



## A ORDEM DO DISCURSO E A NÃO APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES NA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES

Cláudio Daniel de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo tem como escopo o estudo da justiça restaurativa adotada na Província de Buenos Aires por meio da Lei nº. 13.433/2005. Diante disso, o foco do trabalho, a partir da óptica foucaultiana, problematiza a questão da não aplicação da mediação penal em crimes graves na referida Província, analisando-se, para tanto, os argumentos da Câmara de Deputados da Província de Buenos Aires para elaboração da lei. Por fim, através de pesquisa bibliográfica, demonstram-se aspectos da justiça restaurativa que colaboram para aplicação desse sistema em crimes de qualquer espécie, sem levar em consideração a gravidade do delito.

**Palavras-Chave:** justiça restaurativa, discurso, sistema penal, mediação, criminologia.

### THE ORDER OF DISCOURSE AND THE NON-APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN MAJOR CRIMES IN THE PROVINCE OF BUENOS AIRES

**ABSTRACT:** The article has the restorative justice as its scope of study, adopted in the Province of Buenos Aires with Law n. 13433/2005. Therefore, the focus of the paper, based on the Foucaultian perspective, problematizes the question of the non-application of criminal mediation in major crimes in the province, analysing the arguments of the Chamber of Deputies of the Province of Buenos Aires for the elaboration of the law. Finally, through bibliographic research, aspects of restorative justice are shown that collaborate to apply this system in crimes of any kind, without taking into account the severity of the crime.

**Keywords:** restorative justice, discourse, penal system, mediation, criminology.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a aplicação da justiça restaurativa na Província de Buenos Aires, e pretende-se verificar o modo como esse modelo de administração de conflitos foi instituído na referida Província. Serão explorados os principais aspectos da Lei nº. 13.433 de 21 de dezembro de 2005, quanto à observância dos princípios básicos da justiça restaurativa elencados pela Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas para criação da lei, e quanto à abrangência do referido dispositivo legal.

---

<sup>1</sup>Mestrando do PPG em Direito e Sociedade da Universidade La Salle, atuando na linha de pesquisa “Sociedade e Fragmentação do Direito” - Bolsista CAPES/PROSUC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito - pelo Centro Universitário La Salle - Unilasalle Canoas/RS. Advogado. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB Porto Alegre/RS. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Canoas/RS. E-mail: cdaniel.souza89@gmail.com.



Posteriormente, após a análise dos pontos supracitados, buscar-se-á questionar, a partir de Michel Foucault, os fundamentos da Câmara de Deputados da Província de Buenos Aires para a criação da Lei nº. 13.433, com a finalidade de demonstrar que o discurso aplicado pelo Estado possui como foco principal a predominância da manutenção do exercício do poder nas mãos do Estado e, conseqüentemente, apontar que – segundo o referido órgão legislativo – a justiça criminal tradicional ainda seria a melhor forma de responder aos crimes de maior gravidade.

Neste sentido, por meio de dados que demonstram o índice de criminalidade na Província de Buenos Aires nos anos de 2014 e 2015, procura-se certificar que o discurso empregado pela Câmara de Deputados não serve de justificativa para não aplicação da justiça restaurativa em casos de maior gravidade.

Finalmente, serão trazidas questões acerca da justiça restaurativa e de sua não aplicação aos crimes graves, a fim de demonstrar que a justiça restaurativa tem potencial para lidar com qualquer tipo de conflito, seja ele grave ou não, justamente pelo fato de outorgar aos principais interessados (partes) a condução de seus casos.

## **2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ARGENTINA E A ADOÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL NA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES**

A adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos na Argentina ocorreu em 25 de outubro de 1995, por meio da promulgação da Normativa Nacional nº. 24.573, que determinou, em caráter obrigatório, a implementação da mediação como alternativa ao sistema de justiça tradicional nas Províncias argentinas<sup>2</sup>. Conforme documento elaborado pela Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Províncias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ju. Fe. Jus – o objetivo da adoção dos meios alternativos não era só que os conflitos fossem resolvidos em menor tempo e custo, visto o poder das partes em decidirem sobre a melhor solução para o problema, mas sim estabelecer uma nova cultura: “priorizar el camino no adversarial sobre lo adversarial” (ARGENTINA, 2008, p. XV).

---

<sup>2</sup> Artículo 1º — Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Disponível em: <http://www.jus.gob.ar/media/157528/Ley%2024573.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.



Assim, todas as províncias argentinas, somadas à Cidade Autônoma de Buenos Aires, instituíram os meios alternativos de resolução de conflitos. Para tanto, na esfera penal foram adotadas diferentes práticas restaurativas, destacando-se a mediação. Contudo, como o foco principal do presente trabalho é a prática da mediação<sup>3</sup> na esfera penal, os outros ramos do direito não serão trabalhados em pormenores, muito embora não se possa descartá-los, pois fazem parte do rompimento do paradigma da judicialização dos conflitos na Argentina.

Dessa maneira, cumpre salientar que, a adoção da mediação penal em determinadas Províncias da Argentina teve como consequência significativas mudanças nas leis processuais penais, principalmente no que tange à limitação dos delitos passíveis de mediação, ao momento de aplicação da prática restaurativa e à observação dos procedimentos e princípios básicos da justiça restaurativa.

A partir da referida Normativa, no ano de 1997 a Província de Buenos Aires instituiu justiça restaurativa com a entrada em vigor da Lei nº. 11.922 – trata-se, em verdade, do novo Código de Processo Penal – pois, conforme Sebastián Soriano (2013, p. 42),

en el art. 86 del Código establece que en momento de ser ejercida la acción penal, elegir la coerción personal, individualizar la pena en la sentencia o modificar la pena en sua etapa de ejecución, se tendrá en cuenta la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas.

Nesse sentido, a Lei nº. 12.061/1997, do Ministério Público, especificamente em seu artigo 38, estabeleceu que “el Ministerio Público propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos” (ARGENTINA, 1997). Assim, em 19 de janeiro de 2006, entrou em vigor na Província de Buenos Aires a Lei nº. 13.433, estabelecendo o regime de resolução alternativa de conflitos no âmbito penal, e, conseqüentemente, mudanças no Código de Processo Penal da Província e na referida lei do Ministério Público (ARGENTINA, 2005).

A Lei nº. 13.433/2005 incluiu no Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires, especificamente nos artigos 56bis, 86 e 87, as vias alternativas para resolução de conflitos, com o objetivo de devolver às partes o conflito expropriado pelo Estado, bem como

<sup>3</sup> Sica (2007, p. 46) aponta que “a mediação surgiu como um processo de resolução de conflitos que prevê a intervenção de uma terceira parte neutra, com o intento de favorecer a comunicação e, eventualmente, acordos voluntários entre as partes”.



para restabelecer o caráter de *ultima ratio* ao direito penal<sup>4</sup>, descongestionando o judiciário e, conseqüentemente, liberando recursos humanos e materiais para lidar com conflitos mais graves (FAVA; KASKI, 2011).

Desta maneira, frisa-se que a justiça restaurativa é apoiada por princípios e valores (PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2014). Os princípios restaurativos estão elencados na Resolução n°. 2002/12 da Organização das Nações Unidas<sup>5</sup>, divididos em cinco seções, em um total de vinte e três princípios, referentes às definições e à operacionalidade da justiça restaurativa (ACHUTTI, 2014). Nesse sentido, importante ressaltar que, a Lei n°. 13.433 teve estrita observância aos princípios básicos da justiça restaurativa, uma vez que os elencou em seu artigo 3º<sup>6</sup> (ARGENTINA, 2005).

Ainda, o legislador limitou o alcance da justiça restaurativa na Província de Buenos Aires, descrevendo taxativamente no artigo 6º do referido dispositivo legal<sup>7</sup> os casos em que é possível a aplicação da mediação penal, e aqueles em que não se pode utilizá-la. Logo, está vetado o uso da mediação nas seguintes hipóteses: (a) quando as vítimas forem menores de idade; (b) quando os acusados forem funcionários públicos e os delitos tenham sido cometidos no exercício ou por ocasião do serviço público; (c) quando o delito for praticado de forma

<sup>4</sup> No que se refere ao caráter de *ultima ratio* do direito penal, Nilo Batista (2011) aduz que o direito penal deve intervir apenas em casos muito graves, e que outros conflitos de natureza mais leve devem ser dirimidos em outros ramos do direito.

<sup>5</sup> NAÇÕES UNIDAS - Conselho Econômico e Social. Disponível em: <http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>. Acesso em: 16 jul. 2017.

<sup>6</sup> Artículo 3: Principios del Procedimiento. El procedimiento de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Siempre será necesario el expreso consentimiento de la víctima. Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13433.html>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

<sup>7</sup> Artículo 6: Casos en los que procede. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:

a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial. En caso de causas en las que concurran delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años. No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que: a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270. b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo). d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional. No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación. A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen. Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13433.html>. Acesso em: 16 de jul. 2017.



dolosa e estiver no rol dos crimes contra a vida e contra a integridade sexual; (d) quando se tratar de crime de roubo; e (e) quando os delitos forem praticados contra os poderes públicos e a ordem constitucional.

De outra banda, os crimes passíveis de uso da mediação são aqueles que estão na categoria dos crimes correccionais. Conforme se depreende do artigo 24 do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires<sup>8</sup>, os delitos correccionais são aqueles cuja pena não é privativa de liberdade, e crimes com sentença que não exceda seis anos de prisão (BARRIONUEVO, 2015).

Entretanto, Marina Medan (2016, p. 81) aponta que existe um consenso de que a justiça restaurativa pode ser aplicada para crimes leves e graves, tendo em vista ser especialmente efetiva para delitos de maior gravidade, pois “la reparación necesaria es mucho más significativa para la víctima, que aquella requerida em los leves”. Ainda, referente aos delitos de maior gravidade, Alisson Morris (2005, p. 454-455) alerta que nestes casos “uniformidade e coerência na maneira de abordar o assunto é o que devemos ter, e isso só pode ser alcançado se levarmos em conta as necessidades e desejos daqueles mais diretamente afetados pelo crime”.

Então, a partir da premissa de que a justiça restaurativa procura justamente resgatar a figura dos envolvidos, com a devolução do protagonismo das partes ao conflito, e apoiando-se no princípio da voluntariedade constante no artigo 7º da Resolução nº. 2002/12 da Organização das Nações Unidas<sup>9</sup>, é possível dizer que a prática da mediação em crimes graves poderia partir do consentimento das partes, e não de uma autorização – ou imposição – do legislador.

Dessa forma, importante reconhecer o avanço do país na medida em que abre uma porta para a resolução alternativa de conflitos na seara penal, muito embora haja necessidade de se discutir a abrangência da lei e redefinir a missão da justiça penal (SICA, 2007).

---

<sup>8</sup> Artículo 24.- (Texto según Ley 13183) Juez en lo Correccional.- El Juez en lo Correccional conocerá:

1.- En los delitos cuya pena no sea privativa de libertad; 2.- En los delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años; 3.- En carácter originario y dealzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes; y 4.- En la queja por denegación de los recursos en ellas previstos. Disponível em: <http://server1.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-11922.html>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

<sup>9</sup> 7. Os processos restaurativos somente podem ser utilizados em situações em que há provas suficientes para se culpar o infrator, devendo ser livre e voluntário o consentimento da vítima e do infrator para a participação no processo. A vítima e o infrator devem poder retirar tal consentimento em qualquer momento do processo. Os acordos devem ser consensuais e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>. Acesso em: 17 jul. 2017.



### 3 OS FUNDAMENTOS DA LEI Nº. 13.433 E A NÃO APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM DELITOS DE MAIOR GRAVIDADE NA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES

O discurso exposto pela Câmara de Deputados da Província de Buenos Aires para a criação da Lei nº. 13.433 sustenta que os meios alternativos de resolução de conflitos na seara penal colocam a vítima em uma situação de protagonismo, pois junto com o responsável pelo fato delituoso, acaba por ter a prerrogativa de recompor a situação sem a violência natural do processo penal. O discurso também aponta que a mediação penal tem como objetivo descongestionar o sistema de justiça e, conseqüentemente, permitir sua dedicação em casos que requerem uma atenção prioritária, realizando uma seleção dos casos baseada em critérios de utilidade social<sup>10</sup>.

O argumento de que a mediação coloca a vítima em uma situação de protagonismo no conflito está correto, todavia, não se pode esquecer, como refere Pallamolla alerta (2009, p. 53) que “não é correto afirmar que a justiça restaurativa seja um movimento restrito às vítimas, visto que se preocupa com estas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito”.

Nesse sentido aponta Howard Zehr (2008, p 22):

Os ofensores têm muitas necessidades, é claro. Precisam que se questionem seus estereótipos e racionalizações – suas falsas atribuições – sobre a vítima e o evento. Talvez precisem aprender a ser mais responsáveis. Talvez precisem adquirir habilidades laborais ou inter-pessoais. Em geral necessitam de apoio emocional. Muitas vezes precisam aprender a canalizar raiva e frustração de modo mais apropriado. Talvez precisem de ajuda para desenvolver uma auto-imagem mais sadia e positiva e também para lidar com a culpa. Como no caso das vítimas, se essas necessidades não forem atendidas, os ofensores não conseguem fechar o ciclo.

---

<sup>10</sup>[...] En definitiva, creemos que la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos en materia penal, se encuentra plenamente justificada por distintas razones. En primer lugar, coloca a la víctima en una situación de protagonismo de la que antes carecía, permitiendo que junto con el responsable del hecho recompongan la situación sin incluir en dicho proceso la necesaria violencia que todo proceso penal implica. Asimismo, permitirá acercarnos a la aplicación del derecho penal como una opción para componer los problemas sociales -no la única-, descartando los conflictos donde dicha intervención sería sin duda pernicioso. Por último, ello permitiría descongestionar el sistema de justicia y dedicar los mayores esfuerzos al tratamiento e investigación de los casos que trascienden el mero interés individual y/o que por su significación social requieren de una atención prioritaria. Esto, naturalmente, permite una selección racional de casos, basada en criterios de utilidad social. [...] Cámara de Diputados Provincia de Buenos Aires. Fundamentos de la Ley 13433. Disponível em: <https://www.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/f13433.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.



Já no que tange à suposta possibilidade de descongestionamento do sistema de justiça, com o intuito de liberar recursos para lidar com delitos mais graves (FAVA; KASKI, 2011), trata-se de argumento que vai de encontro ao que preconiza a mediação, tendo em vista que a mediação não tem é um processo célere que procura minimizar os problemas do judiciário, ao contrário, pois conforme aborda Pallamolla (2009, p. 109)

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estes implicados encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente).

Percebe-se, portanto, que a mediação penal não é um simples procedimento que possibilita a baixa de processos no sistema de justiça tradicional. A mediação penal é uma prática restaurativa que visa reaproximar os implicados (PETERS; AERTSEN, 1995), que demanda paciência e dedicação dos envolvidos, possibilitando-se afirmar que o argumento do Estado investir recursos para lidar com delitos mais graves deve ser refutado, tendo em vista a complexidade da prática para atingir seus resultados.

Nessa perspectiva, importante traçar aspectos que distinguem a justiça criminal tradicional da justiça restaurativa: (a) o atual sistema de justiça criminal traz a ideia de retribuição, enquanto na concepção da justiça restaurativa o foco é reparação ou restauração do dano causado; (b) na justiça criminal a conduta do infrator resulta na violação da lei; já para a justiça restaurativa o principal a ser abordado é a ofensa ou o dano causado ao particular; (c) no sistema penal atual o Estado é considerado o ofendido pelo delito, enquanto na justiça restaurativa a vítima passa a ser a principal interessada na resolução do conflito; (d) o sistema tradicional trabalha com uma decisão imposta por um terceiro imparcial (jugador); já na justiça restaurativa a decisão é construída coletivamente; (e) a resposta dada pela justiça penal é única, ou seja, tem-se a privação da liberdade como resposta jurídica por excelência; a justiça restaurativa permite que se construam distintas possibilidades para cada caso, conforme as suas peculiaridades; e (f) o papel do atual sistema é definir um culpado, enquanto para a justiça restaurativa o importante é a definição das responsabilidades futuras de cada envolvido (SICA, 2007).



Com efeito, o que percebe-se é que o Estado, enquanto detentor do conflito expropriado dos verdadeiros envolvidos, vítima e ofensor, a partir da ideia de que o ele é o lesado pela ação de um indivíduo em relação ao outro (ANITUA, 2008, p. 43), reconhece o fracasso do sistema de justiça criminal tradicional ao implementar os meios alternativos de resolução de conflitos. Contudo, os fundamentos supracitados deixam claro o objetivo do Estado de continuar sustentando a ideia de que o sistema tradicional é o mais adequado para lidar com conflitos de maior gravidade, no momento em que cria um dispositivo legal informando quais delitos são passíveis de mediação, limitando o alcance da justiça restaurativa e, conseqüentemente, limitando, também, a decisão das partes sobre participarem ou não da mediação penal, seja qual for a gravidade do fato delituoso.

Além disso, com a expropriação do conflito temos um tipo de estabelecimento da verdade totalmente ligado à gestão administrativa da primeira grande forma de estado conhecida no Ocidente, e, por essa razão, a vítima perdeu espaço na resolução de seus conflitos, haja vista o surgimento de uma estrutura especializada (FOUCAULT, 2001), criticada por Nils Christie (1992) no sentido de que as especialidades, a partir da estrutura formada pelo Estado, simplesmente roubam os conflitos dos verdadeiros protagonistas.

Para Zaffaroni (2001, p. 18)

o discurso jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal explicando, mediante os enunciados da “dogmática”, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma do “dever ser”, ou seja, como um “ser” que “não é” mas que “deve ser”, ou, o que é o mesmo como, um ser “que ainda não é”(grifos do autor).

Michel Foucault (2014, p. 9-10) explica que o discurso<sup>11</sup> possui uma ligação com o desejo e o poder, visto que “não é simplesmente aquilo que traduz lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”.

Importante mencionar que, para o autor o poder

deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são alvo inerte ou consentido do poder, são

<sup>11</sup> Conforme explica Judith Revel (2005, p. 35) “o discurso designa, em geral, para Foucault, um conjunto de enunciados que podem pertencer a campos diferentes, mas que obedecem, apesar de tudo, as regras de funcionamento comuns. Essas regras não são somente linguísticas ou formais, mas produzem um certo número de cisões historicamente determinadas (por exemplo, a grande separação entre razão/desrazão): a ‘ordem do discurso’ própria a um período particular possui, portanto, uma função normativa e reguladora e coloca em funcionamento mecanismos de organização do real por meio da produção de saberes, de estratégias e de práticas”.





sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles (FOUCAULT, 2004, p. 193).

Dessa maneira, Brígido (2014, p. 60) dispõe que para Foucault o poder, através de seus mecanismos, atua como uma força, coagindo, disciplinando e controlando os indivíduos de acordo com as necessidades e com as realidades de cada local, alcançando sua eficácia quando recebe a adesão dos indivíduos. Ou seja, o discurso cria e reflete práticas normativas (FOUCAULT, 2014), visto que a verdade está diretamente ligada ao sistema de poder. Conforme Foucault (2014, p.12)

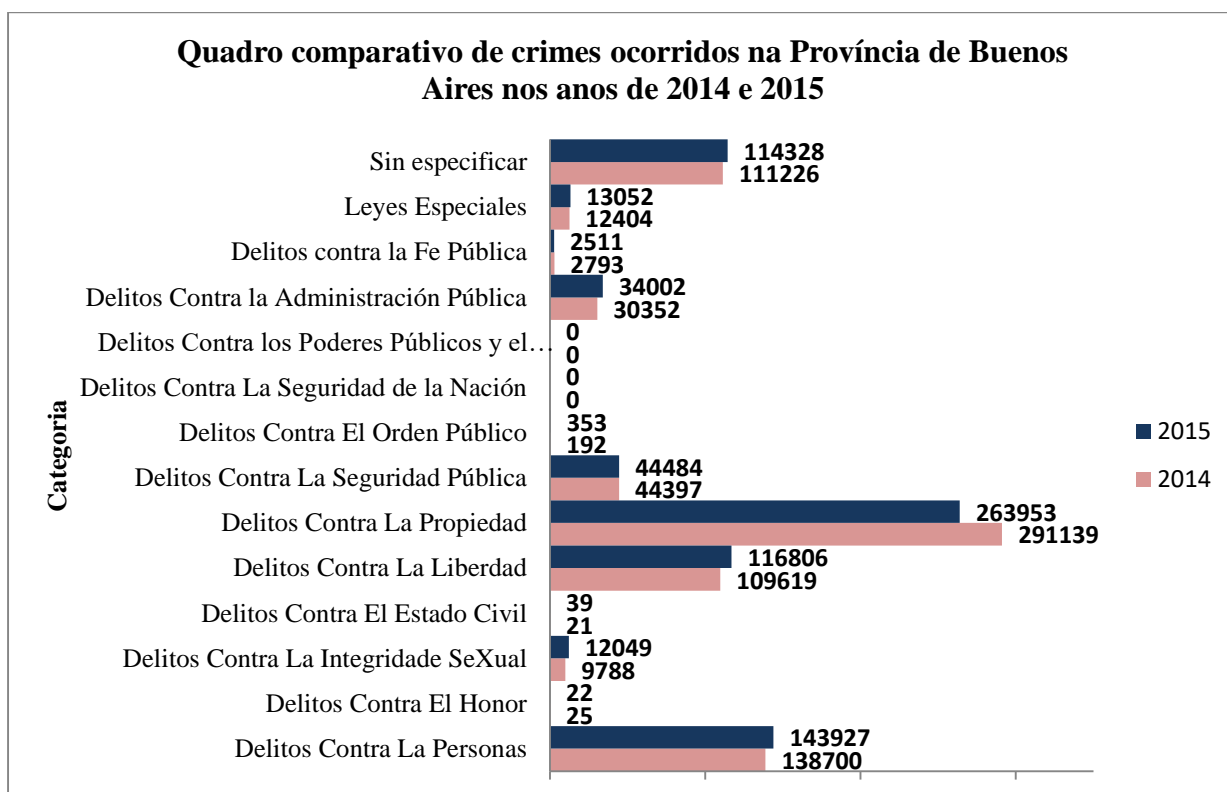
O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder. A verdade é deste mundo; ela é produzida nele, graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros e falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer que funciona como verdadeiro.

Pode-se perceber que os fundamentos dos deputados da Província de Buenos Aires estão diretamente ligados com o desejo e o poder, como aponta Michel Foucault, pois nos remete à reflexão de que o Estado, enquanto detentor do conflito expropriado dos verdadeiros personagens, não permite a legitimação da justiça restaurativa para resolução de conflitos penais graves, de modo a continuar a se apoderar do direito de decidir como prefere *resolver* cada caso.

A fim de demonstrar que o Estado, mesmo após a implementação da mediação penal para delitos correccionais, não atingiu seus objetivos, foi realizada pesquisa dos índices de criminalidade na Província de Buenos Aires nos anos de 2014 e 2015, que possibilitaram a criação do gráfico comparativo abaixo.



**Quadro comparativo de crimes ocorridos na Província de Buenos Aires nos anos de 2014 e 2015**



Fonte: Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ju. Fe. Jus. Disponível em: <http://www.jufejus.org.ar/index.php/2013-04-29-21-18-54/estadisticas>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

Como já abordado, a Lei nº. 13.433 traz restrições quanto as tipificações passíveis de mediação penal. No gráfico acima, no ano de 2015 em relação ao ano de 2014 observa-se um aumento na maioria dos crimes que não são passíveis de mediação. Além do mais, analisando-se os ensinamentos de Foucault, há possibilidade de dizer que o discurso aplicado pelo Estado, a fim de limitar a aplicação da justiça restaurativa na Província de Buenos Aires, tem como escopo manter o poder do Estado, no sentido de legitimar o sistema de justiça criminal tradicional como principal meio de resolução de conflitos na seara penal, mantendo a vítima afastada do conflito e sustentando a ideia de que a punição é melhor resposta para o crime (HULSMAN, 2012).

Assim, colocar as partes no mesmo nível hierárquico – tendo em vista a atual estrutura do processo penal, em que as partes são representadas por advogados e o juiz detém o monopólio de proferir a decisão do caso – pode romper com o senso de que a pena privativa de liberdade é a melhor saída em casos criminais, e, principalmente, demonstrar que a justiça restaurativa, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos na seara penal, possui potencial para lidar com qualquer tipificação penal.



#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES GRAVES

Como abordado no item anterior, pode-se perceber que um dos argumentos dos deputados da Província de Buenos Aires para a implementação da mediação penal era o de liberar recursos para lidar com crimes de maior gravidade, tornando, portanto, o direito penal a *ultima ratio* na administração de casos criminais. Porém, conforme Mylène Jaccoud (2005, p. 174), uma das justificativas dadas pelo Estado para a não aplicação da justiça restaurativa em crimes graves é justamente que esses tipos de delitos “não podem ser submetidos aos processos restaurativos porque requerem uma intervenção punitiva controlada pelo estado, sem a qual a violência se torna banalizada”.

Portugal, por exemplo, institucionalizou a mediação vítima-ofensor, por intermédio de impulsos supra Estatais, com a criação da Lei n. 21/2007, de 12 de junho, principalmente em virtude da execução ao artigo 10º da Decisão Quadro n. 2001/220/JAI<sup>12</sup> (relativa ao estatuto da vítima no processo penal), do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001 (BELEZA; MELO, 2012). Entretanto, a adoção mediação vítima-ofensor no país foi uma tentativa frustrada de descongestionar os Tribunais, o que pode-se considerar um problema no que se refere à justiça restaurativa, visto que a celeridade processual pode representar um grande obstáculo à reparação da vítima e a opção por processos que realmente visem ao diálogo entre as partes. Também, o baixo número de tipificações penais passíveis de mediação, bem como a discricionariedade do Ministério Público português, colaboraram para o engessamento do sistema, tendo em vista que no primeiro semestre de 2016 não houve conflitos encaminhados para mediação, razão pela qual o sistema caiu em desuso, conforme dados constantes no relatório da Direção-Geral da Política de Justiça de Portugal<sup>13</sup> (SOUZA, 2015).

Algumas experiências internacionais, todavia, demonstram que é possível a aplicação das práticas restaurativas em qualquer tipo de delito, independentemente da sua gravidade. Um exemplo é a utilização das práticas restaurativas para crimes graves na Nova Zelândia. As

---

<sup>12</sup> Decisão Quadro n. 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001: Mediação Penal no âmbito do processo penal, Artigo 10º 1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida.

2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais.

Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

<sup>13</sup> PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça de Portugal. *Estatísticas da Justiça*. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/home>. Acesso em: 01 de ago. 2017.



práticas restaurativas, inspiradas na tradição da comunidade *maori* começaram a ser utilizadas para resolver conflitos envolvendo jovens, as populações nativas e adultas em geral, e são aplicados em crimes graves, não para delitos de menor potencial ofensivo (CARAVELLAS, 2009). Também se verifica a utilização da justiça restaurativa em crimes graves em algumas penitenciárias dos Estados Unidos e no Canadá (JACCOUD, 2005, p. 175), como na Bélgica, onde é possível a sua aplicação em qualquer fase do processo, para qualquer tipo de crime (ACHUTTI, 2014).

Jaccoud (2005, p. 175) afirma que “a ideia de conduzir as vítimas de crimes graves nos processos restaurativos é que esses processos oferecem aos agressores a oportunidade de se confrontar com a experiência traumática real da vítima”, ou seja, com uma experiência totalmente diversa daquela encontrada no processo criminal tradicional. Como refere Daniel Achutti (2009, p. 106), a justiça restaurativa pode, se bem aplicada, representar “um novo ideal, uma nova possibilidade de se enfrentar os conflitos criminais, abandonando-se o velho paradigma de culpa-castigo para um paradigma de diálogo-consenso”.

Portanto, pode-se dizer que a implementação dos meios alternativos na seara penal na Argentina é o primeiro passo para transformação da cultura punitivista. Todavia, o discurso limitador das práticas restaurativas na Província de Buenos Aires não deve ser seguido, pois, conforme mencionado, se consolidou a partir de argumentos equivocados, induzindo também a se formar uma imagem positiva da justiça criminal tradicional – o que, há muito se sabe, não encontra qualquer correspondência com a realidade (BARATTA, 1999).

Desta forma, pode-se perceber que, o discurso do Estado, a fim de continuar a legitimar um sistema falido para lidar com conflitos de maior gravidade, ignora um dos principais preceitos da justiça restaurativa: devolver às partes o protagonismo na condução de seus casos. Os dados dos crimes ocorridos na Província de Buenos Aires nos anos de 2014 e 2015, demonstram que os delitos que não são passíveis de mediação não apresentaram redução. Ou seja, mesmo após a instituição da justiça restaurativa para lidar com delitos correcionais, o suposto investimento do Estado para lidar crimes de maior gravidade não apresentou respostas à sociedade.

Ademais, a adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos na seara penal observando-se a filosofia e os princípios que cercam a justiça restaurativa, pode trazer respostas significativas para sociedade argentina, criando-se, assim, uma nova porta de entrada para a sociedade dirimir seus conflitos, responsabilizar os envolvidos pelos seus atos, evitar a



estigmatização<sup>14</sup> e, principalmente, devolver aos verdadeiros protagonistas do conflito o poder de solucionar seus problemas, pois “[...] a pena tradicional desqualifica não apenas os que a infligem mas igualmente a justiça em nome da qual é aplicada” (GARAPON; GROSS; PECH, 2001, p. 267).

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan. Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. **Ley de Mediación y Conciliación n. 24.573, de 4 de octubre de 1995**. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/24573-nacional-ley-mediacion-conciliacion-Ins0004060-1995-10-04/123456789-0abc-defg-g06-04000scanyel>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. **Ley de Ministerio Público n. 12.061, de 11 de diciembre de 1997**. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/12061-local-buenos-aires-ley-ministerio-publico-lpb0012061-1997-12-11/123456789-0abc-defg-160-2100bvorpyel?q=%28numero-norma%3A12061%20%29&o=2&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=3>. Acesso em: 15 jul. 2017.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. **Ley 13.433, de 21 de diciembre de 2005**. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/13433-local-buenos-aires-mediacion-penal-regimen-resolucion-alternativa-conflictos-penales-lpb0013433->

<sup>14</sup> Louk Hulsman (1993, p. 69) aduz que “o sentimento de culpa interior que às vezes se invoca para justificar o sistema penal – o autor de um crime teria necessidade do castigo – nada tem a ver com a existência de tal sistema. Não se trata de negar que os homens possam experimentar uma profunda perturbação a propósito de alguns de seus atos ou comportamentos. Mas, é preciso afirmar com toda a convicção que não é a existência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é este sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal.

Ao contrário, é preciso denunciar as culpabilizações artificiais que este sistema produz. Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente.

Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.”



2005-12-21/123456789-0abc-defg-334-3100bvorpyel?q=%28numero-norma%3A13433%20%29&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=3. Acesso em: 15 jul. 2017.

ARGENTINA. Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Ju. Fe. Jus. **Mediación en el ámbito judicial: normas implementadas para la mediación anexa, conectada o relacionada con los tribunales argentinos.** 2 ed. 2008. Disponível em: <http://www.jufejus.org.ar/>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARRIONUEVO, Matías J. **La mediación penal en la provincia de Buenos Aires.** 2015. Disponível em: [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00392755090](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00392755090). Acesso em: 16 jul. 2017.

BELEZA, Tereza Pizarro de; MELO, Helena Pereira de. **A mediação penal em Portugal.** vol. 3. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. Michel Foucault: uma análise do poder. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental.** v. 4, n.1. Curitiba, 2014. p. 56-75. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitoeconomico-12702.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CARAVELLAS, Elaine M. C. Tiritan M. Justiça restaurativa. In: Liviano, R. (coord.). **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 120-131. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-11.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertinência. In: Rúben Villela. **De los delitos y de las víctimas.** Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992. p. 158-182. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40529.pdf#viewer.action=download>. Acesso em: 28 jul. 2017.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. 2 ed. trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Editora M. Fontes, 2010.

FAVA, Gabriel; KASKY, Lucas. **Avances y retrocesos de las soluciones alternativas:** la jurisprudência em la Ciudad de Buenos Aires em matéria de resolución alternativa de conflictos. 2011. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/27790-avances-y-retrocesos-soluciones-alternativas-jurisprudencia-ciudad-buenos-aires>. Acesso em: 15 jul. 2017.



FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2 ed. trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 23 ed. São Paulo: Graal, 2004.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**: aula inaugural do Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24 ed. trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia e a justiça será**. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. 1 ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Laum, 1993.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: Edson Paseti (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 35-68.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 163-186.

JUNTA FEDERAL de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires – **Ju. Fe. Jus**. Disponível em: <http://www.jufejus.org.ar/index.php/2013-04-29-21-18-54/estadisticas>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

MEDAN, Marina. Justicia restaurativa y mediación penal com jóvenes: uma experiencia em San Martín, Buenos Aires. **Delito y Sociedad**, Santa Fe, v. 1, n. 41, 2016, p. 77-106.

MORRIS, Alisson. “Critizando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa”. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 439 – 464.

NAÇÕES UNIDAS - **Conselho Econômico e Social**. 2002. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>. Acesso em: 16 jul. 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PETERS, Tony; AERTSEN, Ivo. Mediación para la reparación: presentacion y discusión de um proyecto de investigación-accion. **Cuerdeno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián**, n. 8, Extraordinário, diciembre, 1995, p. 129-146. Disponível em: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2118745/Mediacion+para+la+reparacion+presentacion+y+discusion.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.



PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rebello Tamm (orgs.). **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2055. p. 19 – 39.

REVEL, Judith. **Foucault**: conceitos essenciais. trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

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

SORIANO, Sebastián. **Mediación Penal**. 2013. Disponível em: [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11940/Mediaci%C3%B3n\\_Penal\\_Sebasti%C3%A1n\\_Soriano.pdf?sequence=1](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11940/Mediaci%C3%B3n_Penal_Sebasti%C3%A1n_Soriano.pdf?sequence=1). Acesso em: 15 jul. 2017.

SOUZA, Cláudio Daniel de. A mediação penal em Portugal: análise da Lei n. 21/2007, de 12 de junho. In: Sociology of Law 2016 - Movimentos Contra-hegemônicos e Direitos Humanos em uma sociedade Global, 2016, Canoas. **Anais Congresso do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle**. Canoas: Unilasalle, 2016. v. 2. p. 281-291.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.