade, da autonomia:

É de proteção da liberdade de seres humanos assim que se trata. Privá-la ou restringi-la poderá significar não só a perda ou a restrição da liberdade, mas a interrupção de um processo de descobrimento, que por não se completar será remetido para outras exigências. A privação instala o risco de graves conseqüências, não só porque continua contemporânea a descoberta de que toda transgressão tem na raiz uma privação, mas porque pode interromper no lugar de prosseguir e estimular o processo de emancipação.⁶⁶

O procedimento de tradição retributiva foi herdado pelo sistema socioeducativo contemporâneo, no qual, segundo a mencionada tradição, “o Estado desapropriou das pessoas em conflito, com acentuada repercussão nos delitos propriamente de relações, a possibilidade

⁶⁵ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.68.

⁶⁶ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.70.

de contribuir com a busca de soluções”.⁶⁷ Tal procedimento, aplicado ao Direito do Adolescente, especificamente com relação ao tratamento dado àqueles a quem se atribui a prática de ato infracional, torna difícil a sua conscientização a respeito do ato que praticou e daqueles a quem atingiu com seu ato.

Ao discorrerem sobre o contexto dos adolescentes em conflito com a lei, no Brasil, Rizzini, Zamora e Klein levantam o seguinte:

As imagens de violência e periculosidade associadas ao adolescente são comuns, particularmente no contexto brasileiro. Esta visão contribui para que um grande contingente de adolescentes seja marginalizado do mercado de trabalho e do ensino formal, e, mais especificamente, do seu exercício de cidadania. Embora se saiba que a violência não ocorra apenas nos estratos menos privilegiados da sociedade, é notório que estas imagens estejam invariavelmente associadas à população de baixa renda e não branca. [...] Neste caso, a adolescência deixa de ser uma etapa de ‘integração’ social, para um momento de maior ‘estranhamento’ social. Os direitos e as obrigações já não podem ser estabelecidos *a priori*, pois antes eram formulados preferencialmente por meio do trabalho e da educação, e que estão agora, sendo questionados e relativizados. [...] Ao debater sobre a questão da adolescência, soma-se ainda um outro aspecto relevante, isto é, os adolescentes que estão em conflito com a lei. O Estatuto assegura direitos às crianças e aos adolescentes. Ao adolescente autor de ato infracional são destinadas medidas de caráter sócio-educativo e também protetivas. O cometimento de delito não faz cessar o direito nem mesmo durante o tempo da medida de restrição de liberdade; ao contrário, o que se recomenda é que a medida sócio-educativa seja uma possibilidade de retomada da cidadania do adolescente e de reafirmação dos seus direitos, que em geral foram violados precocemente.⁶⁸

Saraiva faz uma importante observação acerca de algumas estatísticas realizadas em torno dos atos infracionais cometidos por adolescentes atendidos pela justiça, as quais não incluem o percentual que praticou atos de menor potencial ofensivo, sendo contemplados com a remissão e arquivamento. Segundo Saraiva, o “ato infracional típico da adolescência em conflito com a lei é o furto. Homicídios, latrocínios, estupros ocorrem, mas o percentual destes dados não se faz impressionante, tanto que delito com violência praticado por adolescente (felizmente) *ainda dá manchete de jornal*, ante a banalização da violência”.⁶⁹

Mesmo considerando a aflição da população diante dos atos infracionais praticados por adolescentes, não se pode esquecer que somente se poderá sancionar o adolescente quando sua conduta for descrita na Lei Penal como crime (ato típico, antijurídico e culpável) ou contravenção, porque esta é a definição estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103, como ato infracional. O antigo Código de Menores, em seu

⁶⁷ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.70.

⁶⁸ RIZZINI, Irene; ZAMORA, Maria Helena; KLEIN, Alejandro. **O adolescente em contexto**. Disponível em: <www.amc.org.br/novo_site/esmesc/arquivos/O_Adolescente_em_Contexto.doc>. Acesso em: 30 abr. 2008.

⁶⁹ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., 2002.

artigo 2º, inc. V, se referia a todo desvio de conduta para sancionar o adolescente, um conceito que se apresentava vago, ao passo que hoje deve se limitar à conduta típica, antijurídica e reprovável, passível da resposta socioeducativa do Estado. Quando se fala em conduta antijurídica, arguem-se as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal: “Se agiu o jovem em legítima defesa, ele, como o penalmente imputável, terá de ser absolvido, mesmo tendo praticado um fato típico. Será absolvido com fundamento no art. 189, III, do ECA, ou seja, por não constituir o fato ato infracional”.⁷⁰

Ainda há de se considerar que, mesmo se tratando de uma conduta típica e antijurídica, se não houver culpabilidade por parte do adolescente, não se poderá impor medida socioeducativa:

Não haverá culpabilidade e, em conseqüência, não haverá sanção socioeducativa quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21, do Código Penal); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante – discriminantes putativas (art. 20, § 1º, do Código Penal); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, Segunda parte, do Código Penal) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do Código Penal). O jovem, em certas situações, até poderá necessitar de medida de proteção, como o acompanhamento e orientação temporários, dentre as demais listadas no art. 101, em face a alguma situação pessoal ou social que reclame esta medida protetiva, nos termos do 98 do ECA. Todavia, jamais será destinatário de uma medida socioeducativa quando o seu agir, fosse ele penalmente imputável, se fizesse insusceptível de reprovação estatal.⁷¹

Ao trazer para o trato do adolescente na questão infracional os princípios da legalidade e do devido processo legal, submeteu o cabimento da aplicação da medida socioeducativa aos fundamentos do Direito Penal, podendo o Judiciário impô-la mesmo quando o Ministério Público considerar o fato objeto de remissão. Cite-se que o descumprimento injustificado e reiterado de medida socioeducativa em meio aberto (v.g. Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade) anteriormente imposta, pode sujeitar o adolescente à privação de liberdade, nos termos do art. 122, III, do ECA.

Embora não compartilhe com o ideal pedagógico descrito por Konzen, Alexandre Morais da Rosa considera importante sua reflexão acerca garantias processuais. O Magistrado assevera que o adolescente envolvido em atos infracionais deve ser considerado como sujeito em desenvolvimento e com autonomia, munido de garantias infracionais e processuais. Entretanto, adverte que, para tornar o Direito Infracional garantista, não é necessário

⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., 2002.

⁷¹ SARAIVA, João Batista Costa, op. cit., 2002.

aproximá-lo do Direito Penal. E fundamenta sua advertência na Convenção Internacional da Criança, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando claro que o Direito Infracional não pode mais ser considerado um apêndice do Direito Penal, nem do Direito de Família, e nem mesmo ser abordado conjuntamente com as demais disposições do mencionado Estatuto, uma vez que “não dá para pensar o registro de guarda, tutela, adoção, com a mesma base do ato infracional. Os registros são manifestamente diversos.”⁷²

Segundo Alexandre Morais da Rosa, é necessário construir uma proposta diferente daquelas fundamentadas nas pedagogias normatizantes. É necessário ler e aplicar o Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da Constituição Federal e da normativa internacional que ganhou *status* constitucional no Brasil, a partir da Emenda Constitucional nº 45. Também se mostra necessária “uma abordagem que dialogue com as diversas áreas do saber, no sentido de implementar uma transdisciplinariedade adequada à realidade brasileira e latino-americana.”⁷³

Ao discutir os limites éticos da abordagem realizada pela Justiça da Infância e Juventude em face da realidade brasileira, Alexandre Morais da Rosa adverte que a intervenção em adolescentes a quem se atribui prática de ato infracional não pode ser feita objetificando-os, mas os adolescentes devem ser respeitados em sua autonomia, como sujeitos que são, caso contrário, perdura a concepção tutelar:

O adolescente antecipe-se, é um 'outro'. Por mais que possa parecer estranho, o juiz não pode se confundir com a posição de pai, ainda que atue como substituto da Lei-do-Pai. [...] Por certo, o desejo dos genitores e do próprio poder judiciário, por seus atores, irrompe no ato infracional, mormente querendo imaginariamente fazer o (seu) bem. Ao movimento do adolescente de se rebelar, de deixar de ser objeto do desejo de seus pais, surge, não raro, a Instituição para realinhar o adolescente, então objetificado, ao desejo de seus pais, ocasionando, muitas vezes, o agravamento subjetivo do adolescente, e o desconsiderando como sujeito.⁷⁴

Para Alexandre Morais da Rosa “o ideal pedagógico” aplicado ao Direito Infracional vai contra as garantias concedidas ao adolescente a quem se atribui prática de ato infracional, mas que, para tornar o Direito Infracional garantista, não é necessário aproximá-lo do Direito Penal. Argüindo o condicionante criminológico da Escola Positiva do Direito Penal sobre o Direito Infracional, assevera o seguinte:

O discurso criminológico no Brasil surge na esteira do controle a ser efetuado sobre os loucos, criminosos e menores de idade - estes últimos atualmente denominados

⁷² ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.5.

⁷³ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.6.

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.2.

criança e adolescente – que não se submetiam às regras de convivência e, diante de suas especificidades, precisavam de um olhar mais apurado, capaz de descobrir as motivações das transgressões à ordem, ou seja, de impor (i) legitimamente um tratamento desigual, recompondo a ordem e a disciplina.⁷⁵

No Brasil, o discurso criminológico surgiu a partir do controle sobre os “loucos, criminosos e menores” que não se submetiam às regras de convivência. A natureza do criminoso passou a ser analisada com a aferição de critérios científicos, sendo a ele imputada a condição de anormal, o que legitimou a sociedade a seqüestrá-lo, em nome da busca pela segurança jurídica, tecnicamente chamada de Defesa Social:

O ‘criminoso desviante’ não sendo um igual, diante da divisão do mundo dos bons e dos maus, pode e deve ser, na lógica da Defesa Social, liquidado ou reformado para ser igual aos bons, os que se impõem. Para além da resposta estatal, articulam-se estratégias preventivas e terapêuticas. E o juiz irá, então, no processo, coordenar os diversos saberes para formatar o indivíduo ao padrão normal, assumindo feição disciplinar e repressora. [...] a medida sócio-educativa, na prática, se vincula mais às necessidades da nefasta Defesa Social do que à construção séria do laço social e da autonomia do sujeito adolescente, por ser tutelar e preventiva.⁷⁶

Segundo Alexandre Morais da Rosa, a Escola Positiva sobrevive nas liberdades assistidas, na internação por tempo indeterminado e em todas as fases da aplicação das medidas socioeducativas. Com base nas idéias da criminologia de Lombroso, busca-se a normalização dos adolescentes autores de atos infracionais. Embora o tratamento tutelar concedido ao adolescente tenha sido superado pela Proteção Integral, os atores jurídicos continuam com a mentalidade da Defesa Social, e aqueles continuam sendo objeto da atuação normatizante condizente com os anseios da sociedade dominante, independente das garantias processuais às quais têm direito. Por ser tutelar e preventiva, a medida socioeducativa, na prática, vincula-se mais à Defesa Social do que à construção do laço social e da autonomia do Adolescente. Alexandre Morais da Rosa refere que as medidas profiláticas de salvaguarda da sociedade levam à banalização das internações provisórias e ao estereótipo colocado sobre os pobres de que, diante de suas condições pessoais e sociais, “seriam mais propensos à delinqüência”. Resta ainda a mídia que, algumas vezes, apresenta informações fragmentadas a respeito da violência, o que aumenta a cultura do medo e da exclusão da pobreza. A saída para este dilema passa pela compreensão do todo, pelo Direito Penal Mínimo e pelas políticas de saúde e educação.⁷⁷

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.26.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.29.

⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007.

Não se pretende aqui defender o afastamento do Estado-Juiz, nem do prévio processo, nem sustentar alternativas abolicionistas, mas propor uma análise da possível contribuição da Justiça Restaurativa, pela prática da Mediação, em face do sistema acusatório da Justiça Retributiva na solução dos conflitos penais provocados pela prática de atos infracionais de menor potencial ofensivo por adolescentes, e em outras situações nas quais, sob criteriosa interpretação da lei, não seja cabível a aplicação de qualquer medida socioeducativa.

Pretende-se neste trabalho levantar a hipótese de que aplicação da Justiça Restaurativa, através da mediação entre o adolescente a quem se atribui prática de ato infracional, e a vítima da infração, representa uma forma de aperfeiçoar a aplicação dos princípios constitucionais que se referem à proteção especial estabelecida para a mencionada população e constitui uma forma de transformar os envolvidos e suas relações com a sociedade. A aplicação da Justiça Restaurativa pela prática da mediação representa uma via efetiva de aplicar os princípios constitucionais relativos ao adolescente em conflito com a lei, uma vez que, em lugar de concentrar-se na determinação da culpa e punir os transgressores, oportuniza a sua conscientização e responsabilização, bem como a efetiva transformação dos relacionamentos, a reparação do dano sofrido pela vítima e, ainda, a contenção do grande aumento no índice de reincidência e internação dos mencionados adolescentes. Será este o tema desenvolvido no terceiro capítulo deste trabalho dissertativo.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PARA O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI NO BRASIL

Neste capítulo examina-se a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, através da Mediação, como resposta aos atos infracionais praticados por adolescentes, tema da presente dissertação. Em sua obra “Justiça Restaurativa e Mediação Penal”, Sica¹ observa que, nos tempos modernos, a transferência, ao Estado, do poder de punir, juntamente com a formação da sociedade de massa, contribuiu para a perda das referências comunitárias e da sensibilidade do indivíduo em face do outro, fazendo com que a resposta aos atos infracionais assumisse novamente o antigo significado de vingança, sendo que desta vez executada pelo Estado. Sica conclui que “a imposição da sanção penal serve tão-somente ao propósito de impor um mal legalmente definido (ou causar sofrimento) a quem causou outro mal a outrem (provocou o sofrimento alheio)”.² Com base nestas afirmativas, investiga-se a hipótese de a prática de Mediação, baseada nos Princípios da Justiça Restaurativa, qualificar-se como reação viável, necessária e legítima, adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, para os adolescentes em conflito com a lei.

Sem eliminar inteiramente o modelo vigente (punitivo-retributivo), mas torná-lo residual, a Justiça Restaurativa, aplicada à Mediação, irá possibilitar a abertura de espaço para o diálogo entre o ofensor e o ofendido, afastando do Estado o papel de vingador público. A Justiça Restaurativa apresentar-se-á, portanto, como uma tentativa de quebrar o ciclo da violência penal, reservando a justiça punitiva apenas para casos de extrema necessidade. Além da apresentação de Leonardo Sica, a Justiça Restaurativa e a Mediação foram descritas também a partir da explicitação de Howard Zehr e mais especificamente, Alexandre Morais da Rosa, Armando Konzen e Juan Carlos Vezzula, no que se refere à Justiça Restaurativa aplicada através da Mediação para adolescentes a quem se atribui prática de ato infracional. Sem a pretensão de defender a restrição da aplicação da Justiça Restaurativa e Mediação de Conflitos na área penal às infrações de menor potencial ofensivo atribuídas a adolescentes, este trabalho dissertativo levantou a discussão desta possibilidade no âmbito mencionado.

¹ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

² PRADO, Geraldo. Prefácio. In: SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.xi.

3.1 Direito penal de emergência, justiça restaurativa e mediação penal

Conforme foi visto no primeiro capítulo, o sistema da justiça penal apareceu, no Ocidente, com o surgimento do Estado organizado, tendo como finalidade garantir a convivência pacífica entre os membros da sociedade e evitar a concretização dos impulsos de vingança privada surgidos entre indivíduos e agrupamentos humanos no período antigo da história, por meio de uma resposta do Estado aos fatos considerados criminosos.

Em obra que precedeu a sua tese acerca da Justiça Restaurativa e Mediação Penal, Leonardo Sica trata do tema, começando por ponderar o seguinte:

Desde o primeiro momento em que se procurou conformar o direito de punir não só como mera manifestação de vingança pública, mas sim como forma de supressão da vingança privada, de freio à violência punitiva e de garantia de coexistência pacífica aos membros da comunhão social, prevenindo e reprimindo as condutas desviadas, o homem vem tentando conferir uma racionalidade própria ao Direito Penal, vale dizer, distanciá-lo do irracionalismo inerente às manifestações de vingança e torná-lo um meio de intervenção estatal destinado à consecução de certos e delimitados fins. [...] Porém, a necessidade da prevenção e repressão do crime cresceu e o sistema penal, além de não conseguir oferecer respostas eficazes, agravou os níveis de violência, sofrimento e exclusão social (dessocialização).³

Diante das novas formas de violência sofridas e propagadas, as sociedades modernas vivem amedrontadas, sentindo-se vulneráveis, chegando a cobrar uma maior prática de punição e até o extermínio dos agressores potenciais. Observa-se que, como resposta aos apelos da sociedade, a justiça estatal tem exercido, na prática, uma função quase unicamente repressiva, agindo sob a ótica da punição, tornando-se assim canal da manifestação de vingança da sociedade contra aquele que infringiu as normas. Dentro desta ótica, a privação de liberdade tem se apresentado como o principal meio de reprodução do discurso jurídico penal.

Como resposta ao crescimento das penas, historicamente ocorrido em paridade ao crescimento dos crimes, surgiram, entre alguns teóricos, movimentos de descriminalização e de despenalização, tendo como finalidade encontrar novas formas de tratar infrações de menor gravidade, dando um combate prioritário aos crimes de maior gravidade. A descriminalização consiste em fazer com que determinada infração perca o seu caráter criminal, o que se apresenta como princípio do chamado Direito Penal Mínimo, teoria que já foi explicitada no primeiro capítulo deste trabalho. Quanto à despenalização, consiste na diminuição da possibilidade de aplicação de pena ou na substituição da pena detentiva por

³ SICA, Leonardo, op. cit., 2002, p.13-14.

sanções mais leves, no caso de condutas ainda tipificadas como crime, mas consideradas de menor lesividade social. No Brasil, o paradigma da despenalização é encontrado na Lei 9099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais. O Direito Penal Mínimo, com princípios penais de redução na área dos atos penalmente puníveis, surgiu como resposta aos requisitos básicos de respeito aos Direitos Humanos, sem, entretanto, ter causado grandes choques estruturais ao sistema penal vigente. Praticamente o mesmo ocorreu com o surgimento da Doutrina do Garantismo Penal, baseada em pressupostos convergentes com o Direito Penal Mínimo. O modelo garantista pressupõe um regime de estrita legalidade, ao definir mecanismos institucionais dispostos a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade dos Direitos Humanos. Para Sica, também o sistema garantista, “mesmo dentro de um plano de moderação, não resolve o antigo problema da pena, senão cria um novo, ao encapsular a racionalidade penal dentro da necessidade de punir, infalivelmente”.⁴

Na década de 90, foi editada a Resolução 45-110 da Assembléia Geral das Nações Unidas, a respeito das Regras Mínimas da ONU para a elaboração de medidas Não-Privativas de Liberdade, denominadas “Regras de Tóquio”.⁵ A resolução adota o princípio da intervenção mínima como forma de impedir excessivas intromissões nos direitos individuais, sob o pretexto de segurança pública, e considera determinante o envolvimento comunitário como um dos fatores mais importantes para fortalecer os vínculos entre os delinquentes submetidos a medidas não-privativas de liberdade, suas famílias e a sociedade. As Regras de Tóquio, que são baseadas no equilíbrio entre os direitos do delincente, das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e prevenção do delito, pronunciam as seguintes modalidades de penas ou medidas não-detentivas:

- a) sanções verbais, tais como reprimendas, repreensão e advertência;
- b) liberdade condicional;
- c) penas de perdas de direitos ou suspensão de habilitações;
- d) sanções econômicas e penalidades pecuniárias, como multas e dias-multa;
- e) confisco ou ordem de expropriação; restituição à vítima ou ordem de indenização;

⁴ SICA, Leonardo, op. cit., 2002, p.99.

⁵ Visando à implementação de soluções alternativas à prisão, coube ao Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção dos Delitos e Tratamento do Delincente formular os primeiros estudos relacionados com o tema. Durante o 8º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, a ONU recomendou sua adoção. Aos 14/12/90, pela Resolução 45/110 da Assembléia Geral, adotou-se as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade.

- f) suspensão de sentença ou suspensão da execução da pena;
- g) *probatio* (regime de prova) e liberdade vigiada;
- h) serviços à comunidade;
- i) comparecimento regular a centros de tratamento;
- j) prisão domiciliar;
- l) qualquer outro regime que não contenha prisão (*any other mode of non-institutional treatment*);
- m) combinação das medidas anteriores.⁶

A Lei 9714/98 unificou todas as penas alternativas vigentes na legislação brasileira, as quais podem ser divididas em três grupos: penas restritivas de liberdade, penas restritivas de outros direitos e penas pecuniárias. As primeiras não privam a liberdade do cidadão, mas apenas a restringem. Um exemplo delas é a prestação de serviços à comunidade. As segundas consistem em limitações na capacidade jurídica para a prática de certos atos, relacionados com o delito cometido, como, por exemplo, a suspensão da habilitação para dirigir. As pecuniárias são aceitáveis como substitutivos de pena detentiva leve.⁷

Mesmo o surgimento, cada vez mais, de novos projetos de penas alternativas não tem contribuído para a diminuição das taxas gerais de encarceramento, que continuam crescendo, e com ela a constatação das mazelas do cárcere e a convicção de que a prisão nem sempre é capaz de conter a proliferação do crime. Sobre isto, Sica faz o seguinte comentário:

De nada adianta pensar em penas e medidas alternativas ao castigo prisional dentro de um paradigma exclusivamente punitivo retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes (basicamente a pena), acabará sempre prevalecendo à resposta de força, impulsionada por fatores externos ao sistema. Esse quadro suscita o inevitável questionamento: a finalidade das penas e medidas alternativas é apenas impedir o encarceramento? Trata-se do ‘fracasso’ das alternativas ou de sua impossível convivência com uma política criminal reacionária e encarceradora? Ou seja, o problema é mais amplo.⁸

Ao substituir a vingança privada por uma vingança pública, realizada através da tutela jurisdicional, o Estado reduziu os horrores da vingança irracional, mas excluiu a participação ativa da vítima do processo, impedindo-a de exprimir a forma como recebeu a ofensa e como gostaria de ser ressarcida. Além disto, o ofensor também ficou impedido de ter uma oportunidade de explicar-se perante o ofendido, o que daria azo a uma possível conscientização das conseqüências de seus atos e, quem sabe, à tomada de uma decisão de

⁶ SICA, Leonardo, op. cit., 2002, p.123.

⁷ SICA, Leonardo, op. cit., 2002.

⁸ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.9.

reparação e transformação de sua conduta. Para Sica, as concepções minimizadoras não são suficientes para reduzir os problemas que o Direito enfrenta com as infrações penais, mas “os tempos modernos exigem a construção de uma racionalidade penal nova, mais aberta e flexível”.⁹ Com base nesta reflexão, defende que a Justiça Restaurativa se apresenta como um novo modelo de gestão de conflitos penais, não colidindo com o minimalismo nem com o garantismo, mas trazendo ao processo penal seus verdadeiros protagonistas: ofensor e vítima.

3.1.1 *Justiça restaurativa*

Segundo Howard Zehr, um dos pioneiros da Justiça Restaurativa na modernidade, as “formas extrajudiciais de justiça comunitária eram preferidas até a Idade Moderna”.¹⁰ Até a Idade Moderna, a maior parte dos crimes era vista como conflitos interpessoais, importando mais os danos causados à pessoa ou ao seu patrimônio, do que a violação de leis, de modo que vítimas e ofensores, bem como seus parentes e a comunidade, exerciam um papel relevante na resolução do processo. Após o período inicial de reação ao delito praticada pelos agrupamentos humanos do chamado período antigo da história do Ocidente, conforme já foi descrito no primeiro capítulo, no qual prevalecia a vingança contra os ofensores, esta chegou a ser limitada, na Europa Medieval, por uma combinação de leis e costumes, ou a ser substituída pela negociação e a indenização, sobretudo nas comunidades pequenas, onde as relações eram estreitas e se considerava necessário mantê-las. Os tribunais medievais exerciam um processo acusatório, mas só podiam iniciar um processo penal a pedido da vítima, de sua família, ou em ofensas contra a realeza, e as cortes funcionavam como uma espécie de árbitro, para pressionar a outra parte a reconhecer sua responsabilidade e fazer algum acordo. “A briga era um modo de resolver tais situações, mas também a negociação, a restituição e a reconciliação, em igual medida”.¹¹

Se por um lado valorizava a continuidade dos relacionamentos e a reconciliação, a justiça comunitária praticada no mencionado período tinha graves defeitos, devido a seus métodos arbitrários e imprecisos, onerando bastante as vítimas e só funcionando muito bem entre pessoas não subordinadas umas às outras. Quando, na Europa Continental do século XV, o estilo das cortes passou de acusador a inquisidor, os representantes do Estado foram gradualmente se inserindo no processo, começando como investigadores, para depois se

⁹ SICA, Leonardo, op. cit., 2002, p.206.

¹⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justice. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.101.

¹¹ Ibid., 2008, p.95.

tornarem acusadores: “Por volta de 1498 a lei francesa reconhecia que o rei, ou o procurador do rei, era parte de todas as ações. Alegando inicialmente ter o direito de participar dos processos, o Estado por fim reivindicou a propriedade sobre o mesmo”.¹²

Os códigos penais surgidos naquele período, de teor bastante punitivo, deram ao Estado amplos poderes para iniciar ações penais e os reinos absolutistas passaram a usar punições públicas como forma de dar visibilidade ao seu poder. A mediação e arbitragem, como formas de composição, ainda persistiram por algum tempo, ao menos para os crimes patrimoniais. Entretanto, com a mudança da justiça comunitária para a justiça pública, as vítimas foram abstraídas, o Estado se tornou a vítima de direito e “a punição tornou-se normativa. As Resoluções amigáveis, bem como os acordos, passaram a ser raros e até ilegais”.¹³ A justiça comunitária passou a conter elementos da justiça estatal e, por fim, no século XVIII, com a Revolução Francesa, a justiça estatal adquiriu o completo monopólio da resolução de conflitos. Vítima e ofensor passaram a ser representados pelo Estado, que teve limitada sua expressão ao depoimento e resumido seu contato recíproco à audiência. Ao Estado cabe selecionar os fatos importantes e decidir o desfecho do conflito.

Após as duas grandes guerras mundiais, verificou-se a crise do *Welfare State*,¹⁴ manifestada pela perda de força das políticas públicas na promoção do bem-estar social. Tal crise refletiu no modelo tradicional de justiça e na comunicação entre os operadores do direito e a comunidade. Neste contexto, ressurgiu no ocidente a prática da Justiça Restaurativa, um modelo de justiça criminal antigo, que cederia lugar ao paradigma punitivo estatal, orientado à prisão e com fins retributivos:

As origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo maori no primeiro e os aborígenes e as *First Nations* no segundo), razão pela qual é defensável a hipótese

¹² Ibid., 2008, p.104.

¹³ Ibid., 2008, p.116.

¹⁴ “Estado de Bem-estar Social ou Estado-providência (em inglês: *Welfare State*) é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. [...] Pelos princípios do Estado de Bem-estar Social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, a garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para a criação dos filhos etc.” WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_do_bem-estar_social>. Acesso em: 02 jun. 2008.

de que o declínio das práticas restaurativas coincidiu com a consolidação dos conceitos de crime e castigo [...].¹⁵

Vivendo em marginalização econômica e cultural em relação à sociedade dominante canadense, tanto os aborígenes, descendentes dos ocupantes do extremo norte do Canadá, como os *First Nations*, que viviam no sul do Canadá, tinham dificuldade de comunicação com aquela, de modo que não reconheciam uma série de valores e métodos do sistema tradicional de justiça, acabando por transgredi-lo, recebendo como contrapartida sentenças mais pesadas e superlotando os presídios:

[...] especificamente em 1974, ocorreu no Canadá o primeiro programa de *Victim-Offender Mediation* (VOM), quando dois acusados de vandalismo encontraram-se com suas vítimas e estabeleceram pactos de restituição. Os programas VOM espalharam-se, preconizando, ainda de forma pouco articulada, princípios como perdão e reparação. Os pesquisadores afirmam que as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução dos conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas. A razão disto é reveladora: a superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correcionais do país alertou para a demanda de abordagens mais adequadas, como os *sentencing circles* para criminosos aborígenes.¹⁶

Situação semelhante ocorreu com o povo da Nova Zelândia, que não conseguia aceitar o fato de o sistema formal de justiça não permitir a participação da família na resolução dos conflitos com seus jovens, o que para eles era um valor sagrado:

Na Nova Zelândia, país referencial neste tema, a justiça restaurativa desenvolveu-se depois de décadas de insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, especialmente aqueles com formação maori, o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo de justiça de menores no país. O *Act* objetivou incluir elementos das práticas tradicionais maori de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto, na resolução do problema criado pelo “crime”, de ofensor, vítima e seus familiares ou apoiadores, com o objetivo de ‘curar’ ou ‘sanear’ o dano causado pela ofensa.¹⁷

A partir dos anos 70, o aumento de criminalidade nas zonas urbanas, os movimentos de advogados e acadêmicos em prol da proteção dos condenados, o aperfeiçoamento da instituição carcerária, bem como as pesquisas criminológicas voltadas para as vítimas e os grupos de apoio às mesmas, fizeram surgir alternativas garantidoras dos direitos humanos, bem como alternativas ao sistema tradicional de justiça, quais sejam, a composição, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Em 1974 e 1984 foram desenvolvidos, nos EUA e no Canadá, projetos cuja orientação era obter a pacificação de conflitos e a conciliação entre infrator e vítima por meio de técnicas de mediação. Paralelamente desenvolveram-se na

¹⁵ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.22.

¹⁶ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.22-23.

¹⁷ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.23-24.

Europa programas voltados para o restabelecimento de diálogo entre partes e construção de comunicação rompida ou impedida por conflitos, o que apontava para uma gradual modificação das políticas penais baseadas na punição, orientando-as para a reparação.¹⁸

Em sua obra “Trocando as Lentes; um novo foco sobre a Justiça Restaurativa”, Howard Zehr descreve o movimento de reconciliação entre vítimas e ofensores, surgido no Canadá, em 1974, e o Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor [VORP, em inglês], surgido em Indiana, nos EUA, entre 1977-78. O VORP “consiste em encontros presenciais entre vítima e ofensor em casos nos quais foi dado início o processo penal e o ofensor admitiu ser autor do dano”.¹⁹ No encontro, facilitado por um mediador, são enfatizados os fatos, os sentimentos e os acordos, as duas partes são incentivadas a contar suas histórias, expor seus sentimentos, fazer perguntas mútuas e, por fim, a decidir o que será feito para reparar suas conseqüências, assinando um contrato. Segundo Zehr, a maior parte dos casos atendidos nos Estados Unidos e no Canadá são de dano patrimonial, como furto e furto qualificado, mas os crimes não patrimoniais estão sendo tratados em número crescente:

A maioria dos casos encaminhados ao VORP vem pela via judicial, mas há algumas exceções. Certos programas recebem encaminhamentos pela via policial. Às vezes são as vítimas ou os ofensores quem procuram o programa. Alguns casos são tratados como artifício para evadir o processo, mas em sua forma ‘clássica’, nos Estados Unidos, o programa recebe a maioria dos casos das cortes, e o acordo se transforma numa sentença, ou em parte dela. Nos casos encaminhados pelas cortes, os ofensores ficam em liberdade condicional durante o cumprimento do contrato assinado.²⁰

Howard Zehr enfatiza que, apesar de vários estudos recentes constatarem mudanças comportamentais e redução nas taxas de reincidência dos ofensores que passam pelo VORP, sua importância está centrada na satisfação de necessidades da vítima e do ofensor que não são satisfeitas dentro das práticas comuns da justiça retributiva, que só podem ser satisfeitas em práticas baseadas na Justiça Restaurativa. Como já foi explicitado neste capítulo, pela lógica do Paradigma Retributivo, que monopolizou a justiça ocidental nos últimos séculos, vítima e ofensor tornam-se expectadores de seu próprio processo, uma vez que o crime é definido, sobretudo, como uma violação à Lei e uma ofensa ao Estado. Deste modo, somente ao Estado cabe reagir à ofensa, e o faz estabelecendo a culpa e impondo uma punição pré-regulamentada, ficando vítima e ofensor como pessoas passivas. Em oposição a este afastamento dos protagonistas do conflito, ocorrido na Justiça retributiva, Zehr concebe a

¹⁸ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

¹⁹ ZEHR, Howard, op. cit., 2008, p.152.

²⁰ ZEHR, Howard, op. cit., 2008, p.153.

Justiça Restaurativa como um encontro entre os envolvidos em uma situação de violência ou conflito, de modo a aproximá-los e co-responsabilizá-los a restaurar os laços sociais, compensar os danos e comprometer-se com melhores comportamentos no futuro.²¹

Segundo Zehr, dentro do paradigma da justiça retributiva, o estabelecimento da culpa legal é o fundamento do processo penal e, depois de declarado culpado, nem mesmo o cumprimento da pena tirará do ofensor o estigma de criminoso (no caso do adolescente, que comete ato infacional, o estigma de infrator). Tal estigma reduzirá suas futuras possibilidades de engajamento social, como a escolarização ou emprego, etc.:

Assim, a justiça se preocupa com o passado em detrimento do futuro. O conceito legal de culpa que orienta o processo judicial é altamente técnico, abstraído da experiência, e isto faz com que seja mais fácil para o ofensor negar a responsabilidade pelo seu próprio comportamento. Também frustra as vítimas, que têm dificuldades para casar a descrição jurídica dos atos com sua própria experiência. Mas tanto a vítima como o ofensor é obrigado a falar a linguagem do 'sistema', definindo sua realidade em termos que não lhes são própria. [...] Culpa e punição são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram. Somente pela dor terão sido acertadas as contas.²²

De acordo com Leonardo Sica, o objeto da Justiça Restaurativa não é o crime em si, nem a reação social, nem a pessoa do delinqüente, focos tradicionais da intervenção penal estatal, mas as conseqüências do crime e as relações afetadas pela conduta. Na Justiça Restaurativa o crime, mais que uma ofensa contra o Estado, é visto como um ato que causa dano não necessariamente material a uma pessoa ou a uma comunidade, gerando um conflito interpessoal: “A justiça Penal ‘coisifica’ ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que pressupõe que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores, daí as decisões pasteurizadas, súmulas vinculantes, etc.”²³ A Justiça restaurativa, ao contrário, olha para o futuro, buscando solução na individualidade de cada caso. Assim, a decisão é vista como parte de um processo educacional, e não como uma vingança da sociedade contra aquele que infringiu suas normas.

Através da Resolução 2002/12, o Conselho Econômico e Social da ONU²⁴ estimula os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa

²¹ ZEHR, Howard, op. cit., 2008.

²² ZEHR, Howard, op. cit., 2008, p. 69 e 72.

²³ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

²⁴ “O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) é o órgão coordenador do trabalho econômico e social da ONU, das Agências Especializadas e das demais instituições integrantes do Sistema das Nações Unidas. O Conselho formula recomendações e inicia atividades relacionadas com o desenvolvimento, comércio internacional, industrialização, recursos naturais, direitos humanos, condição da mulher, população, ciência e tecnologia,

em matéria criminal e a criarem programas de justiça restaurativa na área criminal, bem como aqueles que tenham adotado práticas restaurativas a difundir informações sobre tais práticas, disponibilizando-as aos outros Estados que o requeiram, implementando pesquisas, capacitações, discussões e troca de experiências, apoiando-se mutuamente no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa. A mencionada Resolução reconhece como Programa de Justiça Restaurativa “qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”, e explicita que “a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores.” Os processos restaurativos podem “incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*)”, e os resultados restaurativos “incluem respostas e programas, tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender às necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor”.²⁵

Segundo Sica, visualizam-se cinco entradas para a Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça Penal Tradicional:

- (i) pré-acusação, com encaminhamento do caso pela polícia (por exemplo: Inglaterra e Japão);
- (ii) pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da notícia criminis e da verificação de requisitos mínimos, que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- (iii) pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia;
- (iv) pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento, etc.;
- (v) pós-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução.²⁶

Sica assevera que a sobreposição ou acumulação dos modelos punitivo e restaurativo sobre um caso concreto poderá gerar incongruência entre as decisões do sistema formal e do sistema de Justiça Restaurativa, além de depender de um aprimoramento da instituição de

prevenção do crime, bem-estar social e muitas outras questões econômicas e sociais”. CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.unicrio.org.br/Textos/onu_11.html>. Acesso em: 03 mar. 2008.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 12/2002**. Trad. Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/resolucaodaonu2002_12.pdf>. Acesso em: 28 maio 2008.

²⁶ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.29-30.

polícia no sentido do policiamento comunitário e preventivo, em virtude da discricionariedade conferida àquela instituição. A Justiça Restaurativa "abarca uma série de práticas, dentre as quais a mediação, mas, por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-la a esta ou àquela medida".²⁷ Trata-se de um novo paradigma, calcado em princípios que podem ser efetivados por meio da mediação penal, tomada como alternativa mais viável e adequada para sustentá-lo sem recorrer aos defeitos do paradigma retributivo. Assim, mesmo sem a pretensão de tornar a prática da mediação uma panacéia, este estudo tratará das possibilidades que evitam o processo e possibilitam uma solução extraprocessual, especificamente nos casos de atos infracionais de menor potencial ofensivo cometido por adolescentes.

3.1.2 *Mediação de conflitos*

A professora Lília Sales, diretora-presidente do Instituto Mediação Brasil, assim conceitua a Mediação de Conflitos:

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio da qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizados pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.²⁸

Segundo Petrônio Calmon, o termo mediação vem do latim *mediare*, que significa estar no meio, em posição neutra entre as partes, no caso da Mediação de Conflitos. Conforme explica Calmon,

[...] a mediação pode ser meramente informal, o que ocorre desde as sociedades primitivas até o Estado moderno. À simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a autocomposição denomina-se mediação. Ultrapassando esses limites, o terceiro imparcial deixa de ser um mediador, passando a agir como árbitro.²⁹

A mediação informal, que ocorre no dia-a-dia em variadas situações, desde a interferência de parentes e amigos, até líderes comunitários e religiosos, segue métodos intuitivos, sem reflexão, baseados no bom senso e na experiência de vida, fortalecidos pelo conhecimento que o mediador informal normalmente tem dos envolvidos e do próprio

²⁷ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.72.

²⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p.23.

²⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.120.

problema. É justamente a aproximação quotidiana dos envolvidos com o mediador que lhe retira o caráter da imparcialidade.

Luís Alberto Warat assevera que a mediação pode ser aplicada a qualquer tipo de conflito, e observa que os juristas reduzem todo conflito a um litígio cujo desfecho atenderá a formas pré-estabelecidas e não às intenções das partes. Deste modo, tentam evitar o conflito através de decisões judiciais que, em muitos casos, acabam se constituindo em violações dos direitos humanos das partes, o que se constitui um paradoxo.³⁰

Mesmo considerando a complexidade do processo de mediação, Lília Sales enumera quatro objetivos principais para o instituto: a prevenção de conflitos, a solução de conflitos, a inclusão social e a paz social como alternativa à violência.³¹ Ao discorrer sobre as peculiaridades da solução de conflitos realizada pela Mediação, Lília Sales afirma que “procura-se, por meio da mediação, deslocar o entendimento de culpa (que parece algo predeterminado, intencional) para a responsabilidade (atos e conseqüências)”.³² Sob a perspectiva de que muitas das escolhas dos indivíduos são influenciadas por atos de outros, tendo ambas as partes uma parcela de responsabilidade no conflito, a mediação proporcionará uma maior participação dos envolvidos, incluindo a possibilidade de mudanças em seus comportamentos e atitudes futuras.

Warat ressalta a existência de correntes de mediadores que consideram o conflito como um problema a ser resolvido através do acordo, e, de outra corrente, que sugere ser chamada de “transformadora”, a qual considera o conflito como uma melhora na satisfação dos vínculos e na qualidade de vida:

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados no conflito. [...] É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores.³³

Para Luis Alberto Warat, a Mediação representa uma proposta transformadora do conflito justamente porque este é resolvido pelas próprias partes, que, com a ajuda do mediador, redimensionam as condições psicológicas, culturais e sociais que o provocaram,

³⁰ WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

³¹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

³² SALES, Lília Maia de Moraes, op. cit., 2007, p.28.

³³ WARAT, Luís Alberto, op. cit., 2001, p. 88.

reconstruindo simbolicamente a relação conflituosa. Este é seu objetivo principal, que está acima da obtenção de um acordo, o qual passa a ser uma de suas conseqüências. Para tanto, Warat ressalta que o Mediador não pode intervir no conflito, nem na autonomia das partes, mas deve ajudá-las a olharem para si mesmas, para seus sentimentos, e não para o conflito. Entretanto, assim como ele não pode intervir nem tentar transformar o conflito, também não poderá interpretar os sentimentos das partes:

O mediador deve ajudar cada pessoa do conflito a compreendê-lo como uma oportunidade vital, um ponto de apoio para falar, refletir e impulsionar mecanismos interiores que as situem em uma posição ativa diante de seus problemas. O mediador estimula a cada membro do conflito para que encontrem, juntos, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e, recomeçar a andar pela vida com outra disposição. A atitude de busca do comum não deve fazê-los perder de vista que devem tomar o conflito como uma oportunidade para gerenciar melhor suas vidas, ir além do problema comum e apostar em melhorar o próprio transcurso vital.³⁴

De acordo com o Código de Ética para Mediadores, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o Mediador, na prática da Mediação, deve proceder de forma a preservar os princípios éticos da independência, da imparcialidade, da credibilidade, da aptidão, da confidencialidade e da diligência, tendo também obrigações frente a outros códigos éticos profissionais com os quais se relaciona, como os Códigos de advogados, terapeutas, contadores, entre outros, somando-se ainda, se for o caso, as normativas de instituições às quais estejam vinculados:

Imparcialidade: condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.

Credibilidade: o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.

Competência do Mediador: a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

Confidencialidade: os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública.

³⁴ WARAT, Luís Alberto, op. cit., 2001, p.76-77.

Diligência: cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.³⁵

Lembra-se que os princípios da mediação podem variar de acordo com o país. Dentre aqueles relacionados pela professora Lília Sales, em sua obra “Mediação de Conflitos”, podem ser usados, para acrescentar à lista acima, os seguintes: liberdade das partes, que devem estar conscientes do que significa a mediação, e sua participação deve estar isenta de qualquer coação ou ameaça; não-competitividade, mas cooperação das partes; informalidade do processo, uma vez que não existe uma regra única que determine previamente sua forma e igualdade nas condições de diálogo. Os outros princípios destacados pela professora Lília Sales foram relacionados ao se tratar dos Princípios referentes ao mediador.³⁶

Segundo Carlos Eduardo Vasconcelos, a mediação de conflitos exercida na modernidade desenvolveu-se inicialmente em Harvard, caracterizando-se por priorizar o problema concreto, separando-o das relações interpessoais subjetivas, com a finalidade de encontrar entre os oponentes um interesse comum que lhes proporcionasse chegar a um acordo. Conforme a linha de Harvard, a prática da Mediação situava-se entre os modelos de negociação cooperativa, distinguindo-se, porém, do modelo de negociação integrativa, adotado nas parcerias, e do modelo de negociação distributiva, adotado nas relações episódicas:

O procedimento inicia-se com a apresentação das partes e do mediador; seguem-se as explicações sobre o que é e como se processa a mediação: em sucessivo, os mediados narram o problema e são questionados equitativamente; procura-se fortalecer a colaboração para que eles evoluam das posições iniciais para a identificação dos interesses comuns subjacentes, co-elaborem as opções e cheguem, quando possível, a um acordo fundado em dados de realidade. As entrevistas de pré-mediação são recomendadas, embora eventualmente dispensáveis, sendo admitidas as reuniões em separado do mediador com cada um dos mediados, com o objetivo de facilitar o desbloqueio de impasses.³⁷

A Mediação de Harvard ficou conhecida como Mediação Satisfativa, tornando-se modelo para outros tipos de Mediação, dentre os quais se destacam a Mediação Circular e a Mediação Transformativa, que se diferem do primeiro modelo por focar-se na relação entre as partes, e não mais no conflito. A Mediação Circular é concebida como um processo

³⁵ CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CONIMA). **Código de Ética para Mediadores**. Disponível em: <http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html>. Acesso em: 11 ago. 2008.

³⁶ SALES, Lília Maia de Moraes, op.cit., 2007.

³⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p.78.

comunicativo, que se dá na conversação, pela qual os mediados acabarão desconstruindo suas narrativas iniciais e definindo a questão como um problema compartilhado:

Trata-se de um processo criativo decorrente da agregação ao modelo satisfativo tradicional, de Harvard, de aportes da teoria geral dos sistemas, muito especialmente da teoria familiar sistêmica, da cibernética de primeira e segunda ordem, da teoria do observador, da teoria da comunicação, da teoria da narrativa, etc. Nesse modelo, a obtenção do acordo deixa de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência do processo circular-narrativo.³⁸

Na Mediação Transformativa, que acolhe as técnicas da Mediação Satisfativa de Harvard, como também a contribuição da terapia sistêmica, o foco inicial está na capacitação dos mediados para recuperarem seu poder restaurativo. Pela prática da Mediação Transformativa, o mediador observa a interação entre as partes mediadas, identificando os processos mentais e emocionais de cada um deles, e facilitando o esclarecimento, a compreensão integradora e uma tomada de decisão por parte dos mesmos. Deste modo, o problema relacional e o problema material são considerados em seu conjunto, mas sujeitos a abordagens distintas, com prioridade para a superação dos bloqueios emocionais que estejam a comprometer a comunicação, e, ao mesmo tempo, voltadas para favorecer o protagonismo dos mediados, que se vai ampliando à medida que vai sendo reconstruída sua autoestima.³⁹

A Mediação Transformativa é explicitada com suas peculiaridades por Armando Castanedo Abay, ao analisar a obra de Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Fulberg, intitulada *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, que trata do tema:

A chamada mediação transformativa não tem o imediato propósito de resolver o conflito entre as partes, senão que seu êxito consiste em provê-las de meios para interatuar eficientemente para melhorar a saúde de sua relação, dar autonomia às partes para compreender-se e alcançar, deste modo, o reconhecimento de uma em relação à outra [...] Como temos analisado nas páginas do presente livro, a mediação que facilita como objetivo central a solução do conflito entre partes, vai gerando meios para alcançar o mencionado fortalecimento do vínculo relacional e o reconhecimento das partes, mas como meios efetivos para resolução do conflito. A camada mediação transformativa também tem como objetivo a resolução do conflito, porém de um ponto de vista secundário. (Traduziu-se).⁴⁰

³⁸ Ibid., 2008, p.80.

³⁹ Ibid., 2008.

⁴⁰ “La llamada mediación transformativa no tiene el inmediato propósito de resolver de fondo el conflicto entre las partes, sino que su éxito estriba en proveerles de medios para interactuar eficientemente para mejorar la salud de su relación, hacer ganar poder a las partes para comprender-se y lograr, de esta manera, el reconocimiento de una em relación com la outra. [...] Como hemos analizado em las páginas del presente libro la mediación que facilita como objetivo central la solución del conflicto interpartes, va generando medios para lograr el mencionado fortalecimiento del vínculo relacional y el reconocimiento de las partes, pero como medios efectivos para la solución del conflicto. La llamada mediación transformativa también tiene como objetivo la

O fortalecimento da postura das partes não significa um balanceamento de poderes, mas um aumento nas habilidades para perceber seus objetivos, alternativas e preferências, a fim de chegar a tomar melhores decisões por elas mesmas. O reconhecimento mútuo envolve a consideração dos pontos de vista e das experiências de cada parte em relação à outra, o que não significa reconciliação, que pode ou não ocorrer. Na mediação transformativa, o mediador irá visar à contribuição das partes para o restabelecimento do diálogo, a adoção de perspectivas conjuntas por parte das mesmas, bem como sua deliberação sobre possíveis alternativas de solução para o conflito. Ao contrário da mediação centrada prioritariamente na solução do conflito, este tipo de mediação permite o afloramento das emoções, chegando o mediador a provocar tal afloramento, como parte do processo, embora não intervenha quanto à solução. Para tanto, ele deve começar a sessão de mediação perguntando, não o que as partes esperam do processo, mas da mediação, ajuda as partes a compreender melhor sua situação atual, evitando que fiquem centradas nos acontecimentos passados que as separam, mas também respeitando a resistência que ofereça alguma das partes para tratar de algum tema específico.⁴¹

Conforme esclarece Pedro Calmon, no Brasil vem se desenvolvendo a idéia de mediação para-processual, com o incentivo judicial e promovendo vínculos com o Poder Judiciário, especialmente na supervisão dos programas, e descreve uma proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, formulada pela comissão que começou seus trabalhos em conjunto com a Escola Nacional de Magistratura e entregue ao Ministério da Justiça. Calmon descreve como ponto central da mencionada proposta a instituição da mediação como novo paradigma de justiça, a ser procurado espontaneamente pelas partes antes de propor qualquer medida judicial. De acordo com a mencionada proposta, os mediadores seriam indicados pelo Poder Judiciário, mantida a indispensabilidade de advogado, defensor público ou advogado dativo para as partes. Após a realização da mediação, sendo obtido acordo, seria lavrado termo a ser entregue ao distribuidor junto com o requerimento de mediação. O termo seria considerado título executivo extrajudicial, a ser homologado pelo juiz, independente de processo, tornando-se título executivo judicial. Caso a mediação fosse frustrada, caberia à parte interessada, se o desejar, propuser a demanda cabível perante o judiciário. O anteprojeto também prevê a hipótese de mediação incidental,

solución del conflicto, pero desde un punto de vista secundario.” ABAY, Armando Castanedo. **Mediación**: una alternativa para la solución de conflictos. México: Universidad de Sonora, 2001, p.145.

⁴¹ ABAY, Armando Castanedo. **Mediación**: una alternativa para la solución de conflictos. México: Universidad de Sonora, 2001.

com suspensão relativa do processo, porém ressalta a não obrigatoriedade da mediação. Propõe ainda a mediação paraprocessual, ou parajudicial, que já é praticada espontaneamente por mediadores independentes, embora Calmon ressalte que a "indicação judicial, o registro, o cadastro e a fiscalização dos mediadores somente proporcionarão maior segurança aos envolvidos".⁴²

3.1.3 *Mediação penal*

Não existindo ainda, no Brasil, uma legislação específica que trate sobre os tipos de conflito que podem ser objeto de Mediação, a professora Lília Sales ressalta que o mencionado instituto pode ser instrumento de resolução para vários tipos de controvérsia, dentre os quais figura o direito penal “nas questões de menor potencial ofensivo ou com adolescentes infratores (e no que a legislação do país permitir)”⁴³. Lília Sales define a Mediação Penal da seguinte forma:

A mediação penal configura o diálogo construtivo entre a vítima e o infrator, apresentando o mediador como o facilitador dessa comunicação. A resolução do conflito é decidida entre as pessoas envolvidas, fazendo com que a vítima perceba o infrator como um ser humano e não apenas como um ser brutal, insensível ao seu sofrimento, possibilitando-lhe a avaliação das circunstâncias que o levaram a agir do modo como agiu, *desdramatizando* o ato. O infrator, por sua vez, escuta sobre o mal-estar (raiva, tristeza, dor, perda) que causou à vítima, conscientizando-se do mal pelo qual foi responsável, reagindo de forma positiva e buscando a reparação.⁴⁴

A Mediação traz uma nova mentalidade à justiça neste âmbito, uma vez que por ela a infração é analisada como um conflito surgido no meio da sociedade, que deve ser discutido por seus protagonistas, para que se encontre uma nova comunicação e a restauração de relações fragilizadas. Tal mentalidade corresponde à Justiça Restaurativa, como alternativa à justiça repressiva, na qual os conflitos são resolvidos pela imposição estatal, sem comunicação entre vítima e ofensor.⁴⁵

Embora existam pontos de contato entre a Justiça Restaurativa e a Mediação, países diferentes desenvolveram formas distintas de Mediação, cujo método se diferencia também conforme o âmbito de atuação (por exemplo, os conflitos matrimoniais, escolares, ambientais, laborais, contratuais, infracionais, etc.). O conceito de Justiça Restaurativa, conforme foi dito, pode contemplar uma variedade de respostas, por parte do infrator, que não estão no âmbito

⁴² CALMON, Petrônio, op. cit., 2007, p.139.

⁴³ SALES, Lília Maia de Moraes, op. cit., 2007, p.120-121.

⁴⁴ SALES, Lília Maia de Moraes, op. cit., 2007, p.123.

⁴⁵ SALES, Lília Maia de Moraes, op. cit., 2007.

da Mediação, podendo chegar a cumular medidas punitivas e medidas restaurativas. Daí a necessidade de delimitar que os dois conceitos se tocam, mas não se confundem:

Ainda no âmbito da Justiça Restaurativa, o mero ressarcimento material, a restituição ou a reconciliação podem ser aceitas como respostas viáveis, mas reduzem o horizonte comunicativo e relacional que a mediação amplia. Por isso, pode-se falar até em ressarcimento ou reconciliação, que continuam a ser finalidades legítimas, desde que também a mediação venha a ser considerada não somente um meio, mas o fim de uma atividade que prevê a ativação e criação de um contexto no qual vítima e autor de um crime se encontram e se confrontam ao redor do conflito que as envolve.⁴⁶

A Mediação Penal, extrajudicial e pré-processual evita a sobreposição dos modelos restaurativo e punitivo, "diminuindo a estigmatização do ofensor, e preservando os enunciados mais importantes da Justiça Restaurativa, tais como a recuperação de um papel ativo no sistema de justiça, a mudança de objeto",⁴⁷ uma vez que o crime é primariamente um conflito entre indivíduos e secundariamente é uma transgressão à lei. As outras formas de Justiça Restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado, não permitindo a reapropriação do processo penal pelas partes.

A recomendação de nº (99)19, do Conselho da Europa,⁴⁸ define a Mediação Penal como uma forma flexível, abrangente e participativa para resolução de problemas, com o objetivo de proporcionar opções alternativas ou complementares ao tradicional processo penal e estabelece princípios para sua utilização, bastante esclarecedores para uma melhor compreensão deste instituto. O Conselho da Europa justifica sua recomendação a partir: da evolução da utilização da Mediação Penal em seus Estados-Membros; da necessidade de reforçar a participação pessoal ativa no processo penal da vítima, do infrator e de outros que podem ser afetados, bem como do envolvimento da comunidade; do reconhecimento do interesse legítimo das vítimas de ter uma voz mais forte para se comunicar com o autor da infração e para obter desculpas e reparação; da importância de incentivar os infratores ao senso de responsabilidade e de lhes oferecer oportunidades concretas para transformar-se, o que possibilitará ainda mais a sua reinserção e reabilitação; do reconhecimento da mediação como meio de sensibilizar para a importância do papel do indivíduo e da comunidade na prevenção e no tratamento do crime e resolver seus conflitos associados, incentivando

⁴⁶ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.73.

⁴⁷ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.73.

⁴⁸ CONSELHO DA EUROPA - Comité de Ministros - **Recomendação n ° R (99) 19 do Comité de Ministros aos Estados-Membros relativa à mediação em matéria penal** - Aprovada pelo Comité de Ministros em 15 de setembro de 1999 na 679ª reunião dos Delegados dos Ministros. Disponível em: <<http://www.mediadoresdeconflitos.pt/>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

resultados mais construtivos e menos repressivos na justiça penal; do reconhecimento de que a mediação requer competências e formação específicas; do potencial de contribuição das organizações não governamentais e das comunidades locais na área da mediação em matéria penal e a necessidade de combinar e coordenar os esforços das iniciativas públicas e privadas.

A Recomendação de nº (99)19, do Conselho da Europa também se apóia nos requisitos da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; na Convenção Européia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, bem como nas recomendações nº (85) 11, sobre a posição da vítima no âmbito do direito penal e de processo, nº R (87) 18, relativa à simplificação da justiça criminal, nº R (87) 21, sobre assistência às vítimas e a prevenção da vitimação, nº R (87) 20, sobre reações sociais à delinquência juvenil, nº R (88) 6, sobre reações sociais sobre a delinquência juvenil, entre os jovens provenientes de famílias migrantes, nº R (92) 16, sobre as regras européias em matéria de sanções e nas medidas comunitárias nº R (95) 12, sobre a gestão da justiça penal, e n.º R (98), 1 sobre mediação familiar.⁴⁹

Em Portugal, existe um programa experimental de Mediação Penal da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto, em colaboração com o Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto. A Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, criou um regime de mediação penal, em execução no artigo 10º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Em estudo elaborado no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias apresentaram a experiência da Mediação Penal na Inglaterra, Bélgica e França. Na Inglaterra, em 1984, foi criado o *Mediation U. K.*, para casos de diminuta gravidade, seguido, em 1985, do *Adult Reparation Bureau*, para avaliar se cada caso estava de acordo com os requisitos exigidos, como o tipo de delito, culpabilidade, confissão de culpa, interesse da vítima e não existência de interesse público no conflito. Em 1990, ainda na Inglaterra, surge o *Leeds Reparation Project*, para intervir em qualquer fase do processo antes da sentença, abrangendo casos de certa gravidade. Na Bélgica, a mediação penal foi introduzida em 1994 para responder pequenas ofensas, na sua maioria, passíveis de indenização ou pedido de desculpas.

No modelo belga é possível a ausência da vítima, o Ministério Público pode conduzir a negociação e as partes só podem regular os aspectos civis, o que foge ao modelo ideal de

⁴⁹ Ibid., 2008.

mediação. As primeiras mediações penais em Paris começaram em 1984, confiadas ao *Centre de Médiation et de Formation à la Médiation*, para conflitos entre vizinhos, famílias e colegas de trabalho, tendo sido assinado um protocolo com o Procurador da república, em 1991. Neste mesmo ano, também em Paris, a *Association d'Aide Pénale* foi habilitada, estendendo-se a queixas de roubos e conflitos referentes a menores. Entretanto, desde 1983 que ocorriam outras mediações penais na França. Em 1991, a mediação estava implantada em 70 tribunais franceses e, em 1993, foi consagrada legalmente como resposta judicial à pequena delinquência; em 1993 foi institucionalizada no Código de Processo Penal que, em 1996, delimitou suas modalidades. Em 1997, junto ao Tribunal de Lyon, funcionaram as Maisons de Justice, realizando 3.845 mediações.⁵⁰

No Reino Unido, as práticas de Justiça Restaurativa se desenvolveram por iniciativas comunitárias e locais, sendo introduzidas no sistema de Justiça de menores em 1998, cuja estratégia era a reparação às vítimas pelos agressores, práticas reparadoras para a comunidade e mediação vítima-agressor nas prisões, as conferências restaurativas ou mesmo a mediação indireta. Na Espanha, em 1990, o Governo da Comunidade Autônoma da Catalunha iniciou um programa de mediação e reparação penal no âmbito da justiça juvenil. Em 1992 foi publicada uma lei regulando o procedimento do julgamento de menores, que atribuiu ao Ministério Público a decisão acerca de não levar o processo adiante, se houvesse a reparação da vítima, dando assim base legal à aplicação do mencionado programa. Em 2000, foi aprovada a lei penal de menores, ampliando esta faculdade. Em 1998 iniciou-se também uma experiência piloto de mediação no âmbito da justiça penal de adultos, mas como não cabe ao Ministério Público a instrução do processo, impera ainda o princípio da legalidade e não o da oportunidade, dificultando as soluções de consenso.⁵¹

Conforme explica Richard Duizend, nos EUA, nos últimos 20 anos, os sistemas judiciários federal e estaduais desenvolveram novas abordagens para o cumprimento das finalidades dos tribunais. Entre essas abordagens inclui-se a aplicação de técnicas alternativas de resolução de litígios, como a mediação:

⁵⁰ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização** – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. Novembro de 2001. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

⁵¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. Administração Extra-Judicial. **Algumas notas sobre justiça restaurativa: perspectiva comparada**. Disponível em: <www.glp.mj.pt/home/projectos%20em%20curso/processopenal/perspectiva%20comparada%2025-06-2004.doc>. Acesso em: 15 jul. 2008.

A mediação (isto é, uso de uma pessoa ‘neutra’, com capacitação profissional, para ajudar as partes a chegar a um acordo) é hoje amplamente usada para resolver demandas comerciais, divórcios e guarda de filhos, litígios por ofensas pessoais ou de natureza econômica, pequenas causas (isto é, quando estão em jogo quantias inferiores a US\$ 5 mil), conflitos com relação a recursos hídricos e entre inquilinos e locatários. A mediação às vezes é usada para estabelecer o valor da indenização que um infrator criminal ou adolescente infrator pagará à vítima. Geralmente a parte que fica insatisfeita com os resultados da mediação poderá levar o caso a julgamento sem penalidade.⁵²

Segundo Juan Carlos Vezzulla, “Na Argentina, existem centros de mediação comunitária, escolar e centros de mediação familiar e há um atendimento sobretudo nas áreas sociais e também patrimoniais. Em Buenos Aires é obrigatório os processos irem à mediação antes de seguirem para julgamento”.⁵³

Em sua tese de doutorado, Pedro Calmon identifica a auto composição como o mais pacífico dos meios de solução dos conflitos e sistematiza os mecanismos para a sua obtenção, que podem ser aplicados à auto composição penal. De acordo com a definição de Calmon, “Autocomposição é o meio de solução de conflitos produzido pelos próprios envolvidos, ainda que ajudados ou incentivados por um terceiro imparcial. A solução do conflito é construída pelas próprias partes, sendo três os resultados possíveis: renúncia, transação e submissão”.⁵⁴

Petrônio Calmon expõe os princípios e procedimentos de aplicação da Mediação como mecanismo de autocomposição, e propõe o estabelecimento de uma política pública de incentivo à universalização deste meio de solução do maior número possível de conflitos, com a finalidade de atingir a pacificação contínua da sociedade. Calmon faz uma explanação bastante positiva a respeito da autocomposição:

Sabe-se que a autocomposição é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. A busca do consenso é quase sempre o primeiro passo adotado por pessoas naturais e jurídicas, antes de partirem para a solução heterocompositiva, normalmente mais cara e complexa. O diálogo informal é intrínseco à natureza humana, mas há muitas oportunidades em que a impossibilidade ou o desgaste da relação é tão acentuado que o diálogo não logra sequer ser iniciado e, ainda que os primeiros contatos sejam realizados, nem sempre se chega ao acordo. Surgem, então, mecanismos apropriados que visam à obtenção da autocomposição. Às vezes simples, às vezes complexos, às vezes com a só participação dos envolvidos, às vezes com a colaboração de um

⁵² DUIZEND, Richard Van. O sistema judiciário dos EUA: longa tradição, novos rumos. State Department’s Bureau of International Information Programs. USINFO delivers information about current U.S. foreign policy and about American life and culture. **Questões de Democracia**. maio 2003 Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0503/ijdp/vanduizend.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

⁵³ VEZZULLA, Juan Carlos. Entrevista. **Gazeta das Caldas**. 2006. Disponível em: <<http://www.gazetacaldas.com/Printer.asp?NID=13743>>. Acesso em: 03 jul. 2008.

⁵⁴ CALMON, Petrônio, op. cit., 2007, p.237.

terceiro imparcial, com o objetivo de incentivar, auxiliar e facilitar o diálogo, visando ao escopo maior de se chegar ao consenso. [...] Os mecanismos para a obtenção da autocomposição não se constituem em um negócio jurídico, mas em um simples ato (ainda que complexo) que pode ter conseqüências jurídicas. Daí seu estudo ser multidisciplinar, envolvendo áreas não jurídicas (que tratam dos métodos de persuasão, por exemplo). Mas naquilo que se apresentam como jurídicos, esses mecanismos fazem parte do sistema de solução de conflitos, objeto do direito processual.⁵⁵

Segundo Calmon, alguns conflitos constituem problema crônico da sociedade e jamais encontram solução, mas há aqueles que se resolvem pela força ou pela perspicácia de um dos adversários, geralmente com o uso da violência física, psíquica ou moral, havendo outros resolvidos por consenso das partes e ainda aqueles que encontram sua solução perante o judiciário. No primeiro caso, em que uma das partes impõe o sacrifício da outra, diz-se que o conflito foi resolvido por autotutela. Nas sociedades organizadas, a autotutela penal geralmente só é permitida em caso de legítima defesa; quando o conflito é resolvido através de um consenso das partes, diz-se que houve autocomposição; e quando o conflito é resolvido perante os juízes, diz-se que foi resolvido através do processo judicial. Em processo penal, a ação penal e o cumprimento de uma sanção fixada para os delitos penais são indisponíveis, tornando obrigatório o exercício da jurisdição estatal, mediante uma sentença, que não pode ser fundada apenas na confissão do acusado. Ao acusado é vedado abrir mão da defesa e do processo tradicional, onde as garantias lhe permitem negar as acusações. Entretanto, em caso de disponibilidade da ação, cabe ao ofendido a renúncia, que pode se manifestar pela não propositura da mesma, o que resulta no seu arquivamento definitivo, ou durante o processo, pela renúncia definitiva do direito no qual a ação é baseada, o que não se confunde com a simples desistência do processo, que permitiria o exercício da ação em um momento posterior. Ao acusado, cabe a submissão, que ocorre quando o mesmo reconhece inteiramente a procedência do pedido e submete-se espontânea e completamente à pena proposta. A ambos cabe, pela transação, fazer concessões recíprocas: o autor renuncia a uma parte da pretensão, propondo outra que considere adequada, e o acusado submete-se inteiramente à sua nova proposta.⁵⁶

Os principais mecanismos para a obtenção da auto composição são a negociação, a conciliação e a mediação. A negociação é caracterizada pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador. Este tipo de auto composição costuma ocorrer entre membros de sociedades civis ou comerciais, como

⁵⁵ CALMON, Petrônio, op. cit., 2007, p.6-7.

⁵⁶ CALMON, Petrônio, op. cit., 2007.

também entre empresas. Já a Conciliação requer o auxílio e o incentivo de um terceiro imparcial, e recebe a dimensão processual quando realizada em juízo ou quando as partes auto compostas fora do processo resolvem levar o acordo a que chegaram para o processo, para obter a homologação judicial.⁵⁷

A Mediação, objeto desta dissertação, distingue-se dos mencionados mecanismos de autocomposição por ser uma atividade não-adversarial de resolução de conflitos, através da qual um terceiro, imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, se dispõe a ajudar os envolvidos, através de um conjunto de práticas elaboradas, a comunicar-se e a realizar escolhas voluntárias para chegarem a uma solução mutuamente aceitável.

Em alguns lugares do Brasil, a mediação penal ainda é vista como uma forma de conciliação, aplicável às medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais (Lei 9099/1995), sendo por isto necessário realizar tal distinção, para qualificá-la como "uma reação penal, cujo desenvolvimento pode afetar a necessidade de pena".⁵⁸ Tal confusão de conceitos pode ocorrer quando se coloca toda a atenção da mediação na obtenção de acordo e no desafogamento e celeridade a ser proporcionado à máquina judiciária. Quanto ao desafogamento da máquina judiciária, Sica lembra que, se vista sob tal prisma, e os conflitos forem transferidos para ela simplesmente com este objetivo, seus objetivos não estarão sendo respondidos e se acabará chegando aos mesmos problemas enfrentados hoje pela justiça comum e pelos juizados especiais:

a perspectiva da mediação considera o conflito como parte integrante da vida do homem, por isso não parte da premissa que é um problema a ser resolvido/decidido a qualquer custo e de forma rápida: a mediação permite que as pessoas compreendam-se a si mesmas e se relacionem com as outras através do marco do conflito [...] evitar o conflito significa renunciar à afirmação dos próprios direitos ou da própria dignidade.⁵⁹

A conciliação, a mediação e ainda a arbitragem requerem a presença de um terceiro na sua realização, mas é justamente na atitude e na função deste terceiro que a mediação se distingue da conciliação e também da arbitragem:

[...] a arbitragem é um processo baseado na vontade dos contendores de dirigir-se a um sujeito neutro, terceiro e competente, para delegar-lhe a decisão do problema [...] Na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes (ao menos enquanto aja na qualidade de conciliador), mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de chegar a um 'compromisso'

⁵⁷ CALMON, Petrônio, op. cit., 2007.

⁵⁸ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.47.

⁵⁹ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.49.

entre as partes, ou seja, de um balanceamento dos interesses destas, o conciliador tem uma função diretiva na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis para a resolução do problema. [...] A mediação, ao inverso, é um processo de resolução dos conflitos no qual é dado às partes, por inteiro, o poder, e conseqüentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, na presença de um ou mais mediadores, cuja tarefa exclusiva é facilitar a comunicação.⁶⁰

O foco da conciliação está na resolução de um problema específico, negociando-se de modo a maximizar as vantagens possíveis a todos, enquanto o foco da mediação está em gerir de modo construtivo a relação entre pessoas, reconhecendo suas emoções e valores, a fim potencializar sua capacidade de resolver conflitos. Calmon expõe seu conceito de Mediação Penal da seguinte forma:

A mediação penal é o diálogo entre o autor do fato tido como criminoso e a vítima, auxiliados por um terceiro imparcial, que buscam a solução da controvérsia. O encontro frente a frente entre o autor do fato e a vítima tem como primeira vantagem a realização de um diálogo humano, que versará sobre o próprio fato. A vítima há de perquirir sobre o motivo do crime, porque foi perpetrado contra ela, etc., pois são indagações naturais, mas que jamais são efetivadas quando estão diante de um juiz ou júri. Esse diálogo permitirá livrar a vítima da angústia e do ressentimento, pois ela poderá desabafar, falar de seu sofrimento, explodir sua revolta de forma ativa, porém pacífica. Trata-se, como na mediação de conflitos de natureza cível, de cuidar da lide sociológica e não somente da jurídica. Nenhuma pena hoje prevista nos regulamentos legislativos contém esse tipo de reparação, que somente o diálogo franco e livre pode proporcionar.⁶¹

Calmon esclarece que a Mediação Penal tratará, também, de resolver o conflito objetivamente, com a proposição da pena, diálogo e fixação de obrigações. Neste caso, poderá ser fixada uma reparação de natureza econômica, a realização de um serviço em benefício da vítima ou de quem ela apontar, ou em benefício da comunidade. Pode ainda ocorrer de resultar do acordo apenas uma simples, mas sincera, manifestação de arrependimento ou um pedido de perdão, ou até mesmo um gesto que demonstre ter havido reconhecimento efetivo do sofrimento que foi causado e a promessa de não voltar a delinquir:

Como em qualquer mediação, o diálogo não se iniciará com a busca de um acordo como meta principal. A mediação se inicia com o conhecimento mais profundo dos envolvidos, onde um procurará ouvir o outro e será igualmente dado a conhecer. Prossegue com o levantamento das circunstâncias em que ocorreram os fatos, para se falar do fato em si; e de suas conseqüências. Isso tudo fará com que as partes exteriorizem seus sentimentos e ressentimentos, proporcionando caminhar para uma idéia de acordo. Nesse ponto ambas saberão qual seria o acordo mais produtivo para cada uma, saberão ter retirado de seu objetivo a prevalência de sua posição pessoal, para buscar atender ao seu real interesse.⁶²

⁶⁰ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.50.

⁶¹ CALMON, Petrônio, op. cit., 2007, p.253-254.

⁶² CALMON, Petrônio, op. cit., 2007, p.254.

Carlos Eduardo Vasconcelos apresenta a Mediação Penal como uma forma de combinar a aplicação do conceito inicial de Justiça Restaurativa da Escola de Harvard com a dos dois outros modelos inspirados na mencionada Escola, o sistêmico e o transformativo (já apresentados neste trabalho), os quais estão centrados prioritariamente nas relações interpessoais dos protagonistas do conflito e só secundariamente no seu objeto.⁶³

Em sua obra intitulada “Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas”, Carlos Eduardo Vasconcelos traz o resultado de uma avaliação⁶⁴ realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD,⁶⁵ acerca dos projetos-piloto no campo da Justiça Restaurativa implementados em Porto Alegre (RS), São Caetano do Sul (SP) e Brasília (DF).⁶⁶ O ILANUD identifica, entre as diversas concepções de Justiça Restaurativa, dois grandes grupos identificados por sua finalidade: As concepções identificadas por sua finalidade institucional, que visam ao aprimoramento dos órgãos estatais na persecução do delito, e as concepções identificadas por sua finalidade político-criminal, que visam à transformação do fenômeno criminal através da intervenção social. As primeiras têm como exemplos emblemáticos aquela defendida por John Braithwaite,⁶⁷ que vê a Justiça Restaurativa como meio menos dispendioso de reação ao crime, e aquela defendida por Howard Zehr,⁶⁸ que vê a Justiça Restaurativa como mecanismo destinado a introjetar valores mais humanitários no sistema de justiça, restaurando as relações e reparando os danos causados aos indivíduos e às comunidades pelo delito. Quanto às tendências político-criminais de um Estado, podem ser classificadas em três grupos: as que defendem o incremento repressivo por parte do sistema penal, as que têm como objetivo fazer ajustes no sistema penal para evitar excessos punitivos, e, por fim, as chamadas abolicionistas. O ILANUD considera a Justiça restaurativa consentânea somente com as duas últimas tendências, uma vez que o incremento repressivo do sistema penal pode atingir um

⁶³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo, op. cit., 2008.

⁶⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa. **Relatório Final**. 2006. Disponível em: <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

⁶⁵ O Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILANUD foi instalado no Brasil em 1997 por força de acordo de cooperação firmado entre a sede do Instituto na Costa Rica e o Governo Brasileiro. O ILANUD produz pesquisas, análises e mecanismos de avaliação sobre o sistema de justiça penal brasileiro, com o intuito de contribuir com programas de prevenção ao crime e respeito aos direitos humanos.

⁶⁶ Dr. Eduardo Rezende de Melo (SP) – Proj. São Caetano do Sul; Dr. Asiel Sousa (DF) – Proj. Brasília; Dr. Leoberto Brancher (RS) – Proj. Porto Alegre. No Rio Grande do Sul, há um projeto voltado para crianças e adolescentes. Em São Paulo, o projeto divide-se entre a vara de infância e juventude e o juizado especial criminal. Já em Brasília, o experimento restringe-se ao juizado especial criminal.

⁶⁷ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. Nova Iorque: Oxford, 2002.

⁶⁸ ZEHR, Howard, op. cit., 2008.

ponto de centralização tal que torne impossível qualquer participação da sociedade na solução dos problemas levantados pelo crime. Neste sentido, torna-se impossível isolar as finalidades institucionais das finalidades político-criminais ao tratar-se da Justiça Restaurativa, uma vez que as políticas criminais demandam meios institucionais para serem postas em prática. Por esta razão, o ILANUD estabeleceu uma diretriz institucional e uma diretriz político-criminal para avaliar os programas de Justiça Restaurativa: deve ter como meta institucional o aperfeiçoamento da administração da justiça, e como meta político-criminal a redução do controle penal formal, cuidando, porém, de evitar que controle penal informal se torne mais perverso que o formal, ao despojar o ofensor de todas as garantias às quais tem direito.⁶⁹

No relatório em apreço, o ILANUD considera como caminho possível inserir a Justiça Restaurativa no marco do Direito Penal Mínimo, dependendo da concepção adotada. De acordo com a concepção de Direito Penal Mínimo adotada por Luigi Ferrajoli na construção da sua Teoria Garantista, nem as teorias retributivas da pena, nem as preventivas conferem justificativa racional para a intervenção penal. Por outro lado, adverte que as reações informais contra o crime podem impor sobre o ofensor um mal maior do que a pena. Assim, defende um condicionamento máximo do Direito Penal, através de dez axiomas garantistas que defendem os princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionariedade, da acusação, do ônus da prova e do contraditório. Tendo em vista que a observância rigorosa de todos estes princípios impediria a prática da Justiça Restaurativa, o ILANUD considera que a inserção da Justiça restaurativa no marco do Direito Penal Mínimo de Ferrajoli só pode se dar se realizada quando impõe um mal menor do que as reações informais. Por outro lado, a prática da Justiça Restaurativa só se justifica se trazer uma resposta mais benéfica do que a oferecida pela justiça formal, pois, do contrário, “não se justificam as violações às garantias penais e processuais que ela implica”. Quanto ao Direito Penal Mínimo de Alessandro Baratta, alega reprodução de desigualdades provocadas pelo sistema penal, que estaria voltado, sobretudo, à repressão das camadas menos favorecidas da população. Defende, portanto, sua restrição máxima. Segundo a avaliação do ILANUD, os princípios do Direito Penal Mínimo de Baratta, como o princípio do primado da vítima, o princípio da privatização dos conflitos e o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais são perfeitamente compatíveis com a proposta da Justiça Restaurativa. Entretanto, ressalta a necessidade de se questionar a validade

⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, op. cit., 2008.

da Justiça Restaurativa sempre que ela deixe espaço para a desigualdade das partes, perpetuando a desvantagem social dos menos favorecidos.⁷⁰

3.2 Algumas críticas e respostas acerca da aplicação da justiça restaurativa e mediação em conflitos com a lei penal

Renato Sócrates Gomes Pinto relata algumas das críticas feitas ao modelo de Justiça Restaurativa e responde a cada uma delas: à afirmação de que a Justiça Restaurativa representaria um retrocesso ao período da Vingança Privada, responde lembrando que em tal período da história havia uma justiça privada bestial, enquanto que a proposta mencionada não remonta àquelas práticas, mas constitui uma recuperação de valores culturais de indígenas e aborígenes, de natureza não violenta; ao argumento de que a Justiça Restaurativa não tem condições de restaurar a ordem jurídica lesada pelo crime, e nem mesmo pode restaurar a vítima, opõe que, na sua feição de procedimento complementar do sistema jurídico, a mesma estará também recompondo a ordem jurídica, apenas com outra metodologia, que leva a resultados melhores para a vítima e o infrator, pois recupera segurança, autoestima, dignidade e controle da situação, e o infrator tem oportunidade de refazer-se e reintegrar-se, pois é convocado na sua responsabilidade pelo mal causado, e encontra meios dignos para transformação; à crítica de que a experiência da Justiça Restaurativa desjudicializa a Justiça Criminal e *privatiza* o Direito Penal, sujeitando o infrator, e também a vítima, a um controle ilegítimo de pessoas não investidas de autoridade pública, responde que mesma trata-se de um exercício comunitário e, portanto, também público, lembrando que o acordo restaurativo deverá ser aprovado, ou não, pelo Ministério Público e pelo advogado, bem como ser homologado, ou não, pelo Juiz, o que não revoga o princípio da inafastabilidade da jurisdição.⁷¹

Em seu trabalho “*Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*”,⁷² Alisson Morris relata e responde algumas críticas feitas à Justiça Restaurativa. Deixando claro não pretender defender todas as práticas que se proclamam exemplos de Justiça Restaurativa, Morris afirma que a maior parte das críticas que vêm surgindo são baseadas em equívocos sobre os objetivos da Justiça Restaurativa, como também

⁷⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, op. cit., 2008.

⁷¹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; PINTO, R. Gomes (Org.), op. cit., 2005, p.29.

⁷² MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; PINTO, R. Gomes (Org.), op. cit., 2005.

em aplicações distorcidas de seus princípios. E responde às críticas que elegem como principais, utilizando principalmente sua experiência no Juizado de Menores (*youth justice*) da Nova Zelândia. Segundo Morris, deve ficar claro que os objetivos da Justiça Restaurativa são, principalmente, “responsabilizar de forma significativa os infratores e proporcionar uma reparação às vítimas”, o que algumas vezes ocorre, no plano simbólico, como, por exemplo, um pedido de desculpas no caso de injúria, e outras vezes ocorre concretamente, com ressarcimento de dívidas, e pode ocorrer ainda o encarceramento, que não deixa de ser restaurativo quando finalmente o ofensor compreender o porquê da medida. Morris afirma que “Nem a proteção da sociedade nem a ênfase na gravidade do crime são excluídas do sistema de Justiça Restaurativa”. Assevera ainda que a essência da Justiça Restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre outra, mas a adoção de uma forma que reflita os valores restaurativos e atinja resultados restaurativos. Algumas de suas respostas às críticas citadas serão tabuladas a seguir, trazendo para discussão a prática da Justiça Restaurativa através da Mediação para adolescentes em conflito com a lei:

CRÍTICAS

Uma crítica bastante comum feita à justiça restaurativa é a de que ela fracassa em proporcionar salvaguardas e garantias e acaba não protegendo os direitos do infrator.

[...] justiça restaurativa resulta em um aumento da rede de controle social, na medida em que ela tenderia a ter como foco os infratores com menor risco de reincidência (presumivelmente aqueles que seriam simplesmente alertados pelo policial ou simplesmente redirecionados) e na medida em que as penas recebidas por esses infratores de menor risco tendem a ser mais intrusivas do que seriam em outras situações.

RESPOSTAS

[...] O que a justiça restaurativa faz é dar uma prioridade diferente à proteção de seus direitos, não adotando um processo no qual os principais protagonistas são os advogados e cujo objetivo primordial é minimizar a responsabilidade do infrator ou obter a sanção mais leniente possível.

[...] Na Nova Zelândia, os processos restaurativos não são dirigidos a infratores relativamente desimportantes: ao contrário, são direcionados, no juizado de menores, aos mais graves e persistentes infratores e, na justiça criminal comum, aos adultos que praticaram crimes relativamente sérias. Encontros restaurativos com grupos de familiares são feitas somente em 15 a 20% dos casos de infratores juvenis; o resto deles é simplesmente alertado ou ignorado pela polícia.

[...] a justiça restaurativa trivializa o crime.

[...] é possível dizer que a justiça restaurativa lida com o crime de maneira mais séria que os sistemas criminais convencionais, na medida em que tem como foco as conseqüências do crime para a vítima e tenta, além disso, encontrar caminhos significativos para a responsabilização dos infratores. Ao contrário, o crime é efetivamente trivializado nos processos em que as vítimas não têm papel algum (além de, algumas vezes, como testemunha) e nos quais os infratores não são mais do que meros observadores passivos.

[...] a justiça restaurativa fracassa em “restaurar” vítimas e Infratores.

[...] é evidente que essa reparação emocional não acontece em todos os casos. Ela parece ocorrer, no entanto, mais frequentemente na justiça restaurativa do que em processos da justiça criminal convencional. No que se refere aos infratores, também como já coloquei anteriormente, entendo que restaurar significa a efetiva responsabilização pelos crimes seus efeitos, a recuperação de um senso de controle capaz de fazer com que eles possam corrigir o que fizeram e a recuperação do sentimento de que o processo e seus resultados foram corretos e justos.

[...] a justiça restaurativa não produz reais mudanças.

[...] A crítica mais contundente feita aqui, entretanto, é a de que a justiça restaurativa falhou em reduzir a reincidência. Poderíamos razoavelmente argumentar, por um lado, que o objetivo da justiça restaurativa não seria a redução da reincidência, mas sim a responsabilização efetiva dos infratores e a reparação, por parte deles, das vítimas. Por outro lado, também é razoável argumentar que, se um determinado processo utiliza os mecanismos restaurativos e alcança seus objetivos, então é possível esperar uma redução da reincidência. Dessa forma, se o infrator aceita a responsabilidade por seu crime, sente-se envolvido na decisão de como lidar com ela, sente-se tratado com justiça e respeito,

desculpa-se e faz reparações à vítima no contexto de um programa que visa a tratar as causas subjacentes a seu crime, então nós podemos, no mínimo, prever que ele estará menos inclinado a reincidir no futuro.

[...] a justiça restaurativa produz resultados discriminatórios. [...] Os críticos nesse ponto sustentam que somente comunidades influentes serão provavelmente capazes de ter os recursos necessários para a implantação de alternativas de justiça restaurativa e que este tipo de justiça, ao excluir alguns tipos de infratores de seus processos, reforça preconceitos de raça e de classe existentes no sistema. criminal comum.

[...] A validade dessa crítica depende, na verdade, da maneira e do lugar em que um processo de justiça restaurativa é implementado. Certamente, é *possível* que programas de justiça restaurativa sejam colocados em prática de forma seletiva e *ad hoc*. No entanto, tal programa não estaria refletindo os princípios e valores da justiça restaurativa e, portanto, esta crítica não pode ser feita de maneira genérica, englobando todos os seus exemplos.

[...] a justiça restaurativa aumenta os poderes da polícia. (tomando lugar do promotor e do juiz).

[...] na Nova Zelândia podem ser vistas como uma forma de restringir os poderes da polícia. Os policiais, lá, não podem levar à reunião restaurativa os jovens que não tenham sido antes diligenciados ou conduzidos diretamente à Corte Juvenil.

[...] um argumento muito comumente utilizado contra a justiça restaurativa é o que tem como foco a diferença de poder entre um supostamente fraco infrator e uma vítima muito forte.

[...] os processos restaurativos podem fornecer um foro no qual as vítimas têm a oportunidade de deixar claro aos infratores e, mais importante, a sua família e amigos, os efeitos que o crime teve sobre elas, fornecendo também, além de tudo, um foro no qual os infratores podem expor os motivos que os levaram ao crime.

[...] à justiça restaurativa falta legitimidade.

[...] A justiça restaurativa incorpora valores diferentes e sua legitimidade deve deles derivar. Elementos importantes, dessa forma, que dão legitimidade à justiça restaurativa são a inclusão das partes principais, uma melhor compreensão do crime e suas conseqüências e o respeito.

[...] as sanções de comum acordo que são atingidas por meio de processos restaurativos podem não ser

[...] Todas as principais partes envolvidas – vítimas, infratores e comunidades de apoio – devem

proporcionais à gravidade do crime e, nesse sentido, provavelmente não serão consistentes ou coerentes. concordar com a conclusão apropriada. O Estado permanece participando do processo decisório por meio de seus representantes – por exemplo, a polícia ou o judiciário –, dependendo do lugar em que se encontra o processo da justiça restaurativa no âmbito do sistema judicial criminal. A diferença, no entanto, é que estes representantes não são os “principais” tomadores de decisões.

Sica divide em dois grupos os críticos da mediação penal e os obstáculos opostos por seus argumentos: um primeiro grupo seria formado por aqueles que acreditam no processo, e um segundo grupo seria formado por aqueles que acreditam na pena. Segundo Sica, mesmo aqueles que defendem a mediação penal se preocupam com o desenvolvimento das garantias como resposta institucional ao delito, contenção da violência social e redução da própria violência estatal. Soma-se ainda a necessidade psicossocial de castigo, que tomou conta da noção moderna de justiça. A mediação procura abater este sentimento punitivo, porque considera a redução da violência estatal e a contenção da violência social por meio da atuação exclusiva da justiça punitiva, como um ideal que não se sustenta. Os defensores da mediação apontam para uma interdependência necessária entre mediação e punição, de forma que um pode fazer o outro funcionar melhor. Correspondendo a uma nova economia de relações entre as normas sociais e jurídicas, a mediação promove novas formas de ordem que emergem dos sujeitos envolvidos no conflito, fazendo fluir a verdade em um ambiente isento de ameaças. Não sendo vinculada rigorosamente às normas processuais e substanciais, permite aos indivíduos reapropriarem-se de seus conflitos, fazendo nascer um acordo equitativo, relacionado com as necessidades das partes, o que não significa afastamento das leis nem das garantias formais. Deste modo, a tarefa de aplicar diretamente a lei violada permanece nas mãos da justiça formal.⁷³

Para Sica, a mediação penal não figura entre as quatro possibilidades de controle social alternativos antigarantistas enumerados por Luigi Ferrajoli, que seriam: o social-selvagem, expresso nos ordenamentos arcaicos de vingança privada; o estatal-selvagem, expresso nos ordenamentos despóticos; o social-disciplinar, próprio das comunidades ideologizadas; e o estatal-disciplinar, produto tipicamente moderno, caracterizado por funções preventivas de vigilância e segurança pública. Com relação às teorias da pena, encontram-se as concepções

⁷³ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

retributivas, reeducativas, dissuasivas (exemplares para a sociedade) denunciativas de condutas puníveis, trazem a idéia da necessidade de punir sempre e com rigor. Para Sica, tais teorias seriam mais justificadoras do que legitimadoras da pena, que permanece com sua natureza retributiva. Por fim, destaca-se aqui, dentre as críticas à mediação penal expostas por Sica, a idéia de que esta seria uma continuação do ideal neoliberal e do processo de globalização, no sentido de enfraquecer o Estado e promover a privatização e comercialização da justiça penal. Junta-se a esta, a preocupação de que a institucionalização da mediação no campo penal resulte na criminalização de conflitos banais e recriminalização de meras incivildades, conforme ocorreu com os Juizados Especiais Criminais no Brasil, ao repristinar contravenções e delitos penais menores que, antes da Lei 9.099/95, já tinham perdido a relevância penal. Sica enfatiza que tal crítica não pode ser aplicada à mediação penal nem à justiça restaurativa, uma vez que a mediação penal inexistente no ordenamento pátrio, e a justiça restaurativa “preconiza o estabelecimento de dois espaços distintos, mantendo a solução negociada afastada do processo penal”.⁷⁴

Com relação à crítica de mercantilização ou privatização da justiça penal, Sica admite serem riscos presentes e concretos que se corre na aplicação da Justiça Restaurativa, quando não se prioriza sua dimensão retributiva diversa da dimensão punitivo-aflitiva comum no direito penal. O novo paradigma está centrado na sensibilização e responsabilização do autor do comportamento danoso ou perigoso, de modo que a reparação assumiria mais um aspecto simbólico do que material. Sendo assim, não há que se falar em mercantilização ou privatização da justiça penal no que se refere à mediação como prática da justiça restaurativa.⁷⁵

A partir das avaliações realizadas pelo mencionado relatório do ILANUD, destacam-se aqui as seguintes recomendações, entre outras, para os programas de Justiça Restaurativa: Os programas de Justiça Restaurativa precisam buscar melhoria no aparato judicial e a implementação de uma política criminal despenalizadora; a Justiça Restaurativa não deve ser transformada em uma técnica, pois é, antes de tudo, um ideal de justiça; a Justiça Restaurativa deve trazer vítima e ofensor para o processo; as experiências que têm como lugar institucional o poder judiciário devem ter como porta de entrada o momento anterior ao processo ou seu início, cuidando para que ela não se torne um processo paralelo à justiça estatal; a Justiça Restaurativa não deve ser vista como redução de investimentos por parte do judiciário, nem

⁷⁴ SICA, Leonardo, op. cit., 2007, p.150.

⁷⁵ SICA, Leonardo, op. cit., 2007.

como meio de tornar a justiça mais rápida; a Justiça Restaurativa não é uma alternativa, nem substituto, nem via paralela da justiça tradicional, mas funciona como uma espécie de “anticorpo” do próprio sistema, que cura sua disfunção, impedindo a reprodução dos conflitos; quando se insere a Justiça Restaurativa em Juizado Especial Criminal, corre-se o risco de levar para a Justiça casos que nem sequer passariam pelo controle penal formal; não se deve adotar critério restrito de casos que a Justiça Restaurativa possa abranger; deve-se criar serviço de apoio à vítima; ampliar a preparação das partes para o encontro restaurativo e prever a realização de uma nova tentativa em caso de descumprimento do acordo.⁷⁶

3.3 Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei

Neste item, recordar-se-á um pouco do que foi dito no segundo capítulo desta dissertação, acerca do tratamento dado pelo Estado ao adolescente em conflito com a lei no Brasil, para se chegar à discussão das vantagens da aplicação da Justiça Restaurativa através da Mediação para a mencionada população. Com relação à antiga doutrina da situação irregular, as intervenções de natureza caritativa, assistencialista e curativa aplicadas na vigência do Código de Menores serviram apenas para reforçar a exclusão social do adolescente a quem se atribuía prática de ato infracional. Nos dias de hoje, quando se somam cada vez mais novos problemas àqueles que antes colocavam o adolescente em posição de conflito com a lei, a Doutrina da Proteção Integral construiu no Brasil uma legislação garantista, limitando o poder estatal na aplicação de medidas privativas de liberdade aos adolescentes. Entretanto, embora o sistema socioeducativo da doutrina atual deva seguir a lógica de só aplicar tal medida excepcionalmente, respeitando ainda os princípios da brevidade e da condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente a quem ela é dirigida, o processo que dá origem à aplicação da medida permanece do tipo acusatório, ao que se somam os problemas encontrados no estabelecimento educacional, para onde se dirigem os sentenciados à privação de liberdade.

Em sua Obra “Justiça Restaurativa e Ato Infracional”, Armando Konzen afirma que a privação de liberdade provoca o afastamento do adolescente do convívio social, acabando muitas vezes por contradizer inteiramente seu objetivo socioeducativo:

Tal qual a prisão, o estabelecimento educacional destinado à privação de liberdade do adolescente é produto da mesma cultura técnico-disciplinar que se fundamenta na

⁷⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, op. cit., 2008.

idéia de transformar os indivíduos [...]. Não se deveria, no lugar de somente tentar melhorar o que bravamente resiste a quaisquer melhoras, investir mais consistentemente em dimensões com a capacidade de evitar a institucionalização? ⁷⁷

Para Konzen, dever-se-ia pensar na privação de liberdade apenas como uma moratória, apostando-se em outra lógica para resolver o conflito, que não fosse necessariamente oferecida pelo sistema acusatório da tradição retributiva, mas que admitisse a participação dos direta e indiretamente interessados em suas conseqüências. A proposta de Konzen não se identifica com alternativas abolicionistas, nem com mecanismos de desjudicialização ou minimalização da responsabilidade e do papel do poder público com a atividade repressiva, devolvendo inteiramente a solução dos conflitos aos diretamente interessados, mas consiste em envolver as partes do conflito no processo resolutório e em suas implicações para o futuro. Nesta linha, Konzen propõe a análise do proceder pela Justiça Restaurativa em face do proceder pelo sistema acusatório da tradição retributiva no âmbito do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional. ⁷⁸

Ao contrário dos movimentos abolicionistas, que pretendem recuperar a solução do conflito para as mãos da vítima e do ofensor sem a intervenção de terceiro, no caso o Estado-Juiz, o movimento restaurativo dialoga com a justiça penal estatal e sugere a existência de princípios reguladores, controle e supervisão pública dos acordos. A Justiça Restaurativa realiza um salto necessário à atual complexidade social e cultural, que vai além dos debates das escolas de criminologia e dos esquemas atrelados à defesa social, direito penal mínimo ou abolicionista. Ela não se confunde com uma abordagem permissiva daquele que comete o delito, nem com uma abordagem punitiva do mesmo, mas consiste no seu envolvimento consciente e ativo, assim como no envolvimento da vítima na busca de possíveis soluções para o conflito:

Na dialética do sistema acusatório da tradição retributiva, os sujeitos do desencontro produtor da violência, os sujeitos do conflito, não se falam. Tampouco encontram um ao outro. Exceto na casualidade constrangedora das antessalas. Não se falam senão na não fala da observação silenciosa daquele que é ouvido falar já reduzido a um conteúdo, reduzido pela vestimenta simbólica de um lugar, do lugar-ofensor, do lugar-vítima, do lugar-testemunha. Lugares organizados estrategicamente para evitar o encontro e a fala. Porque a fala entre os protagonistas do desencontro de justificação do proceder é instituição temida pelo sistema e, por isso, é tema a ser evitado. Inclusive, se necessário, com a retirada estratégica dos não-depoentes de cena, exatamente pelos temores do resultado do encontro, proposta de retirada justificada pela fórmula do evitar (novos) constrangimentos. ⁷⁹

⁷⁷ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.67.

⁷⁸ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007.

⁷⁹ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.136.

O novo paradigma da Justiça Restaurativa propõe que ofensor e vítima, bem como outros possíveis lesados pelo ato cometido, sejam convidados a participarem diretamente do processo através do diálogo assistido:

No primeiro grupo, o das partes interessadas principais, estariam o ofendido e o ofensor e os seus respectivos familiares, cada uma dessas pessoas com necessidades específicas e com papel ativo no processo restaurativo. No papel de partes interessadas secundárias estariam todos aqueles com algum tipo de responsabilidade em face dos lugares sociais das pessoas diretamente afetadas, a chamada comunidade de assistência, dentre as quais os próprios representantes do Estado. As partes interessadas principais teriam a necessidade de expressar seus sentimentos e ter voz ativa no processo de reparação do dano. [...] As partes secundárias teriam o papel de apoiar e facilitar os processos de integração da vítima e do transgressor, fortalecendo a comunidade, aumentando a coesão e ampliando a capacidade dos cidadãos de solucionar os seus próprios problemas. As necessidades a serem restauradas consistiriam, assim, na reparação propriamente dita, no assumir de responsabilidades e na reconciliação.⁸⁰

A transformação do paradigma da retributividade para o paradigma da restauratividade corresponde à substituição de uma cultura de culpa, voltada para o passado, por uma cultura de aprendizado, voltada para o futuro, abrindo-se a possibilidade de inaugurar uma responsabilidade ativa dos envolvidos, que no sistema retributivo é inteiramente transferida para o Estado:

A Justiça Restaurativa, nessa instância, propõe um outro olhar sobre as formas de proceder em face da responsabilização do agente em situação penal, antes sobre a razão de ser da pena, ou da medida, também, e principalmente sobre os modos relacionais de alcançá-la. A proposta do sistema acusatório é relacional, ainda que em forma de arranjo linear, hierarquizado e de partes em oposição, uma dialética de estremecimento, de pretensões em conflito. [...] O problema reside na falta de alternativas do Estado-Juiz, na presença de tão-só uma única opção válida, apenar ou deixar de apenar, aplicar ou deixar de aplicar a medida. Instalam-se, então e assim, espaços para o exercício de uma boa-nova, em que as possibilidades oferecidas pela Justiça Restaurativa não se encaminham para a abolição e tampouco propriamente para a busca de alternativas à punição. O que acena a restauratividade consiste em um outro modo de proceder em face da conduta ilícita, com o envolvimento dos diretamente interessados, antes, durante ou depois do exercício da jurisdição, com a instauração da possibilidade e da legitimidade para outros acertos.⁸¹

Konzen se refere à aplicação da Justiça Restaurativa aos atos infracionais cometidos por adolescentes, no que diz respeito ao seu aspecto preventivo. Segundo Konzen, no sistema retributivo, geralmente ocorre de as infrações mais leves serem ignoradas, enquanto as mais graves e reincidentes serem respondidas com severas punições, gerando naquele que cometeu o ato infracional grave a idéia de que foi arbitrariamente julgado naquela vez, quando por tantas vezes havia infringido a lei sem ser punido. Para Konzen, a Justiça Restaurativa apresenta um aspecto educativo, uma vez que proporciona a reflexão daquele que comete

⁸⁰ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.80.

⁸¹ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.94-95.

infrações consideradas leves, mas que são, na maior parte das vezes, a porta de entrada para uma sucessão de atos infracionais posteriores.

Alexandre Morais da Rosa comenta que o “ideal pedagógico” (presente também na medida socioeducativa) se contradiz perante a defesa do garantismo, uma vez que “enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica – reforma subjetiva do sujeito adolescente – das medidas sócio-educativas, nada muda”.⁸² Para este autor, o que se espera numa sociedade democrática, é que se respeite a autonomia do adolescente, somente lhe impondo restrições pessoais se atendido o devido processo legal. Ao se acolher os efeitos ressocializadores das medidas socioeducativas, destrói-se qualquer pretensão garantista:

Indica-se, democraticamente, que a intervenção na área do ato infracional precisa dialogar com outros saberes: Psicanálise, Criminologia, Economia, dentre outras. Deve-se entender que o sistema de controle exercido pela justiça infracional é poderoso mecanismo ideológico de seleção e etiquetamento, tão bem denunciado pela Criminologia Crítica.⁸³

Konzen apresenta e discute sua proposta de Justiça Restaurativa tomando como fundamento o pensamento ético de Emmanuel Levinas, filósofo francês de origem judaica, marcado pelos sofrimentos da Segunda Guerra Mundial, onde, alistado pelo serviço militar, foi por cinco anos prisioneiro no campo de concentração. Konzen desenvolveu o tema da Mediação Penal justificando o proceder pela Justiça Restaurativa no diálogo com o pensamento filosófico de Emmanuel Levinas, como forma de revisão crítica dos modos de resolução dos conflitos de natureza infracional. A obra de Levinas abre espaço ao tema da relação com o outro e da linguagem como modo de responsabilidade no encontro entre sujeitos separados. O outro, para Levinas, é aquele totalmente diferente, e o seu reconhecimento consiste justamente em vê-lo desta forma, solicitando uma responsabilidade por parte daquele que lhe encontra. O ato infracional e seu autor, no proceder do sistema acusatório, são inseridos em um positivismo classificatório que os categoriza. Durante o procedimento, o acusado não é um interlocutor na reciprocidade. Ele fala somente para confirmar ou desconfirmar o fato e as acusações. Tendo formado seu convencimento, o juiz dirá a procedência da ação e a medida, cabendo a ele realizar o ajuste proporcional entre a gravidade do fato e a conseqüência. A dor do ofendido e a culpa do ofensor, bem como as conseqüências e a responsabilidade de levar a vida adiante, cedem lugar ao exame do tipo penal e à resolução pela medida a ser adotada por parte do Estado. Também não importam as

⁸² ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.14.

⁸³ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2007, p.255.

relações entre os sujeitos do conflito, uma vez que, no âmbito da justiça, não cabe envolver-se na busca de uma solução nem a possibilidade de contribuir para a pacificação do conflito:

Pode-se ser assim no proceder do sistema penal dos adultos, diferente não o é no proceder pelo sistema dos adolescentes. Será ele, o adolescente processado, o sujeito passivo do proceder, uma forma de totalidade procedimental em que pouco importam as relações entre os indivíduos atores do conflito-causa do proceder. Far-se-á ele presente por representação. Trata-se de uma exigência formal havida pelo sistema em garantia de sua liberdade, bem indisponível por vontade do poder estatal.⁸⁴

Konzen levanta a possibilidade de se indagar se a prática da Justiça Restaurativa teria legitimidade no contexto do respeito à condição humana da pessoa do adolescente, uma pessoa em desenvolvimento diferencialmente tutelada, e ao mesmo tempo conservar-se para aquele as garantias encontradas no sistema acusatório. E conclui que não existem, na perspectiva da adoção de práticas restaurativas na solução de conflitos de natureza penal ou infracional, impossibilidades de convivência harmônica do modelo restaurativo com o modelo garantista, uma vez que a prática da Justiça Restaurativa requer a vontade expressa e livre de todos os direta e indiretamente interessados no conflito, sobretudo do prejudicado pela conduta e do autor da conduta, que deve ter admitido sua autoria e o desejo de responder por ela. Considerando que o Estado é indispensável como fonte de justiça e contenção da violência, Konzen não sugere um modelo abolicionista, ou exclusão da justiça formal e do Estado Democrático, mas que se institua ou se justifique, nas relações entre Estados ou de seus representantes com os cidadãos, ou entre sujeitos, a importância da palavra, da mediação, como modalidade ética de resolver o conflito e a violência:

[...] o proceder pela Justiça Restaurativa nutre-se, como característica fundamental de distinção em relação ao proceder pela tradição retributiva, do desejo da instalação do ambiente em que os sujeitos em conflito são merecedores de um direito, o do exercício da palavra. Não a palavra na estrutura legal do interrogatório, nem na ordem do responde-o-que-perguntado dos depoimentos, formas de submissão típicas das relações de poder. Mas uma palavra posta na circularidade horizontal dos falantes diretamente interessados, locus em que a fala é sem intermediários, é face-a-face, olhos nos olhos. Digo da minha dor de ofendido e ouço. Digo das minhas razões de ofensor e ouço. No encontro e na circulação do falar e do ouvir, a circulação de novos sentidos.⁸⁵

O procedimento oferecido pela Justiça Restaurativa não se apresenta para extinguir a tradição retributiva nem negar seu valor para determinadas circunstâncias, mas apenas para abrir uma fresta na rigidez do sistema, com a admissão de outros procederes para responder ao desencontro ético que produz a violência. O encontro que ela irá produzir não será causal, mas preparado; não será forçado, mas exigirá concordância de ambas as partes. E o exercício

⁸⁴ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.122.

⁸⁵ KONZEN, Afonso Armando, op. cit., 2007, p.124-125.

da palavra será instrumento para a construção de outros sentidos, e não para reproduzir violência. A paz não será produzida pela astúcia nem pela dominação, mas pelo diálogo, que não visa a compreender, mas romper o medo e a indiferença, gerando a assunção de responsabilidades éticas.

Juan Carlos Vezzulla tratou da prática da mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais, apresentando, em sua dissertação sobre a mediação de conflitos com adolescentes, um estudo acerca da condição especial do adolescente como pessoa em desenvolvimento, sob os aspectos psicossociais, familiares e econômicos, que devem ser examinados quando da aplicação das medidas socioeducativas e tornam a prática da mediação instrumento utilíssimo para a prevenção e transformação da conduta infracional durante o período da adolescência. Com vistas a realizar a passagem da dependência infantil para a autonomia do adulto, os adolescentes passam por uma fase de experiências na qual muitas vezes assumem condutas agressivas, às vezes violentas, pelo que Vezzulla defende que uma sistematização do procedimento da mediação de conflitos poderia produzir os efeitos socioeducativos desejados pelos princípios vigentes na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, apresenta um modelo de procedimento de Mediação para ser implementado nas Varas da Infância e da Juventude no Brasil, com a finalidade de acolher o adolescente e suas necessidades próprias de sujeito em desenvolvimento, permitindo-lhe elaborar e transformar positivamente sua conduta. Para Vezzulla, o Estado, introduzindo a prática da Mediação em casos de atos infracionais, poderá auxiliar o adolescente a constituir-se como sujeito de suas ações, tomando consciência de sua situação, bem como da repercussão do ato que praticou, a partir do diálogo com o ofendido, podendo vir a transformar o ato infracional em experiência vital que contribua à sua emancipação e transformação de sua conduta no porvir.⁸⁶

Vezzulla faz uma abordagem multidisciplinar do processo vivido pelo ser humano na adolescência, fase da vida que a Constituição brasileira de 1988 reconhece como “condição de pessoa em desenvolvimento”, e, considerando ainda que cada adolescente possui identidade própria e específicas situações pessoais, familiares e sociais, faz uma inter-relação entre os aspectos psíquicos e socioeconômicos que propiciam sua entrada e permanência na marginalidade. Colocando seu foco na situação particular da adolescência como momento do desenvolvimento do ser humano eminentemente associado ao social e não tanto ao biológico,

⁸⁶ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais**. Disponível em: <www.tede.ufsc.br/teses/PGSS0016.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2008.

considera absolutamente necessário, para a passagem da dependência infantil à emancipação psicológica, funcional, social e econômica, o acompanhamento da família e da comunidade.⁸⁷

O mais importante a ser ressaltado no adolescente refere-se aos seus aspectos psíquicos intrapessoais e à sua inserção na sociedade, tanto na forma pela qual se relaciona com os outros, quanto em relação à sua auto-identidade e aos espaços, que a sociedade lhe facilita para que possa realizar a passagem da dependência infantil à autonomia. Vezzulla coloca como centro da questão social do adolescente a quem é atribuída prática de ato infracional, a forma como ele é acolhido por si mesmo, pela família, pela comunidade e pela sociedade em geral, que na maioria das vezes não respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento, estigmatizando-o definitivamente como infrator, título que ele provavelmente irá assumir como sua própria identidade, através da reincidência. Vale recordar o que foi visto no início deste estudo: a adolescência só foi diferenciada da juventude a partir do século XIX e somente hoje é que começa a ser reconhecida por antropólogos, médicos, psicólogos, sociólogos e juristas como um período fundamental para seu futuro como adulto, de modo que os legisladores que redigiram e aprovaram no Brasil a Constituição ressalvaram o respeito a esta faixa etária na aplicação das medidas socioeducativas, especialmente a de privação da liberdade.

Uma das questões abordadas por Vezzulla, a respeito da condição especial do adolescente, diz respeito à vida familiar. Sabe-se do decisivo papel que a família tem na formação da personalidade do indivíduo, a ponto de ter influência decisiva em seu comportamento e relacionamentos, sobretudo na forma que se posicionará como membro da sociedade ou à margem dela. Em geral, a criança – quando é pequena e obedece às regras dos progenitores – é atendida e protegida. Quando adolescente, incomoda, agindo, às vezes, como criança e outras como adulto, provocando perplexidade nos outros membros da família, que o julgam infantil ou amadurecido segundo as circunstâncias, como se as únicas duas opções fossem: ser criança ou ser adulto. Para Vezzulla, a crise da adolescência não é somente vivida pelo adolescente, mas às vezes pela família toda, que pode impedi-lo de fortalecer sua identidade, prejudicando o desenvolvimento saudável do adulto no qual ele deverá se transformar:

A rejeição familiar e social da adolescência como período natural que deve ser atendido e apoiado produz uma reação que potencia a insatisfação do adolescente e aumenta o grau expressivo do reclamo para requerer a atenção necessária. Esta

⁸⁷ Ibid., 2008.

expressão, às vezes agressiva e até violenta, produz a conduta transgressora toda vez que não recebe o apoio para atender a sua angústia e a maneira adequada de canalizar sua energia vital e seus desejos inconscientes. A lei é tomada como o desafio, ele procura encontrar sua própria lei, pensa que passar da dependência à independência exige uma total ruptura das normas. Se ele fosse atendido, e fosse escutado pela família e pela comunidade, esse processo poderia ser simbolizado, sublimado e até aproveitado para que ele mesmo pudesse utilizar criativamente e positivamente esta energia vital. A lei é desrespeitada porque ele é desrespeitado.⁸⁸

Um grave problema para a vida do adolescente é a falta de diálogo, pois é através da palavra que o indivíduo constrói seu relacionamento com as normas e com os outros. Já o silêncio favorece a criação de um mundo imaginário, onde o indivíduo se relaciona com objetos, criando um plano ilusório. Quando ocorre o diálogo, a escuta recíproca vai permitindo que se aceite a diversidade de idade, de cultura e acontece o seu reconhecimento como sujeito. Quando isto não é permitido, o adolescente vai procurar se apegar a símbolos e a possuir objetos que lhe angarie o reconhecimento dos outros. Assim, numa sociedade capitalista de consumo e eivada de preconceitos sociais, que através da publicidade se encarrega de mostrar que usando tal ou qual grife ele estará integrado, será aceito, o adolescente confundirá o ser com o ter e poderá lançar mão de qualquer recurso para obter os objetos desejados. O mesmo acontece com o comércio das drogas, que facilmente atinge o adolescente, satisfazendo temporariamente suas ilusões ou se tornando uma forma de expressar sua raiva, auto-exclusão social e revolta.

No caso das famílias desfavorecidas social e economicamente, os responsáveis podem estar trabalhando o dia todo, para poder contar com o mínimo indispensável, ou ainda pode ocorrer de estarem na marginalidade, e muitas vezes as crianças ficam sozinhas em casa ou na rua por longo tempo sem atenção dos adultos, às vezes mendigando, outras vezes lavando carros ou até realizando pequenos furtos. Em muitos casos, os adolescentes são tomados por familiares como fonte de receitas financeiras ou até como pai/mãe substituto de seus irmãos menores, dando a eles uma responsabilidade que não lhes corresponde à idade, nem deveria exercê-la por não ter alcançado a maturidade psicofísica para isto. Deve-se ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, no Art. 23, que nem a falta ou a carência de recursos materiais constituem motivo para a suspensão do pátrio poder e acrescenta, no seu parágrafo único, que essa família deve obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio. As famílias que não podem cumprir sua função devem receber a atenção necessária do Estado para poder exercer suas obrigações e seus direitos.

⁸⁸ Ibid., 2008.

Vezzulla define a adolescência como um momento em que o indivíduo faz experiências de emancipação, ultrapassando os limites no atendimento de seus desejos ou necessidades, o que é importante para reconhecê-los e chegar a aprender a lidar com eles, adquirindo responsabilidade sobre seus atos para poder realmente exercer a independência:

Quando afirmamos que a transgressão nos adolescentes é uma aprendizagem de como atender a suas necessidades, não estamos nos referindo exclusivamente aos aspectos econômicos, pois isso seria circunscrever as manifestações de violência dos adolescentes aos grupos sociais mais pobres e negar a sua existência nas classes mais ricas. As necessidades de reconhecimento envolvem, além dos recursos para atender à alimentação, à educação e ao lazer, o intercâmbio de carinho e de respeito, a aprendizagem de como se conduzir na vida. Se um adolescente de classe alta ou média-alta recebe dos pais muito dinheiro ou dispõe de carro ou moto, em todo caso está sendo igualmente desrespeitado por ter à sua disposição bens e objetos que exigem maior maturidade para seu uso. [...] Também devemos considerar que, se o adolescente dispõe de maior quantidade de dinheiro do que poderia ganhar no início de uma carreira profissional, se tornará mais dependente dos pais e de seu poder econômico, criando uma falsa identidade e exigindo dele uma conduta que não está em condições de exercer. Quando nas famílias se usa o dinheiro como meio de interação, se subestimam as trocas de carinho, de tempo e de atividades. Assim como a exigência de trabalhar, de trazer o dinheiro nas famílias carentes e de exercer funções inadequadas para sua idade é uma forma de desatender a suas necessidades e desrespeitar seu momento evolutivo, pôr à sua disposição bens e dinheiro que o adolescente não está em condições de administrar também desrespeita sua condição e reforça sua dependência dos desejos materno e paterno. [...] Não há diferença de identidade, não há diferenças de necessidades, nem de responsabilidades. Em ambos os casos, os adolescentes vêem negada sua passagem à independência por serem assegurados e mantidos como apêndices do poder familiar. [...] Se a comunidade não abre esse espaço ao adolescente e o reconhece como integrante ativo com funções, responsabilidades e direitos, facilitando a convivência, o único espaço que ficará para ele será o da exclusão geradora de violência.⁸⁹

Com relação ao papel do Estado na prevenção dos atos infracionais cometidos por adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, dá absoluta prioridade à efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à liberdade e à convivência familiar e comunitária como dever da família, da sociedade em geral e do Poder Público. Ainda assim, são poucos os programas de investimentos em infraestrutura educacional e recreativa para a capacitação e a profissionalização dos adolescentes, o que lhes facilitaria uma vida satisfatória com a realização de suas capacidades e os fortaleceria o suficiente para estarem em condições de não serem explorados. Entretanto, na maior parte das vezes, a resposta dada a esta problemática envolve a penalização, a reclusão e a exclusão social. Também a escola, por sua função capacitadora e socializante, tem o dever de apoiar o adolescente para que este desenvolva suas potencialidades físicas, intelectuais e artísticas, o que seria de grande ajuda no seu processo de desenvolvimento, mas muitas vezes apresenta

⁸⁹ Ibid., 2008.

uma filosofia de recusa a dar espaço para que o adolescente expresse suas opiniões, recusando-se a mudar sua postura impositiva.

Sem espaço familiar nem social onde crescer e passar sua crise, sem uma identidade reconhecida, o adolescente usa sua agressividade para o que existe nos seres vivos, para defender-se, para obter um espaço na comunidade que lhe é permanentemente negado. Em síntese, para ser considerado sujeito e não ser mais objeto da família, da escola e da sociedade.⁹⁰

Winnicott, psicanalista e autor da obra “privação e delinqüência”, faz importantes colocações sobre o papel da vida familiar no desenvolvimento da tendência anti-social que desemboca na prática repetida de atos infracionais:

A tendência antissocial *não é um diagnóstico*. Não se compara diretamente com outros diagnósticos, como neurose e psicose. A tendência antissocial pode ser encontrada num indivíduo normal ou num indivíduo neurótico ou psicótico. Por uma questão de simplicidade, irei referir-me apenas a crianças, mas a tendência antissocial pode ser encontrada em todas as idades. Os vários termos em uso podem ser reunidos da seguinte maneira: uma criança *sofre de privação* quando passam a lhe faltar certas características essenciais da vida familiar. Torna-se manifesto certo grau do que poderia ser chamado de ‘complexo de privação’. O *comportamento antissocial* será manifesto no lar ou numa esfera mais ampla. Em virtude da *tendência antissocial*, a criança *poderá finalmente ter que ser considerada desajustada e receber tratamento num alojamento para crianças desajustadas*, ou pode ser levada aos tribunais como criança incontrolável. Agora, *delinqüente*, a criança pode tornar-se um indivíduo em *liberdade condicional* sob mandado judicial ou ser enviada para um *reformatório*. Se um aspecto importante do lar deixa de funcionar, a criança poderá ser assumida pelo Children’s Committe (conforme o *Children Act*, 1948) e receber ‘*assistência e proteção*’. Se possível, será encontrado um lar adotivo. Caso todas essas medidas fracassem, o jovem adulto será considerado um *psicopata* e remetido pelos tribunais para um instituto correccional para jovens delinqüentes ou para uma prisão. Pode ter-se estabelecido uma tendência para repetir crimes, para o que se usa o termo *reincidência*.⁹¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro a respeito dos cuidados diferenciais que devem ser tomados e os objetivos que devem ser atingidos pela sociedade, pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Poder Judicial, quando trata de atos infracionais cometidos por adolescentes. Quando ocorre qualquer espécie de privação na vida familiar na infância, e a criança chega à prática de atos infracionais, o Estado irá impor sobre ela os ditames da lei, conforme estabelece a Constituição Federal e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Entretanto, após a descrição detalhada do itinerário de uma criança que chega à adolescência sem superar a prática de atos infracionais, o corpo legal deverá suprir tal necessidade, não a partir do castigo, mas a partir da emancipação obtida pela facilitação do desenvolvimento de suas habilidades e capacidades.

⁹⁰ Ibid., 2008.

⁹¹ WINNICOTT, Donald W. **Privação e delinqüência**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.138-139.

Com relação aos procedimentos da Vara da Infância e da Adolescência, Vezzulla aponta que o excesso de tempo transcorrido entre a realização do ato infracional e a audiência com o Juiz esvazia de sentido qualquer intervenção socioeducativa, quando, muitas vezes, neste período de espera, o adolescente reiterou e/ou já cometeu infrações maiores e/ou superou os 18 anos. O excessivo formalismo da Delegacia e do Fórum confunde o adolescente, pois ele não recebe nenhuma informação sobre o que se está realizando nem qual o processo a seguir. Na delegacia, ele não é alertado sobre a transcendência de suas declarações e como elas podem agravar sua situação. Na maioria das vezes, desrespeita-se o direito mínimo de ter assessoramento legal antes de fazer qualquer depoimento. O adolescente é capaz de confessar atos que nem cometeu ou reconhecer fatos que não favorecem sua situação processual na oitiva informal com o Promotor, e este usar esta informação para fazer sua representação ao Juiz. Por fim, refere-se aos danos, às vezes irreparáveis, quando se recorre à internação, dentre eles a rotulação definitiva do adolescente como “infrator”.⁹²

Vezzulla faz a seguinte apresentação sobre o aparecimento da Mediação de Conflitos nos Estados Unidos da América:

A grande transformação do mundo ocidental a partir da Revolução Industrial trouxe a aparição de conflitos que exigiam novas abordagens. Se até este momento a imposição das decisões governamentais e a ordem social conseguiam-se pela ação repressiva, a nova configuração social e a reivindicação dos direitos tornaram necessária a introdução da negociação para evitar enfrentamentos de conseqüências imprevisíveis. Como resultado de sua ação colonizadora, os ingleses receberam dos povos asiáticos, do povo judeu e dos mórmons o conhecimento dos sistemas negociais que contribuíram para que se implantasse no século XIX a figura do mediador trabalhista. A mesma influência levou o governo dos Estados Unidos da América do Norte a implementar, em 1947, a lei que criou o Federal Bureau of Mediators, corpo de mediadores capacitados para atuar nos conflitos trabalhistas. [...] A situação insustentável da guerra fria nos anos cinquenta e sessenta levou os grupos de investigação das universidades norte-americanas a aprofundar os métodos ou sistemas negociais que pudessem dar conta da tensa relação entre os Estados Unidos e a URSS. Como resultado dessa investigação, conseguiu-se, em Harvard, o desenvolvimento de procedimentos e de técnicas destinados a superar os impasses nas negociações, introduzindo os conceitos que a Psicanálise e a Linguística tinham apresentado sobre a comunicação e a construção do discurso, e sua relação entre o manifesto e o subjacente. [...] Para a negociação cooperativa, a atenção do negociador deve estar centrada nos conflitos objetivos, contornando os conflitos subjetivos e separando-os dos objetivos para permitir assim seu tratamento. [...] Hoje em dia, chama-se mediação de Harvard o estilo básico, tradicional de mediação centrado no objetivo do acordo e a eliminação dos impasses. Toda a estratégia do mediador está orientada para conseguir o acordo. Mas, à diferença conciliação, esse acordo surge de um trabalho de investigação, de reflexão, de colheita de informação e de criatividade na escolha das melhores opções de solução.⁹³

⁹² VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

⁹³ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

Segundo Vezzulla, a partir dos conceitos desenvolvidos pela Escola de Negociação de Harvard, surgiram os outros modelos de mediação, como a mediação estruturada a partir da Teoria dos Sistemas, que se baseia no trabalho do mediador sobre o relacionamento e a comunicação, a partir de conceitos sistêmicos, e a Mediação Transformativa, que privilegia o trabalho do mediador sobre os participantes e sua preparação para estarem em condições de atender e resolver os próprios conflitos:

A mediação estruturada a partir da teoria dos sistemas trabalha a inter-relação entre os participantes de maneira mais aprofundada na busca de uma modificação que produza a mudança do sistema e crie uma aptidão maior nos mediados na abordagem dos conflitos. A partir da terapia sistêmica de família e de casais, a mediação sistêmica teve seu maior desenvolvimento na área dos conflitos familiares.⁹⁴

A Mediação transformativa, surgida na segunda metade do século XX, não tem como propósito imediato a resolução do conflito, mas prover cada parte de meios para chegar a compreender o ponto de vista uma da outra, para fazê-las sentir-se capaz de manejar adequada e pacificamente sua relação, o que inclui a restauração, nos indivíduos, do sentido de seu próprio valor e capacidade para lidar com os problemas da vida.⁹⁵

Vezzulla considera a Mediação Transformativa mais adequada a ser usada em conflitos ocasionados pela prática de atos infracionais por adolescentes, por “centrar o objetivo do mediador na capacitação, na transformação e no reconhecimento dos próprios mediados antes da abordagem do conflito objetivo que os ocupa”.⁹⁶ Enquanto na Mediação praticada em Harvard o centro da questão está em considerar o conflito como uma expressão dos interesses ou das necessidades insatisfeitas, na Mediação Sistêmica o conflito está centrado no aspecto relacional e na luta pelo poder sobre o outro. Já na Mediação Transformativa, o conflito está mais ligado à identidade, ao equilíbrio que o sujeito perde ao ser desconhecido e desrespeitado, e recupera quando é aceito e respeitado. Conforme este último modelo, os mediados experimentam um processo de valorização pessoal, de autodeterminação, refletindo ainda sobre a situação do outro, experimentando a liberdade de tomar decisões diferentes dali em diante:

Pensemos na importância que tem este procedimento para os adolescentes que precisamente sofrem do desconhecimento e da desvalorização familiar, escolar e social em geral, sem falar no caso dos adolescentes autores de ato infracional, no qual o desrespeito se agrava pelo tratamento recebido na Delegacia e na própria Vara da infância e da Juventude. Além do apresentado, devemos desenvolver outros conceitos propostos pela mediação que a diferenciam dos outros procedimentos, por

⁹⁴ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

⁹⁵ ABAY, Armando Castanedo, op. cit., 2001.

⁹⁶ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008, p.72.

exemplo, na mediação não se toma em consideração a culpa, e sim a responsabilidade das pessoas envolvidas em determinado problema. É habitual que os mediados comecem seus discursos culpabilizando o outro pela situação que estão a tratar. Por meio da investigação, o mediador auxilia a que se reveja essa posição e se aprofunde no conflito de maneira a poderem todos os envolvidos reconhecer sua participação, sua responsabilidade na questão. Somente a responsabilização permite tomar dimensão da transcendência dos próprios atos e permite uma atitude positiva de reparação, de mudança.⁹⁷

Vezzulla ressalta o importante conceito de cooperação, associado à mediação de conflitos, em oposição à imposição da visão particular de cada mediado. Geralmente, as pessoas envolvidas em conflitos desejam impor sua visão da questão e a solução que consideram como única saída aceitável. O mediador trabalha para que o conflito comece a ser compreendido a partir de sua manifestação, seja uma briga, um ato de violência ou a falta de cumprimento de uma obrigação. Sua origem e motivação encontram-se na real motivação, que só irá surgir quando vierem à tona os conflitos subjetivos dos mediados e da inter-relação:

Em nossa proposta de um serviço de mediação para atender os adolescentes em conflito com a lei, começamos os trabalhos numa sessão entre o adolescente e o representante da Vara da Infância e da Juventude para que ambos os participantes reconheçam sua responsabilidade sobre a situação a ser trabalhada. Não somente o adolescente está em conflito com a lei, a lei também está em conflito com ele e tem suas motivações e interesses a serem apresentados e trabalhados por meio de seu representante. Esta mudança paradigmática em oposição a alcançar a solução pelo enfrentamento (modelo impositivo, adversarial) propõe que um e outro estejam do mesmo lado enfrentando o problema, única maneira dinâmica e satisfatória de atender ao problema cooperativamente. Informalidade, respeito, reconhecimento das identidades e motivações de cada participante, sensibilização com as necessidades de todos os envolvidos, responsabilidade na compreensão e na abordagem do conflito de forma cooperativa são aspectos fundamentais de serem alcançados antes de se poder exercer a autocomposição, a autodeterminação na escolha das soluções ou as vias de solução dos problemas trabalhados.⁹⁸

A proposta de Vezzulla recolhe as melhores contribuições das três escolas apresentadas: Harvard, sistêmica e transformativa, integrando-as numa visão psicanalítica e dinâmica na abordagem da situação especial de cada adolescente:

De Harvard, tomaremos os conceitos de investigação dos motivadores (interesses) que procuram ser satisfeitos no atendimento das necessidades em jogo e as técnicas de administração do conflito para superar os impasses; da sistêmica, incorporaremos as técnicas que facilitam a compreensão das inter-relações e que facilitam a investigação e a comunicação em geral; e, por último, da transformativa, implementaremos as técnicas para obter a revalorização e o reconhecimento que permitam atender às necessidades subjetivas e relacionais dos adolescentes. Como temos expressado, essa interação dos três modelos estará epistemologicamente orientada pela Psicanálise e sua abordagem da situação psicossocial do adolescente e pelos conceitos sociojurídicos emancipatórios de Boaventura de Sousa Santos.

⁹⁷ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

⁹⁸ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

Como citado acima, o modelo proposto por Vezzulla encontra também orientação nos conceitos sociojurídicos de emancipação e regulação, apresentados por Boaventura de Sousa Santos. Boaventura sustenta a existência, no Direito, de tensões entre emancipação e regulação, ocorridas ao longo da história, e a necessidade de uma nova equação entre subjetividade, cidadania e emancipação, a fim de que sejam combatidos os excessos de regulação da modernidade:

Uma tal concepção da emancipação implica a criação de um novo senso comum político. A conversão da diferenciação do político no modo privilegiado de estruturação e diferenciação da prática social tem como corolário a descentração relativa do Estado e do princípio do Estado. A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos. Com isto, revaloriza-se o princípio da comunidade e, com ele, a idéia da igualdade sem mesmidade, a idéia da autonomia e a idéia da solidariedade.⁹⁹

Vezzulla chama a atenção para o risco de as medidas socioeducativas servirem somente como castigo, especialmente nos casos de privação de liberdade. Se sobre eles se instaura apenas a retribuição da ofensa praticada, não se pode dizer que eles receberam a proteção integral estipulada pelo Ordenamento Jurídico, uma vez que houve desatenção de sua identidade e de suas necessidades mais profundas e mais amplas. A emancipação poderia ser propiciada a partir do momento em que o adolescente não mais é visto apenas como aquele que infringiu as normas, um infrator, mas como um indivíduo necessitado de transformar o ato infracional em experiência vital que contribua à sua emancipação:

Consideramos que a procura do efeito emancipador permitiria ao adolescente em conflito com a lei poder transformar a expressão de violência do ato infracional na compreensão do pedido de auxílio envolvido nela, ao verbalizar, num diálogo respeitoso e cooperativo, suas necessidades e pressões e, assim, remanejar seus relacionamentos estruturais. Neste trabalho, o adolescente poderia tomar consciência de si, de sua identidade, de sua inserção social e de seus direitos, aceitando a sua contrapartida: as obrigações para com os outros.¹⁰⁰

Em artigo sobre Mediação e proteção integral do adolescente em conflito com a lei no Brasil, Alexandre Morais da Rosa, Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville, Santa Catarina, refere-se à dificuldade em se empreender um diálogo entre direito e psicanálise, bem como a necessidade de uma ética de respeito à singularidade de cada adolescente, cujas atitudes dependem, em grande parte, da maneira como suas relações foram estruturadas até ali. A dificuldade de diálogo entre Direito e Psicanálise gira

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006, p.277-278.

¹⁰⁰ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

em torno do fato de, para o Direito, o consciente ser capaz de dominar as ações do sujeito, enquanto que, para a psicanálise, o sujeito se encontrar submetido ao inconsciente. Sob a ótica da criminologia crítica, nem sempre a agressividade na adolescência significa delinquência, mas pode constituir uma tentativa desastrada de se constituir como sujeito, em meio às condições sociais da complexa sociedade atual. A resposta estatal brasileira diante da prática do ato infracional é a medida socioeducativa, pela qual se busca, na grande maioria dos casos, acionar o sistema de controle social tendo em vista “normalizar” o adolescente, desconsiderando-o como sujeito e tornando-o objeto da atuação do Judiciário. Nesta cruzada pela “salvação moral do adolescente”, a justiça acaba assumindo uma postura materna, em vez de estabelecer os limites próprios da paternidade, considerando-o como sujeito de seu próprio futuro e levando-o a assumir responsabilidade pelo ato praticado. Alexandre Morais da Rosa ressalta a existência de uma necessidade de conter a escalada de atos infracionais, em uma estrutura que cria a exclusão e depois propõe uma nova forma de exclusão através do tratamento concedido ao adolescente que comete ato infracional. E chama atenção para as perspectivas de utilização da prática da mediação para adolescentes em conflito com a lei, abrindo-se a possibilidade de diálogo daquele com seus familiares, com seu grupo e com a vítima, podendo discutir o ocorrido, perceber as conseqüências de sua conduta e assumir a responsabilidade por ela. Sob a ótica da criminologia crítica e da vitimologia, descobre-se também o papel da vítima, que não pode continuar sendo tratada como “não sujeito” no processo, mas deve ser oferecido a ela um espaço de expressão. Espera-se, através da mediação, que o adolescente entenda a transcendência de seu ato, ressignifique sua conduta, preocupe-se com o dano causado, peça desculpas e tente, de alguma forma, reparar seu ato danoso.¹⁰¹

Lília Sales resume assim os efeitos emancipadores da prática da Mediação aplicada em conflitos ofensor-vítima, envolvendo adolescentes:

A mediação entre os adolescentes infratores e as vítimas permite que os adolescentes percebam o sofrimento que causaram, reconhecendo o poder e o alcance de seus atos, e possibilita às vítimas escutarem as motivações da atitude do infrator. Muitas vezes, por meio do diálogo, ambos se percebem envolvidos por uma sociedade desigual, em que o indicador de nobreza é o patrimônio acumulado e as pessoas se conhecem mais como posses do que como seres humanos. A partir disso, verificam que existem causas sociais que influenciaram ou definiram os atos ilícitos cometidos

¹⁰¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Mediación y protección integral del adolescente em conflicto com la ley.** Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

por adolescentes e isso permite o questionamento do sentido da vida de um adolescente infrator.¹⁰²

Em Joinville (SC), o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB) realiza mediação com adolescentes autores de ato infracional. Os adolescentes são encaminhados ao serviço de mediação pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, ou pelo representante do Ministério Público, que solicitará a sua remissão, e o Juiz homologará ou não a remissão, conforme o resultado da mediação. Antes da mediação propriamente dita, faz-se uma pré-mediação com o adolescente e seus pais ou responsáveis, para que compreendam o objetivo da Vara da Infância e da Juventude, de auxiliar o adolescente a elaborar o ocorrido e rever sua situação. A mediação só poderá ser realizada com a adesão dos participantes, que se dará por escrito, como resultado da pré-mediação. A pré-mediação se dá entre o representante da Vara e o adolescente, podendo estar presente seu advogado. Quanto à primeira sessão de mediação, será conduzida pelo mediador, e se dará entre o adolescente e um representante da Vara que estiver em melhores condições de cumprir esta função. Na oportunidade, o representante da Vara pode dar a conhecer ao adolescente sua situação e as conseqüências do ato produzido. O mediador dará espaço para a escuta mútua dos mediados, oferecendo espaço para que o adolescente possa compreender sua realidade, suas necessidades, aprofundar-se em seus relacionamentos e na repercussão do ato infracional. Como resultado, pode-se programar uma sessão com a família do adolescente ou com quem ele deseje dialogar. A sessão com a família pode resultar em um acordo escrito que passará a fazer parte do processo. Poderá ainda estar programada uma sessão de mediação entre o adolescente e a vítima, se esta aceitou o encontro em uma sessão de pré-mediação, na qual o representante da Vara explicará o procedimento e o objetivo da mediação, de auxiliá-la a elaborar a agressão sofrida e a possibilidade de reparação. Caso ocorra a sessão entre o adolescente e a vítima, se além de serem atingidos os objetivos educacionais e relacionais, chegarem os dois a um acordo de reparação, cumprir-se-á o disposto no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰³. Se necessário, poderá ser também realizada uma sessão de mediação com profissionais ou colegas de escola, bem como com algum grupo pelo qual ele precise ser ouvido e recompor o relacionamento, sempre após um encontro de pré-mediação para adesão voluntária dos participantes.¹⁰⁴

¹⁰² SALES, Lília Maia de Moraes, op. cit., 2007, p.127.

¹⁰³ “Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8069/90), op. cit., 2002, art. 116.

¹⁰⁴ VEZZULLA, Juan Carlos, op. cit., 2008.

Ao se referir à hipótese de aplicação da Justiça restaurativa na fase de execução de Medida Socioeducativa de privação de liberdade ou de semiliberdade, abrindo-se a possibilidade de abreviar o período de duração da mesma, o já mencionado relatório do ILANUD apontou dificuldades como a de localização ou mesmo o desinteresse da vítima, e o fato de que o processo já foi concluído pela aplicação da sentença. Neste caso, a estratégia para localizar e obter a aceitação da vítima em participar da prática restaurativa seria aplicá-la no caso de reincidência, quando há um processo em curso, sendo os adolescentes reincidentes acompanhados pela Vara de Execução. Entretanto, segundo os resultados do relatório do ILANUD, este não seria o momento ideal para aplicar um programa como a Justiça Restaurativa, que visa à despenalização, pois há sempre o risco de, além da sentença, o adolescente assumir outras obrigações decorrentes do acordo restaurativo, o que configuraria uma dupla sanção. Assim, mesmo não se impedindo a utilização de práticas restaurativas para ajudar o acompanhamento de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, deve ficar claro que não ocorrerá a despenalização.¹⁰⁵

Em 2004, foi implantado em Joinville um Projeto de Mediação Escolar, com o objetivo de evitar a estigmatização e dar um caminho diferenciado aos atos de violência que acontecem no ambiente escolar. A direção do projeto é do juiz Alexandre Morais da Rosa e do professor Juan Carlos Vezzulla.

O projeto idealizado visa diminuir a violência escolar, levando os instrumentos de resolução de conflitos para os colégios da cidade de Joinville e conta com participantes da Secretaria Estadual e Municipal da Educação. A pretensão é que a cidadania dos envolvidos em questões escolares possa ser destacada e que, na redefinição do conflito, se possa buscar com os envolvidos caminhos emancipatórios.¹⁰⁶

Com relação à Justiça Restaurativa aplicada a escolas, segundo o Relatório do ILANUD, como garantia de respeito aos direitos humanos, todos os casos vão para a apreciação do promotor e do juiz da infância e da adolescência, e ficam registrados no Juizado. Nestes casos, a decisão final fica a cargo do Juiz, podendo o mesmo chegar a aplicar alguma medida socioeducativa. Assim, a legalidade é garantida, mas, por outro lado, a justiça penal é ampliada sobre esta população, pois a maioria dos casos normalmente não chegaria à Justiça formal, além do que poderá vir a correr em paralelo Justiça Tradicional e Justiça

¹⁰⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, op. cit., 2008.

¹⁰⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direito** 2. Arquivo de notícias, artigos, doutrinas, jurisprudência, etc. Mediação chega à Escola para reduzir violência estudantil. Nota publicada em: 26/08/2004. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjsc/2004/ago/26/>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

Restaurativa, fragilizando este novo modelo. Para que isto não ocorra, deve caber ao Judiciário somente homologar o acordo restaurativo feito pelas partes, legalizando-o.¹⁰⁷

O III Congresso Mundial de Mediação, realizado em Valparaíso (Chile), de 22 a 27 de outubro de 2007, tendo como tema *Una Via Hacia la Cultura de la Paz*, do qual resultou a Declaração de Valparaíso, trouxe, dentre suas conclusões, o seguinte:

1. Para aplicar a mediação em matéria penal, é necessário partir de um conceito sociológico do delito que inclua não só as figuras previstas na lei penal, senão também condutas antissociais como a drogadição, o alcoolismo e a prostituição, entre outras. Também as situações que signifiquem um rasgo social, como mendicidade e de grupos migrantes, atendendo os conflitos - normalmente familiares - que as originam. [...]. 4. Para cumprir os compromissos internacionais, particularmente aqueles decorrentes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, deve-se contemplar a mediação em todas as leis que regem o processo contra adolescentes em conflito com a lei, ampliando as hipóteses em que seja adequado o perdão do ofendido. Neste método é aplicado - quando for o caso - uma audiência perante o tribunal especializado, a fim de evitar o rótulo sempre que possível, se repare os danos materiais e morais da vítima, fazendo com que o menor se encarregue de sua responsabilidade, para reforçar o processo de amadurecimento. 5. Em relação aos jovens em conflito com a lei, o mediador deve ter presente que sua intervenção deve ser feita em tempo útil para evitar o processo judicial e, conseqüentemente, a estigmatização daquele que cometeu ato infracional. Que a mediação não se esgote no encontro entre vítima e ofensor, mas deverá ser realizado encontro, em lugar separado entre o menor e sua família quando o ato infracional seja originário de famílias disfuncionais. [...]. c) Pacificar instituições penitenciárias através de programas de capacitação, apoio e supervisão de mediadores que intervenham em conflitos mediáveis entre seus pares. d) Após a privação de liberdade, trazer os mais importantes membros da sua família, mediar a superar os seus problemas familiares rejeição, facilitando visitas conjugais e familiares para preparar sua libertação, garantindo que as negociações incluem a sua promessa de não repetir.

e) Prevenir os atos infracionais e comportamentos antissociais de crianças, a fim de identificar famílias para ajudá-los a resolver os problemas que causam a violência e a presença de armas e drogas nas escolas, crianças de rua e bandos juvenis. (Traduziu-se)¹⁰⁸

¹⁰⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, op. cit., 2008.

¹⁰⁸ 1. Para aplicar la mediación en materia penal es necesario partir de un concepto sociológico del delito que incluya no sólo las figuras previstas en las leyes penales, sino también conductas antisociales como la drogadicción, el alcoholismo y la prostitución, entre otras. También las situaciones que signifiquen un riesgo social, como la vagancia y los grupos migratorios, atendiendo los conflictos —normalmente familiares— que las originan.[...] 4. Para cumplir los compromisos internacionales, particularmente los derivados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, debe contemplarse la mediación en todas las leyes que regulen el procedimiento contra adolescentes en conflicto con la ley penal, ampliando las hipótesis en que procede el perdón del ofendido. Esto a fin de que este método se aplique —cuando proceda— antes de que conozca el tribunal especializado, para evitar el etiquetamiento siempre que sea posible, se repare el daño material y moral a la víctima, haciendo que el menor se haga cargo de su responsabilidad para reforzar el proceso de maduración. 5. En relación a los menores en conflicto con la ley penal, el mediador debe tener presente que su intervención debe ser oportuna, a fin de evitar el proceso judicial y, por lo tanto, el etiquetamiento del infractor. Que la mediación no se agota en el encuentro víctima-victimario, sino que debe realizarse por separado entre el menor y su la familia, cuando el delito se origine en disfunciones familiares.[...] c) Pacificar las instituciones penitenciarias mediante programas de capacitación, apoyo y supervisión de inter-nos-mediadores que intervengan en los conflictos mediables de sus pares. d) Previa redistribución penitenciaria

Dentre as conclusões do VII Congresso Nacional de Mediação do México, realizado do dia 19 a 24 de novembro de 2007, destacam-se aquelas voltadas para a segurança pública, prevenção do delito, readaptação social e justiça integral de adolescentes:

1. O sistema de justiça especializada em menores infratores deverá especializar seus operadores, não só os juízes e Ministério Público, mas também uma polícia especializada para fazer mediação comunitária. [...] 3. Deve-se guardar a identidade do menor para que ele não seja socialmente identificado como delinqüente, já que a imputação generalizada e permanente conduz à hostilidade para com a sociedade. 4. A mediação no contexto dos jovens que cometeram delitos deve procurar a restauração dos danos sofridos pela vítima, incluindo a reparação moral, mas eles devem ter as mesmas garantias que são exigidas para o encontro vítima-infrator. 5. A mediação com os menores deveria conduzir à admissão de fato e dos danos produzidos, para conseguir a transformação do menor, mas também torná-lo responsável por suas ações, de modo que, naquilo que seja possível, se encarregue diretamente da reparação do dano, independentemente da obrigação de quem exerce a autoridade parental. 6. Apesar de a conduta criminosa envolve a disfunção de uma das três instituições socializadoras básicas: família, escola e comunidade, no caso dos menores é adequado aplicar a mediação não só com a vítima, mas também no seio da família quando se detecta que a infração é resultante de uma determinada disfunção familiar. 7. É necessário levar a mediação ao lugar do conflito para ampliar seu raio de aplicação e que seja oportuna, pelo que devem ser treinados como mediadores, não só a polícia e o Ministério Público especializado em menores, mas também os Juízes qualificados em faltas administrativas. 8. Para um sistema preventivo resulte eficiente, é necessário que se opere com menores em vadiagem e mendicidade, por exemplo, e também em casos de prostituição e alcoolismo entendidas como condutas anti-sociais e pré-delitivas, já que respondem, em muitos casos, a conflitos interpessoais que podem resolver-se por via da mediação. 9. É preciso criar um sistema de mediação entre pares nos centros para menores e preparar os internos para a libertação resolvendo previamente os conflitos familiares através da mediação. (Traduziu-se)¹⁰⁹

para acercar a los internos a los miembros más significativos de su familia, mediar en sus problemas familiares para superar el rechazo, facilitar las visitas conyugales y familiares, a fin de preparar la liberación del reo, procurando que la negociación incluya la promesa de este último de no reincidir. e) Prevenir el delito y las conductas antisociales de menores, al identificar a las familias disfuncionales para ayudarles a resolver los problemas que originan la violencia y la presencia de armas y drogas en las escuelas, los niños de la calle y las pandillas juveniles. CONGRESSO MUNDIAL DE MEDIAÇÃO, III. Valparaíso, Chile, de 22 a 27 out. 2007. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/mundial/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

¹⁰⁹ *1. El sistema de justicia especializada en menores infractores de la ley, debe especializar a sus operadores, no sólo a jueces y ministerios públicos, sino también a una policía especializada que haga Mediación comunitaria. [...] 3. Debe resguardarse la identidad del menor a fin de que no sea identificado socialmente como delincuente, ya que la imputación generalizada y permanente conduce a la comisión del rol delincuencia y a una grave hostilidad contra la sociedad. 4. La Mediación en el contexto de los menores infractores debe procurar la restauración del daño sufrido por la víctima, incluyendo la reparación moral, pero deben tomarse los mismos resguardos que se exigen para el encuentro víctima-ofensor. 5. La Mediación con este tipo de infractores debería conducir a la admisión del hecho y del daño producido, para lograr la enmienda del menor pero también hacerlo responsable de sus actos de tal manera que, en lo posible se haga cargo directamente de la reparación del daño, independientemente de la obligación de quienes ejercen la patria potestad. 6. Si bien el comportamiento delictivo supone la disfunción de alguna de las tres instituciones socializadoras básicas: la familia, la escuela y la comunidad, tratándose de menores es conveniente aplicar la mediación no sólo con la víctima, sino también en la familia cuando se detecte que el delito es consecuencia de una disfunción familiar específica. 7. Es necesario llevar la Mediación al lugar del conflicto para ampliar su radio de aplicación y que sea oportuna, por lo que deben capacitarse como mediadores, no sólo a la policía y a los ministerios públicos especializados en menores infractores, sino también a los jueces calificadoros de faltas administrativas. 8. Para que un sistema preventivo resulte eficiente, es necesario que opere con menores peligrosos, como en la vagancia y la mendicidad, como ejemplos, y también en los casos de prostitución o alcoholismo, entendidas como*

Sabe-se que o tema da Justiça Restaurativa aplicada através da mediação a adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional não se esgota no que foi colocado, mas se abre a novas pesquisas, sobretudo no que diz respeito às relações familiares, escolares ou de outros grupos sociais dos quais o adolescente faça parte, como também a novas pesquisas a respeito do papel da vítima no processo de mediação com adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional, especialmente porque ela também se reconhece e passa por um processo de autoconhecimento e descoberta do outro através do encontro restaurativo. Na expectativa de se poder dar continuidade a outras pesquisas nesta área, passa-se agora às considerações finais.

conductas antisociales o predelictivas, ya que responden en muchos casos a conflictos interpersonales que pueden resolverse por vía de la Mediación. 9. Debe crearse un sistema de mediación entre pares en los centros para menores y preparar a los internos para la liberación resolviendo previamente los conflictos familiares a través de la Mediación. VII Congreso Nacional de Mediación. SALTILLO, Coahuila, México, de 19 a 24 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/nacional/conclusion.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado da pesquisa que deu origem ao primeiro capítulo da presente dissertação, constatou-se que o sistema penal atualmente vigente no mundo ocidental assumiu, desde o século XVIII, um objetivo punitivo-retributivo a ser realizado pelo Estado. Tal resposta ao delito viria a substituir a vingança privada, mas afastaria a participação direta da vítima e do autor na resolução do conflito. Com base nesta assertiva, é que a presente dissertação traz uma síntese da evolução do sistema penal, com algumas de suas diversas teorias, enfatizando-se o paradigma punitivo-retributivo próprio do sistema penal ocidental, com a finalidade de confrontá-lo com a Justiça Restaurativa, que se apresenta atualmente como um novo foco sobre o crime a justiça, trazendo ao centro da resolução do conflito as pessoas diretamente envolvidas nele, e propiciando uma interação entre ofensor e vítima, da qual pode resultar um acordo restaurativo que satisfaça a ambos, podendo ser homologado pelo Juiz da Infância e da Juventude, dando resolução ao processo em que haja necessidade de privação de liberdade do adolescente em questão.

Como resultado da pesquisa que deu origem ao segundo capítulo, constatou-se o seguinte:

1. Antes do século XVI, adultos, crianças e adolescentes eram colocados nas mesmas instituições penitenciárias, porque estas categorias de pessoas não eram diferenciadas do mundo adulto, o que só veio a ocorrer com o surgimento de um novo tipo de organização familiar e da escola, que os integraria no corpo social. Entretanto, para aquelas crianças e adolescentes que não tinham referência familiar nem acesso à escola e se constituíram em outra categoria, a dos “menores”, constituída tanto pelas crianças e adolescentes abandonados, como pelos que se delinqüiam, foram os Tribunais de Menores que se encarregaram de preencher o vazio de socialização. Hoje, a resposta ao problema dos adolescentes que cometem atos infracionais tem transitado entre o retribucionismo repressivo, expresso na proposta de redução da idade para a imputabilidade penal, e no paternalismo da ideologia tutelar, que ainda persiste em algumas interpretações distorcidas à legislação referente à criança e ao adolescente, implicando em privações de liberdade que acabam sendo despidas

das garantias dispostas na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).

2. A resposta punitivo retributiva do Estado ao delito viria a preponderar no tratamento legal dispensado ao adolescente em conflito com a lei até os dias de hoje, mesmo quando se tem em vista a prevenção da infração e a ressocialização da mencionada população. Após um período de indiscriminação do tratamento concedido pelo Estado à mencionada população, que sofria punições praticamente semelhantes aos adultos, entrou em vigor no Brasil a doutrina da situação irregular, que partiu para um extremo oposto, propiciando um tratamento de natureza caritativa, assistencialista e curativa ao adolescente em conflito com a lei, reforçando a exclusão social dos mesmos. Tal tratamento deixou resquícios na justiça do adolescente até hoje, mesmo sob a vigência da Proteção Integral estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

2. A Doutrina da proteção Integral, instituída no Brasil pela Constituição Federal de 1988 reconhece a condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos especiais em relação ao Estado, à família e à sociedade, sendo que confere também ao adolescente a imposição de medidas sócio-educativas quando da prática, por parte dos mesmos, de atos infracionais, medidas que podem chegar à privação de liberdade do adolescente por tempo indeterminado, cujo limite pode atingir até três anos.

3. A Constituição Federal de 1988 propiciou ao adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional uma legislação garantista que, se por um lado limita o Estado na aplicação da medida privativa de liberdade à população em apreço, por outro lado enfatiza o sistema acusatório de tradição punitivo e retributivo, no tratamento dos mesmos. Para decidir acerca da medida sócio-educativa a ser aplicada ao adolescente, a legislação brasileira prevê a realização de processo e garantias processuais que culminarão na aplicação de uma sentença por parte do Estado. Neste sentido, quanto ao processo e à aplicação da privação de liberdade em si, o tratamento concedido ao adolescente assume hoje características semelhantes àquele concedido ao adulto.

4. O sistema penal punitivo-retributivo teve influência na elaboração da medida sócio-educativa de internação imposta ao adolescente a quem se atribui prática de ato infracional. Ainda que, nos dias atuais, a mesma seja aplicada com o objetivo de educar e ressocializar, muitas vezes realiza, na prática, apenas a função de mero castigo, não oferecendo àquele que se encontra em período de rápido desenvolvimento, a oportunidade de refletir sobre o ato cometido, nem lhe concedendo autonomia para decidir acerca de uma transformação no comportamento e construção de um novo projeto de vida.

5. Sob a ótica da psicanálise, observa-se que, em suas primeiras experiências de passagem da dependência infantil para a autonomia do adulto, o adolescente que assume condutas agressivas precisa tomar consciência de suas ações, bem como da repercussão das mesmas, sobre a origem de sua decisão em praticar o ato, o que se torna muito difícil quando se chega ao sistema sócio-educativo, sobretudo à privação de liberdade sem a oportunidade de realizar a mencionada reflexão. A vítima do ato infracional também assume uma postura de ressentimento e passividade, deixando de reconhecer possíveis contribuições que tenha oferecido para o desfecho do conflito, e de contribuir para a pacificação interior e exterior.

6. Sob a ótica das ciências sociais, sem desconsiderar o prejuízo social ocasionado pela prática de atos infracionais e sem a pretensão de justificar o cometimento de atos infracionais como atitude determinada por situações pessoais, familiares e sócio-econômicas, não se pode deixar de considerar o contexto vivencial do adolescente que praticou ato infracional, de modo que os encontros de mediação realizados com o adolescente, sua família e representantes da sociedade, como a comunidade escolar, e até do Estado, torna-se mais um modo destes atores sociais assumirem sua parcela de responsabilidade sobre a referida pessoa em desenvolvimento, conforme as disposições constitucionais relativas à proteção da criança e do adolescente.

Como resultado da pesquisa que deu origem ao terceiro capítulo, constatou-se o seguinte:

1. O movimento em favor da aplicação da Justiça Restaurativa, através da prática da mediação para adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional, não se confunde com os movimentos abolicionistas que pretendem o afastamento do Estado da resolução dos conflitos penais nem pretende afastar as garantias concedidas ao autor de atos infracionais, mas defende o Direito Penal Mínimo, bem como o envolvimento consciente e ativo do ofensor e da vítima na solução do conflito que provocou ou foi provocado pela prática de ato infracional.

2. A participação do ofensor e da vítima no encontro mediado, bem como a mediação realizada entre o ofensor e outras partes interessadas no processo, como a família e a escola, é proposta com a finalidade de dar às partes de um conflito, a oportunidade de expressar sentimentos, possíveis causas e conseqüências do ato infracional ocorrido, bem como de ser construído, por ambos, um modo de reparação do mesmo. Ao participar de encontros mediativos, as partes secundárias envolvidas no fato ou com os mediados, como a escola e a

família, teriam a função de apoiar e facilitar os processos de integração vítima-ofensor, fortalecendo a coesão da comunidade social.

3. Com relação à vítima de ato infracional cometido por adolescente, observou-se que a mesma deve participar voluntariamente das sessões de mediação, devendo para tanto ser consultada com antecedência acerca de sua adesão e disponibilidade para participar da prática proposta. Como resultado da mediação, o ofendido pode pretender reparação econômica, devolução da coisa, reparação moral, promessa de não mais ser molestada, explicações sobre a conduta do adolescente, expor seus sentimentos e entendimento acerca do fato e do conflito, podendo ainda não resultar entendimento do conflito, que retornará para resolução da justiça da infância e da adolescência.

4. Foram encontradas críticas à prática da Justiça Restaurativa, sendo bastante contundentes as de que a justiça restaurativa fracassa em “restaurar” vítimas e Infratores bem como de evitar a reincidência. De fato, observou-se que, essa transformação poderá não acontecer em todos os casos, mas abre novas possibilidades de restauração das relações e diminuição da reincidência, uma vez que provoca efetiva responsabilização pelo ato infracional cometido e seus efeitos, bem como concede ao seu autor a recuperação de um senso de controle capaz de fazer com que ele possa, de algum modo, tentar corrigir a sua atitude anterior e recuperar o sentimento de que o processo e seus resultados foram corretos e justos.

5. A prática da Justiça Restaurativa através da mediação de conflitos tem ocorrido com sucesso em diversos países, bem como em algumas cidades do Brasil, como São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS), e Joinville (SC), onde existe significativa experiência de mediação realizada com adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional. Em Joinville, Santa Catarina, a partir da Portaria 05/2003, do Juiz da Infância e da Adolescência Alexandre Morais da Rosa, e da previsão legal dos serviços auxiliares (arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA), organizou-se um trabalho de mediação de conflitos que envolvem adolescentes, realizado pelo mediador Juan Carlos Vezzula e pelo mencionado Juiz. De acordo com a mencionada Portaria, cabe ao Juiz da Vara da Infância e Juventude analisar e avaliar os processos que podem ser encaminhados para a mediação a ser realizada pela equipe interprofissional, a qual deverá ser homologada pelo mesmo. O Projeto de mediação com adolescentes implantado em Joinville-SC apresenta sessões de mediação com o representante da vara, com o ofendido, e ainda com sua família, sua comunidade e sua escola, sendo todas elas consideradas para a decisão a ser homologada.

Da análise dos dados da pesquisa, concluiu-se o seguinte:

1. A aplicação da Justiça Restaurativa através da Mediação se mostra adequada aos adolescentes, substituindo uma cultura de culpa voltada para o passado, estigmatizante e favorecedora da incorporação do estigma, por uma cultura interativa, voltada para o futuro, através da qual o adolescente encontra oportunidade de emancipar-se neste particular período de seu desenvolvimento pessoal e como indivíduo integrante do corpo social. Também a vítima encontra oportunidade de elaborar o conflito e participar ativamente da restauração do tecido social.

2. O paradigma da Justiça Restaurativa, aplicado através da mediação com adolescentes em conflito com a lei, abre uma brecha na rigidez do sistema punitivo-retributivo, presente, na prática do Direito Infractional, para que a paz social seja construída pelo diálogo entre as partes, pela construção de sentidos e pela assunção livre e consciente das responsabilidades daqueles que geraram o conflito.

3. A Mediação, ao invés de calar o adolescente por meio de um imperativo categórico e retributivo, permite que ele exponha as motivações que contribuíram para a prática do ato infracional, se revelando e se conhecendo, como também reconhecendo o outro, em suas necessidades e nas conseqüências do ocorrido, podendo ser restaurado o vínculo social, mesmo que ele se tenha iniciado a partir de uma relação conflitiva. Neste sentido, a emancipação do adolescente ocorre quando ele, consciente do ato cometido, bem como de suas repercussões no outro e na sociedade, consegue transformar o referido ato em consciência de si, do outro e de sua inserção e papel na sociedade.

4. A Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente concedem aos adolescentes a quem se atribui prática de ato infracional no Brasil, garantias processuais perante a vara da Infância e da Juventude, que não são eliminadas pela prática da justiça restaurativa, uma vez que o acordo resultante da mediação terá valor jurídico ao ser homologado pelo juiz da mencionada vara.

5. A prática da Justiça Restaurativa através da mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais, sob a ótica da psicanálise e das ciências sociais, se apresenta também como forma de acolher a mencionada população com suas necessidades próprias de sujeitos em desenvolvimento, permitindo-lhes reconhecer seus sentimentos e reelaborar positivamente sua conduta futura, construindo novo projeto de vida. A vítima do ato infracional também experimenta o acolhimento e encontra oportunidade de reconhecer seus sentimentos, suas ações e reelaborar sua conduta futura.

6. Dentre os modelos de mediação descritos nesta dissertação, a mediação transformativa se apresenta como adequada para conflitos relacionados com a prática de atos infracionais por adolescentes, uma vez que esta coloca sua ênfase no reconhecimento, transformação e capacitação dos mediados para o diálogo que visa à restauração da paz social. Neste tipo de mediação, os mediados experimentam a reflexão acerca do contexto de vida, da experiência ocorrida, dos sentimentos e da situação atual um do outro, como também a valorização pessoal e a capacidade de autodeterminação para tomar decisões diferentes dali por diante.

7. No caso do adolescente que praticou o ato infracional, a decisão de transformar o próprio comportamento e realizar um ato restaurador a ser decidido pelos dois no encontro de mediação. Tal modelo, com sua visão psicanalítica e dinâmica, podem ser integradas com a mediação sistêmica e com o modelo de Harvard, uma vez que incorpora técnicas relacionais que facilitam a compreensão das relações e procura satisfazer as necessidades das partes conflitantes.

8. O modelo de mediação pode ainda encontrar orientação nos conceitos sócio-jurídicos de emancipação e regulação que revalorizam o princípio da comunidade e, com ele, as idéias de isonomia, autonomia e solidariedade. A busca da paz social pela tentativa de eliminar o sujeito que molesta trata-se de um projeto inalcançável, uma vez que há no ser humano pulsões contrárias de vida e de morte, e o ato infrator pode significar a tentativa do sujeito de se fazer ver e aceitar.

9. A mediação segue o caminho oposto à necessidade psicossocial de castigo, que tomou conta da noção moderna de justiça, e considera a tentativa de redução da violência social por meio da atuação exclusiva da justiça punitiva como um ideal que não se sustenta. Os defensores da mediação apontam para uma interdependência necessária entre mediação e contenção da violência, de forma que um pode fazer o outro funcionar melhor. Correspondendo a uma nova economia de relações entre as normas sociais e jurídicas, a mediação promove novas formas de resolução de conflitos, a ser construída em um ambiente isento de ameaças.

10. A Justiça Restaurativa, realizada pela prática da mediação, pode ser considerada meio de resolução de conflitos com a lei ocasionados por atos infracionais cometidos por adolescentes, possibilitando a superação da influência do antigo paradigma retributivo do Direito Penal no direito do adolescente, os resultados previstos para as medidas sócio-educativas previstas pela legislação brasileira e ainda o favorecimento da paz social.

REFERÊNCIAS

ABAY, Armando Castanedo. **Mediación**: una alternativa para la solución de conflictos. México: Universidad de Sonora, 2001.

AMARAL, Antônio Fernando do. 1ª Mesa: O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores. In: ARANTES, Esther Maria de Magalhães; MOTTA, Maria Euchares de Senna (Org.). **A criança e seus direitos**. Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Menores em debate. Rio de Janeiro: PUC/ FUNABEM, 1990.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Trad. Dora Facksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marques de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BEZERRA, Lenildo Queiroz. **Evolução do direito infanto-juvenil no Brasil**. Disponível em: <www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo05.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. Nova Iorque: Oxford, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (lei n. 8069/90). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planejamento. Administração Extra-Judicial. **Algumas notas sobre justiça restaurativa**: perspectiva comparada. Disponível em: <www.gplp.mj.pt/home/projectos%20em%20curso/processopenal/perspectiva%20comparada%2025-06-2004.doc>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Levantamento estatístico de adolescentes em conflito com a lei**. Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/>. Acesso em: 02 abr. 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**: parte geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.unicrio.org.br/Textos/onu_11.html>. Acesso em: 03 mar. 2008.

CONGRESSO MUNDIAL DE MEDIAÇÃO, III. Valparaíso, Chile. 22 a 27 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/mundial/>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

CONSELHO DA EUROPA - Comité de Ministros - **Recomendação n.º R (99) 19 do Comité de Ministros aos Estados -Membros relativa à mediação em matéria penal** - Aprovada pelo Comité de Ministros em 15 de setembro de 1999 na 679ª reunião dos Delegados dos Ministros. Disponível em: <<http://www.mediadoresdeconflitos.pt/>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CONIMA). **Código de Ética para Mediadores**. Disponível em: <http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html>. Acesso em: 11 ago. 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUIZEND, Richard Van. O sistema judiciário dos EUA: longa tradição, novos rumos. State Department's Bureau of International Information Programs. USINFO delivers information about current U.S. foreign policy and about American life and culture. **Questões de Democracia**. Maio 2003. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0503/ijdp/vanduizend.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. São Paulo: Minneli, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARÓFALO, Rafael. **Criminologia**. Estudo sobre o delito e a repressão penal. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** - parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa. **Relatório Final**. 2006. Disponível em: <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <www.pnud.org.br/> Acesso em: 03 mar. 2008.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Pertinência socioeducativa**: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. Art. 101. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. (Col. Fundamentos do Direito).

LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MARÇURA, Jurandir Norberto. Art. 103. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <www.pnud.org.br/> Acesso em: 03 mar. 2008.

MENDEZ, Emílio Garcia. A doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDEZ, Emílio Garcia. História da criança como história de seu controle. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1999.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos**: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <www.pnud.org.br/> Acesso em: 03 mar. 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral/parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 12/2002**. Trad. Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/resolucaodaonu2002_12.pdf>. Acesso em: 28 maio 2008.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização** – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. Nov. 2001. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

PFHOL, Stephen apud MENDES, Emílio Garcia. História da criança como história de seu controle. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A Construção da justiça restaurativa no Brasil**. o impacto no sistema de justiça criminal. Disponível em: <www.justiciarestaurativa.org/news/renatoarticle/>. Acesso em: 01 mar. 2008.

_____. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <www.pnud.org.br/>. Acesso em: 03 mar. 2008.

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

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

RIZZINI, Irene; ZAMORA, Maria Helena; KLEIN, Alejandro. **O adolescente em contexto**. Disponível em: <www.amc.org.br/novo_site/esmesc/arquivos/O_Adolescente_em_Contexto.doc>. Acesso em: 30 abr. 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Mediación y protección Integral del adolescente em conflicto com la ley**. Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

ROXIN, Clauss. **Problemas basicos del derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena. Madrid: Réus, 1976.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALTILLO, Cohauila. **Congreso Nacional de Mediación**, VII. 19 a 24 de nov. 2007. México. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/nacional/conclusion.pdf>> Acesso em: 30 jul. 2008.

SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DA BAHIA. **Roda dos Expostos**. Disponível em: <<http://www.santacasaba.org.br/curiosidades.php>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direito 2**. Arquivo de notícias, artigos, doutrinas, jurisprudência, etc. Mediação chega à Escola para reduzir violência estudantil. Nota publicada 26/08/2004. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjsc/2004/ago/26/>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Hélio de Oliveira. **Crianças esquecidas**. São Paulo: Pontes, 1995.

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade**: um ensaio de direito (penal) juvenil. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/DESCONSTRUINDO+O+MITO+DA+IMPUNIDADE+EDITADOB.HTM>. Acesso em: 28 abr. 2008.

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

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

SOTTO MAIOR, Olympio. Art. 112. In: COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SYKES, Gresham M. **Crime e sociedade**. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais**. Disponível em: <www.tede.ufsc.br/teses/PGSS0016.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2008.

_____. Entrevista. **Gazeta das Caldas**. 2006. Disponível em: <<http://www.gazetacaldas.com/Printer.asp?NID=13743>> . Acesso em: 03 jul. 2008.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Sem liberdade, sem direitos**: a privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo: Cortez, 2001.

_____ (Org.). **Adolescentes privados de liberdade**: A normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WINNICOTT, Donald W. **Privação e delinquência**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justice. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.