

SABER JURÍDICO E JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: PESQUISANDO EM PESQUISAS

KNOWING LEGAL AND CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE: SEARCHING IN RESEARCH*

BIANCA GARCIA NERI**
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, BRASIL

Resumo: O presente artigo trata de uma análise a respeito da forma de construção do saber jurídico e seu impacto sobre a produção acadêmica no Brasil. Serão analisadas as pesquisas produzidas no âmbito de diversos programas de mestrado e doutorado, a fim de explicitar o perfil dos referidos trabalhos. Para tanto, se realizará levantamento das pesquisas que versem sobre a implementação do paradigma restaurativo no sistema de justiça criminal brasileiro. A partir dos dados coletados será possível verificar que o Direito é um campo fechado, que pouco dialoga com outras ciências e metodologias, mantendo seu perfil dogmático, pautado em abstrações, que não se preocupam em corresponder à realidade prática.

Palavras-chave: Saber jurídico. Justiça restaurativa. Pesquisa empírica.

Abstract: This article deals with an analysis about the construction of legal knowledge and its impact on academic production in Brazil. It will be analyzed the researches produced in several master and doctorate programs, in order to explain the profile of the referred works. To this end, the research will be conducted on the implementation of the restorative paradigm in the Brazilian criminal justice system. From the collected data it will be possible to verify that Law is a closed field, which has little dialogue with other sciences and methodologies, maintaining its dogmatic profile, based on abstractions, which do not care to correspond to practical reality.

Keywords: Legal knowledge. Restorative justice. Empirical research.

* Artigo recebido em 16/09/2019 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 30/11/2019.

** Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, Brasil. Pesquisadora Produtividade da Universidade Estácio de Sá, Brasil. E-mail: biancagneri@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9072533151605201>.

1. INTRODUÇÃO

A implementação da mediação judicial no Brasil fundamentou-se em iniciativa da Secretaria de Reforma do Judiciário – que contou com apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento -, recebendo, ainda, regulamentação por parte do Conselho Nacional de Justiça que, como órgão de gestão, elaborou a Resolução n. 125 de 2010 (BRASIL, 2010), visando a utilização de práticas consensuais nos tribunais pátrios.

Assim, de acordo com o discurso institucional, a conciliação e a mediação passaram a integrar o campo da chamada “Resolução Adequada de Disputas” (BRASIL, 2016a), compondo, portanto, política voltada a desenvolver uma justiça consensual como forma de assegurar a pacificação social. Tais práticas já vinham sendo adotadas por diversos tribunais, quando em 2015, com a entrada em vigor da Lei Nacional da Mediação (Lei n. 13.140/2015) – além do Novo Código de Processo Civil que também traz expressa previsão - a comunidade jurídica passou a celebrar o marco de uma nova fase na realização da justiça, contribuindo para o desenvolvimento de um processo mais justo, célere e eficaz (AZEVEDO, 2016).

No que tange especificamente aos conflitos de natureza penal, no ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 225 dispondo sobre o uso da justiça restaurativa, considerada também como “método adequado de solução de conflitos”, notadamente, no âmbito dos juizados especiais criminais. (BRASIL, 2016). Howard Zehr (2008), um dos principais expoentes do assunto no Brasil e no mundo, explica tratar-se de um novo olhar sobre o crime, passando a encara-lo como uma oportunidade para reestabelecer as relações abaladas, a partir da assunção de responsabilidade por parte do infrator que, voluntariamente, deve prestar-se a compreender e a reparar os danos causados à vítima, atendendo, na medida do possível às suas necessidades. A justiça restaurativa, portanto, busca a implementação de uma justiça dialogal pautada no protagonismo entre as partes, que admite o uso de inúmeras técnicas, dentre elas a mediação penal, sendo considerada a mais utilizada no mundo (SICA, 2007).

Ao pesquisar sobre como esse modelo vem sendo trazido para o Brasil, bem como em qual contexto está sendo implementado, iniciou-se uma análise sobre a produção bibliográfica no campo jurídico acerca dos chamados “meios adequados de solução de conflitos”, tomando por base especialmente a mediação penal e a justiça restaurativa. Em consulta preliminar a dissertações e teses produzidas nos diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de universidades brasileiras, foi possível perceber uma grande quantidade de pesquisas dogmáticas e propositivas (NOBRE, 2003), que estavam mais voltadas a apresentar as potencialidades dos

referidos “métodos adequados de solução de conflitos”, convergindo para uma conclusão que fazia parecer estarmos diante de uma panaceia para as mazelas do Judiciário. Outras, ainda, pretendiam estabelecer proposições sobre como deveria ser um modelo ideal e compatível com o nosso sistema de justiça, mas sem explicitar como de fato já acontece.

A partir das referidas indagações, o presente artigo objetiva realizar uma cartografia das pesquisas produzidas nos cursos de mestrado e doutorado em Direito, no âmbito das universidades brasileiras, tendo como objetivo principal refletir a respeito da maneira pela qual o ensino jurídico, de base eminentemente dogmática, pode influenciar na produção acadêmica. De forma mais específica, busca-se (I) compreender a noção de pesquisa empírica a partir de um diálogo com as Ciências Sociais – notadamente a Antropologia e a Sociologia; (II) verificar se e como vem sendo elaboradas pesquisas que se propõem a realizar pesquisas empíricas; (III) analisar como vem sendo apropriada a produção discursiva pelos pesquisadores, no sentido de perceber se está sendo utilizada para pensar as práticas ou apenas para fundamentar discussões teóricas; (IV) investigar se o Direito está preocupado em refletir o que vem ocorrendo na prática ou se mantém sua tradição idealizada, pensando em como “deve ser” e não como de fato “é”. (LIMA; BAPTISTA, 2010). Para tanto, visando contribuir com as referidas reflexões, será adotada uma interlocução com as Ciências Sociais, permitindo explicitar como a pesquisa empírica é adotada nesse campo e quais as contribuições que podem ser oferecidas para pensarmos as pesquisas em Direito.

2. MEDIAÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA: PESQUISANDO EM PESQUISAS

2.1. Breves aportes teóricos: a construção de um novo paradigma

Este artigo se originou a partir do interesse em pesquisar sobre a possibilidade de aplicação da mediação na esfera criminal, notadamente a partir da Resolução n. 225/ 2016 do CNJ que determina a implementação da justiça restaurativa, compreendida como o “meio mais adequado de solução de conflitos”.

A justiça restaurativa¹ surge como um movimento que contesta a apropriação dos conflitos pelo Estado e que encara o delito como violação à norma, tendo como consequência a imposição da pena. Rechaçando tal sistemática, busca-se construir um novo modelo, pautado no

¹ No presente trabalho adotarei a terminologia “justiça restaurativa” por ser a mais usada no Brasil, no entanto, não desconheço a existência de outros termos muitas vezes empregados como sinônimos, tais como justiça transformadora, justiça reparadora, justiça conciliadora, justiça pacificadora, justiça relacional, justiça comunitária (SALIBA, 2009, p. 144-145) e que traduzem a ideia de uma justiça que prevê a participação ativa dos envolvidos, na busca pela reparação dos danos causados pelo infrator, como será melhor explicado.

protagonismo das partes, em que vítima e ofensor – podendo até mesmo incluir a comunidade – assumam o papel de atores principais na realização da justiça.

Howard Zehr, um dos principais expoentes do paradigma de justiça restaurativa², reconheceu a necessidade de se lançar um novo olhar sobre o fenômeno da violência, passando a enxergá-lo por meio de outras lentes, rompendo-se com o tradicional sistema punitivo, através da valorização das partes: vítima, infrator e comunidade (ZEHR, 2008). Assim, rompe com a noção de crime como mera transgressão a um preceito legal, passando a ser encarado precipuamente como um ato que causa danos a pessoas e estremece relações, ou seja, sob essa ótica o conflito passa a ser visto como uma questão interpessoal e, por isso, a solução demanda a participação dos próprios envolvidos.

Muitos autores destacam que a noção de justiça restaurativa, historicamente, é atribuída a Albert Eglash, psicólogo norte-americano que, ao final da década de 70, publicou o artigo “*Beyond Restitution: Creative Restitution*”. De forma mais específica, é possível perceber que Eglash utilizou o termo “restituição criativa”, sugerindo reformular o modelo terapêutico até então existente nos EUA, referindo-se “à reabilitação técnica onde cada ofensor, debaixo de supervisão apropriada, é

² Como alerta PALLAMOLLA (2010), o conceito de justiça restaurativa reveste-se de certa abertura e fluidez para que possa se adequar aos diferentes contextos sociais. Como meu objetivo não se propõe a definir “o que é” – ou não – justiça restaurativa, mas sim, “como” se opera na prática, optei por não me limitar a uma única definição. Dessa forma, dentre as inúmeras divergências na doutrina, vale destacar três possíveis concepções – sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades: “1) A justiça restaurativa é uma forma de justiça voltada para a reparação do dano (material ou simbólico) causada pelo delito (conflito). Os adeptos dessa concepção além de voltar-se para a reparação da vítima buscam (re) integrar o ofensor à sua comunidade e restaurar a própria comunidade, sendo que esse participa do processo restaurativo a fim de contribuir na formulação e cumprimento do acordo restaurativo, bem como desenvolver sua capacidade de resolver seus próprios conflitos, eis que o delito afeta não só a vítima imediata e o ofensor, mas também a comunidade. Esta concepção associa igualmente a reparação do dano feita pelo ofensor ao reconhecimento de sua responsabilidade no ato [...] 2) Esta concepção volta-se para a transformação, sendo esta entendida de maneira ampla, eis que sua intenção é transformar a concepção das pessoas sobre si mesmas e como se relacionam com os outros, transformar a forma de vida das pessoas, pois parte do pressuposto que todos estão conectados uns aos outros e ao mundo e, por fim, introduzir uma mudança na própria linguagem, abolindo distinções entre crime e outras condutas danosas, a exemplo do que propunha o abolicionista Louk Hulsman, com a substituição da palavra delito pelo termo ‘situações problemáticas’ [...] 3) A última concepção é a do encontro do diálogo. Nela a justiça restaurativa é vista como uma forma de resolução de conflitos que possibilita que vítima, ofensor e outros interessados se encontrem em um local não tão formal e dominado por especialistas (a exemplo dos advogados, juizes e promotores), para que, principalmente, vítima e ofensor, abandonem a passividade que lhes é imposta pelo processo penal, e assumam posições ativas nas discussões e tomadas de decisões de seus conflitos. Nessa configuração, a justiça restaurativa aparece como uma experiência extremamente democrática na medida em que todos, falam e escutam respeitosamente, e em condições equilibradas de poder, proporcionadas pela formatação do processo, pelos valores da justiça restaurativa e, principalmente pela atuação do facilitador ou mediador. Assim, ao invés da imposição de uma pena pelo juiz, utiliza-se o diálogo para que os implicados cheguem a um acordo sobre o que pode ser feito em benefício da vítima, do ofensor e da própria comunidade [...]” (PALLAMOLLA, 2010, p. 14). No entanto, em linhas bem gerais, Zehr (2012, p. 49) destaca que “Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.”

auxiliado a achar algumas formas de pedir perdão aos quais atingiu com sua ofensa e a ter uma nova oportunidade ajudando outros ofensores.” (JACCOUD, 2005, p. 165).³

Conforme destaca Linck (2008), o surgimento da justiça restaurativa guarda relação com três principais movimentos propulsores, sendo eles, o movimento de crítica ao modelo punitivo/retributivo; o movimento de vitimologia e, ainda, o movimento de exaltação da comunidade e valorização do princípio comunitário como forma de apoio na administração dos conflitos. O primeiro teve suas origens nas escolas americanas – marcado especialmente pela Escola de Chicago e pela Criminologia Radical – e buscou contestar o papel das instituições repressivas na definição do crime e no tratamento do criminoso, objetivando o desenvolvimento de uma justiça mais humanitária e não punitivista. Pautou-se na noção do processo de etiquetagem dos comportamentos desviantes – *labelling approach*⁴– e das consequências decorrentes das políticas institucionais seletivas, que dificultam a reintegração social dos condenados. (JACCOUD, 2007).

Tendo também inspirado a construção do modelo restaurativo, o movimento de valorização da vítima – especialmente após a 2ª Guerra Mundial – conferiu destaque à necessidade de sua reintrodução no contexto da justiça criminal – depois de ter sido invisibilizada pela racionalidade penal moderna. Buscou-se o desenvolvimento de programas que permitissem, e até mesmo incentivassem, a participação da vítima na realização da justiça criminal, através da construção de espaços propícios ao diálogo entre os envolvidos.⁵

Já o movimento de valorização do princípio comunitário teve grande influência de cunho religioso, tal como os *menonites* (menonitas), pregadores da fé e da paz social, do qual pertence Howard Zehr⁶. Tal grupo exerceu forte pressão – através de Mark Yantzi (oficial de

³ Jaccoud (2005) destaca, ainda, que apesar de muitos atribuírem o surgimento da justiça restaurativa à Eglash, não se deve tomar tais entendimentos como verdade absoluta, visto que tal perspectiva mantém a pouca atenção destinada à vítima, diferenciando-se da atual concepção acerca do modelo restaurativo.

⁴ “A teoria do etiquetamento surgiu nos Estados Unidos da América na década de 70, e busca explicar o delito por meio dos conceitos de conduta desviada e reação social. Procura compreender os processos de criminalização partindo-se da reação social aos delitos, da seletividade de pessoas e comportamentos considerados criminosos. Acredita que a criminalidade é uma resultante do processo social de interação, isto é, a conduta tida como desviada seria uma qualidade atribuída a um determinado comportamento pela sociedade. Trata-se de um processo social de interação, seletivo e discriminatório, cujo foco é a desviação secundária, pois ao invés de estudar o desviado e seu meio (causas da desviação primária) investiga pessoas e instituições que definem a pessoa do desviado e o funcionamento do controle social.” (LIMA JÚNIOR, 2017, p. 126).

⁵ A partir da segunda metade do século XX, notadamente nas décadas de 60 e 70, surgiram legislações de proteção e reparação à vítima, sendo mais expressivas na Nova Zelândia, Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Finlândia, Alemanha, França e Suécia (LINCK, 2008). Já por volta da década de 80, houve uma expansão no âmbito normativo internacional com iniciativas e programas referentes à valorização da vítima no processo penal.

⁶ “A maioria dos menonitas são descendentes dos anabatistas que já existiam antes da Reforma Protestante do século 16. Estes irmãos eram chamados de anabatistas pelo fato de não aceitarem o batismo de infantes. Para eles o único batismo válido era aquele ministrado a pessoas com idade suficiente para crer. Em questões de doutrina e prática, eles seguiam a mesma fé dos apóstolos de Jesus. Esta fé também era a mesma praticada pelos valdenses, que já

condicional menonita) e Dave Worth (coordenador do Serviço do Comitê Central Menonita de Kitchener, Ontario) – no convencimento de um juiz, em 1974, que realizou um acordo de reparação entre vinte e duas vítimas de furto e seus dois autores, tendo obtido êxito por ter gerado o ressarcimento de quase todas as vítimas – à exceção das que não conseguiram ser localizadas. (ZEHR, 2008).

Assim, sugere-se que a vítima deixe de ser vista apenas como meio de prova e passe a ser valorizada enquanto tal, de maneira a participar ativamente do processo de realização da justiça. Tal noção demanda que haja a responsabilização do infrator, não mais perante o Estado – quando o crime é visto como violação à norma –, mas sim, perante a vítima, em um contexto em que crime passa a ser encarado como “dano”.⁷

A responsabilidade perante o Estado e a consequente aplicação da pena fazem com que o infrator encare seu ato a partir de uma abstração jurídica – já que seria apenas uma violação a um preceito genérico e abstrato –, sem que possa compreender a dimensão do que sua conduta causou à vítima e sem que possa corrigir, ainda que minimamente, o que fez. Afirma-se, com isso, que sistemática também não é capaz de dar conta das necessidades da vítima – notadamente por não ter essa pretensão –, pois a aplicação de “dor” (CHRISTIE, 2017) ao condenado por meio da pena aflitiva não recupera seus prejuízos materiais e/ou morais, ao revés, apenas estimula e fomenta o sentimento de vingança⁸.

Sob essa perspectiva, propõe-se a adoção de um modelo dialogal que possibilite a reparação dos danos (ACHUTTI, 2009), por meio do reequilíbrio da relação abalada, conferindo maior atenção às necessidades da vítima e da comunidade, estimulando a assunção da responsabilidade pelo ofensor, bem como reforçando a ideia de uma verdadeira cidadania

existiam bem antes da Reforma, e de outros grupos que se mantinham separados das demais crenças durante a Idade Média. Eles não eram católicos nem protestantes, sendo por sinal, violentamente perseguidos por ambos devido à independência que mantinham das igrejas estatais. Dos diversos grupos de anabatistas que apareceram na Europa toda, eram principalmente os da zona rural da Suíça e da Alemanha que preservaram a fé.” No entanto, devido à perseguições que sofreram, muitos acabaram migrando para a América do Norte, tendo a primeira colônia menonita se instalado na Pensilvânia em 1683. (www.menonita.org.br/node/2).

⁷ Essa reparação do dano deve ser vista não apenas sob um viés material e econômico, podendo se revestir de diversas formas, como um pedido de desculpas à vítima, uma retratação pública, a prática de atividades em favor de instituições de assistência social, ... (PALLAMOLLA, 2009).

⁸ “Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de “conforto” à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça. Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu”. (ROLIM, 2009, p. 247).

participativa (AZEVEDO, 2005). Com isso, ao invés de a justiça se concretizar por meio de uma resposta verticalizada, imposta pelo Estado-Juiz, pretende-se a implementação de um modelo que proporcione uma solução construída pelos envolvidos que, por meio do diálogo, poderão chegar a um consenso, mediante a ajuda de um facilitador – terceiro imparcial que contribuirá para a comunicação entre as partes e que será melhor abordado a seguir.

Dessa forma, em vez de haver a mera imposição de pena, busca-se a adoção de um procedimento dialogal entre as partes envolvidas, com o objetivo de alcançar soluções para os efeitos do ato ilícito, pretendendo oferecer uma resposta satisfativa à vítima e à sociedade, bem como possibilitar a reintegração do infrator, sem que sofra os efeitos excludentes e estigmatizantes do processo penal e de uma eventual condenação.

Visando, dessa forma, ultrapassar a ideia da pena como única e adequada resposta ao delito, próprio da chamada justiça retributiva – nomenclatura usualmente adotada por teóricos e pesquisadores para se referir ao modelo tradicional de justiça criminal -, o paradigma restaurativo objetiva atender às necessidades da vítima, reparando, sempre que possível, os danos por ela experimentados, possibilitando ao ofensor compreender a extensão do seu ato.

2.2. Mapeando as pesquisas e a produção do conhecimento jurídico

Do interesse em compreender a proposta trazida pelo paradigma restaurativo, surgiu a necessidade de recorrer aos trabalhos acadêmicos que versavam sobre o tema. Para tanto, realizou-se um levantamento da produção científica no âmbito dos Programas de Pós-Graduação nacionais, a fim de verificar o que estava sendo discutido a respeito. Utilizou-se, assim, como banco de dados as pesquisas registradas na plataforma da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD)⁹, adotando-se os seguintes termos de consulta: “justiça restaurativa juizados especiais criminais”; “mediação penal juizados especiais criminais”; “justiça restaurativa mediação penal juizados especiais criminais”; “justiça restaurativa mediação penal”. A escolha por utilizar o termo “juizados especiais criminais” se deu diante de inúmeros discursos que afirmam ser o local de maior proximidade com as práticas restaurativas, por se tratar de uma sistemática

⁹ Segundo a página na internet, “A Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) integra e dissemina, em um só portal de busca, os textos completos das teses e dissertações defendidas nas instituições brasileiras de ensino e pesquisa. O acesso a essa produção científica é livre de quaisquer custos. A BDTD contribui para o aumento de conteúdos de teses e dissertações brasileiras na internet, o que significa a maior visibilidade da produção científica nacional e a difusão de informações de interesse científico e tecnológico para a sociedade em geral. Além disso, a BDTD também proporciona maior visibilidade e governança do investimento realizado em programas de pós-graduação.” (www.bdttd.ibict.br).

pautada no diálogo, no consenso e na informalidade.¹⁰ Optou-se por realizar consultas mediante essa combinação de termos, pois contribuiu para delimitar os resultados e torná-los mais específicos, possibilitando, assim, um levantamento com maior relevância.

Além disso, adotou-se como termo inicial o ano de 2015, tendo em vista o aumento das discussões, em decorrência da aprovação da Lei Nacional da Mediação, e como termo final o ano de 2018, quando se realizou a consulta nos referidos bancos de dados. Por fim, destaca-se que serão selecionadas apenas as pesquisas produzidas no âmbito dos programas de Pós-Graduação em Direito ou, no limite, programas interdisciplinares que correlacionem o Direito com outros ramos de conhecimento, o que pode contribuir para traçar comparações entre as referidas produções acadêmicas, demonstrando a relevância do presente trabalho.

Inicialmente, havia sido utilizado como termo de pesquisa apenas “justiça restaurativa”, pois era o método que segundo a Resolução n. 225/2016 do CNJ parecia ser o adotado em conflitos criminais. No entanto, ao realizar a leitura inicial dos trabalhos encontrados, percebi que muitos faziam referência à palavra mediação - dentro do mesmo contexto da justiça restaurativa -, compondo a expressão “mediação penal”. Decidiu-se, então, inserir tal termo na busca.

Quanto aos resultados, no que tange à primeira combinação de termos (“justiça restaurativa juizados especiais criminais”), foram encontrados dezenove trabalhos, dentre os quais doze apresentaram relevância, visto que os demais abordavam outros assuntos¹¹ ou apareciam em duplicidade. Em relação à segunda combinação (“mediação penal juizados especiais criminais”), foram obtidos oito resultados, dos quais apenas cinco apresentaram relevância, porém já haviam aparecido como resultado de busca da primeira combinação. No tocante à terceira (“justiça restaurativa mediação penal juizados especiais criminais”), a plataforma apresentou cinco resultados, de modo que apenas quatro foram considerados como pertinentes, ou seja, de acordo com o objeto da pesquisa, no entanto, todos já tinham aparecido nas buscas anteriores. Por fim, adotando a quarta combinação de termos (“justiça restaurativa mediação penal”), foram obtidos mais resultados, devido a maior amplitude da pesquisa, estando disponíveis vinte e cinco trabalhos. No entanto, ao analisar cada um, apenas oito apresentavam relevância sem que tivessem aparecido como resultado nas buscas anteriores, tendo sido selecionados eminentemente os que tratavam da justiça restaurativa e da mediação penal em âmbito judicial

¹⁰ A respeito dessa pretensa aproximação, é possível destacar os enunciados 116 e 119 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), nos seguintes termos: “ENUNCIADO 116 – Na Transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação” e “ENUNCIADO 119 – É possível a mediação no âmbito do Juizado Especial Criminal”, disponíveis para consulta no *site* do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br).

¹¹ Minha análise se restringe à justiça restaurativa e mediação em âmbito judicial. No entanto, algumas pesquisas tratavam, por exemplo, da aplicabilidade no ambiente escolar.

sob seus aspectos gerais ou relacionadas aos juizados especiais criminais e infrações de sua competência.

Dentre todos os trabalhos selecionados verificou-se que apenas três são teses de doutorado – nas áreas de concentração: Psicologia Clínica e Cultura; Antropologia; e Ciências Sociais -, enquanto os demais correspondem a dissertações de mestrado, concentrados eminentemente em Programas de Pós-Graduação em Direito (quatorze trabalhos), sendo os demais da área das ciências sociais (três).¹²

Após a seleção dos trabalhos, passou-se a analisá-los principalmente a partir dos seguintes aspectos: objetivo da pesquisa, metodologia e referenciais utilizados.¹³ A leitura dos referidos trabalhos, possibilitou perceber que grande parte estava preocupada em: (I) legitimar a justiça restaurativa enquanto modelo transformador e adequado a tratar de conflitos penais, apto a suprir as falhas do sistema tradicional; (II) estabelecer o formato ideal de justiça restaurativa a ser implementado, adotando-se determinados métodos em detrimento de outros; (III) discutir o quanto de influência deve o Estado exercer ou não sobre o modelo restaurativo.

A título de exemplo é possível citar a dissertação de Andreia Pacheco, em sua dissertação de mestrado, intitulada “Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário” (PACHECO, 2012), destaca a relevância de compreendermos as distinções entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa¹⁴. Assim, ao afirmar que, para o modelo retributivo, o crime é compreendido sob um aspecto eminentemente jurídico, ou seja, como fato típico, ilícito e culpável, a autora pretendeu demonstrar que não há uma preocupação com as relações sociais que foram abaladas mediante a conduta delituosa, mas tão somente com o descumprimento da norma estatal que foi violada. Diante disso, a consequência será a sujeição das partes a um processo criminal, em que a vítima figura como elemento de prova e o acusado como aquele que atentou contra o próprio Estado, devendo assim, sofrer as consequências impostas pela lei. O modelo restaurativo, por sua vez, propõe uma mudança de foco, fazendo com que os envolvidos no delito participem ativamente do processo

¹² Como o presente trabalho visa discutir a produção acadêmica no âmbito do Direito, a análise ficará restrita a esses trabalhos.

¹³ Diante da limitação do número de páginas, seria inviável esmiuçar os aspectos de todos os trabalhos, motivo pelo qual optou-se por, a partir desses três aspectos, apresentar apenas os resultados das análises. Ressalta-se, ainda, que não há qualquer pretensão de desqualificar os trabalhos, diante da relevância de todas as pesquisas, mas tão somente explicitar o perfil da pesquisa jurídica no Brasil.

¹⁴ Segundo a autora: “Na justiça retributiva o conceito de crime é estritamente jurídico, e é o ato lesivo ao Estado, é a violação da Lei Penal e nela existe o monopólio estatal da justiça criminal. O ritual é solene e público, sendo a ação em regra indisponível, o procedimento é contencioso, contraditório, caracterizado pela formalidade de linguagem e atos. A atuação é centralizada nas autoridades e profissionais do Direito, a vítima e o ofensor têm papel de pouquíssima ou nenhuma importância, são coadjuvantes nesse cenário.” (PACHECO, 2012, p. 36).

de realização da justiça, retomando a proeminência que detinham antes da centralização do poder pela figura estatal, apresentando-se, portanto, como o modelo ideal.

No mesmo sentido, vale destacar a dissertação de Joalice de Jesus, intitulada “Justiça restaurativa aplicada ao juizado especial criminal: em busca do modelo ideal” (JESUS, 2014), que pretendeu apresentar um panorama teórico da justiça restaurativa, bem como fomentar a sua incorporação ao cenário jurídico brasileiro, notadamente a partir dos juzizados especiais criminais, tendo em vista que o paradigma restaurativo

assegura, perfeitamente, a dignidade à pessoa humana e abre espaço ao Poder Judiciário, para através de uma compreensão mais ampla de acesso à Justiça, atuar com maior adequação e propriedade, proporcionando a harmonização do tecido social. [...] [Assim,] produzir uma sistematização de conceitos sobre esse paradigma, com a finalidade de propiciar e orientar a compreensão para o desenho científico da implantação de um programa de Justiça Restaurativa é o objetivo deste trabalho. (JESUS, 2014, p. 16).

Importante mencionar, ainda, a pesquisa de André Barbosa (2015), que objetivou analisar a viabilidade da justiça restaurativa no Brasil. No entanto, menciona que as práticas restaurativas não devem significar o rompimento com o sistema atual, mas deve arejá-lo com uma nova percepção sobre os delitos e as respostas possíveis, levando-se em consideração as necessidades da vítima, sem, no entanto, violar os direitos do acusado; sendo, portanto, de suma importância a construção legislativa de um modelo, a fim de garantir a máxima proteção das partes. Considera, assim, utópico acreditar que o paradigma restaurativo poderia vir em substituição ao sistema de justiça tradicional e fora do controle estatal, posto que necessário haver uma fiscalização, evitando injustiças, distorções e arbitrariedades.¹⁵

Preocupando-se, ainda, com a formato ideal que a justiça restaurativa deve assumir no Brasil, destaca-se a dissertação de Juliana Ocampos (2016), que pretendeu defender a sua aplicação através da conciliação nos crimes de menor potencial ofensivo contra o meio ambiente. Por meio de pesquisa bibliográfica, a autora defendeu ser o método mais adequado, destacando

¹⁵ Em suas palavras: “Esse paradigma deve ser trabalhado não como substitutivo do processo penal tradicional, mas utilizado como alternativa em determinados casos, além de introduzir novos focos ao sistema de justiça penal. Defende-se que essa implantação seja gradativa no Brasil, a partir dos Juzizados Especiais Criminais. [...] Alcançar a legitimidade desta nova matriz é fundamental para que ela possa encontrar apoio social e ser ampliada a sua utilização.” (BARBOSA, 2015, p. 11).

para tanto a necessidade de criação de redes de assistência para o acompanhamento dos acordos restaurativos.¹⁶

Considerando a justiça restaurativa como uma forma de promover a pacificação social, sendo a mediação uma de suas ferramentas, Ana Maria Souza (2015) em sua dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, objetivou demonstrar a viabilidade de sua aplicação ao delito de porte de drogas para consumo pessoal previsto no artigo 28 da Lei n.11.343/2006. Para tanto, defende a autora que “Por não ser modalidade nova de justiça, ela não busca eliminar o sistema penal, mas sim readequá-lo, de modo que suas ações estejam dirigidas a atingir os fins penais, com o propósito de haver pacificação social jungida à proteção da dignidade da pessoa humana.” (SOUZA, 2015, p. 45). Assim, deixa claro seu posicionamento no sentido de que a justiça restaurativa deve ser implementada em conjunto com o Estado e não de maneira dissociada.

No mesmo sentido, o trabalho de Camilo de Carvalho (2014) intitulado “Mediação penal não paralela e integrada à justiça restaurativa: uma proposta de efetivação do acesso à justiça no Brasil.” O autor inicia fazendo uma abordagem teórica acerca do acesso à justiça, passando posteriormente para os aspectos – também teóricos – da justiça restaurativa, a fim de demonstrar as vantagens que a mediação, como técnica orientada pelo paradigma restaurativo, traz para a garantia de um processo justo e efetivo. Ressalta, ainda, que para isso, a mediação não deva ser um substitutivo do sistema formal de justiça, mas tão somente que seja um complemento a este, em especial porque a presença do Estado traz mais segurança para as partes.

Vale, ainda, destacar a pesquisa de Daniel Achutti (2016) que, partindo de uma perspectiva abolicionista, demonstra as características que a justiça restaurativa deve ter, a fim de que não se torne uma “presa” do sistema penal, servindo ao incremento do poder punitivo do Estado. Propõe, assim, que se evite o uso de termos já estigmatizados, bem como a reprodução de estereótipos sobre as partes (vítimas e infratores), sendo relevante o estímulo à participação dos envolvidos na resolução de seus conflitos. Ademais, salienta que o Projeto de Lei n. 7.006/2006, mantém a concentração de poderes nas mãos do juiz, visto que o encaminhamento dos casos ao procedimento restaurativo dependerá da sua anuência.¹⁷ Tomando por base as

¹⁶ “Os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em íntima conexão com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das organizações não governamentais, operando em rede, para encaminhamento de vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo.” (OCAMPOS, 2016, p. 77 e 78).

¹⁷ Assim, “a centralização de uma decisão importante como essa nas mãos dos magistrados (ou dos demais operadores jurídicos) contraria diretamente a necessária autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero

características da justiça restaurativa na Bélgica, o autor entende que apesar as peculiaridades de cada país “é possível tomar o caso belga como parâmetro de regulação para a estruturação de um modelo de justiça restaurativa no Brasil, de forma a abarcar os principais aspectos dos modelos informais de justiça e as particularidades da cultura jurídica brasileira.” (ACHUTTI, 2016, p. 275, grifos no original).

Chama atenção, ainda, o fato de que alguns trabalhos se propunham a realizar pesquisas empíricas, no entanto, verifiquei alguns pontos de distinção em relação à abordagem metodológica das pesquisas no campo das ciências sociais. Tal como a pesquisa de Joalice de Jesus (2014) que, a despeito de informar tratar-se de pesquisa empírica com base na experiência do II Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque, limitou-se a fazer uma mera revisão bibliográfica descrevendo o que fundamentou o projeto, como é a composição do Núcleo de J.R., a partir de informações extraídas do site do Tribunal de Justiça. Ademais, analisou alguns relatórios do ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente), no entanto, sem problematizar os aspectos normativos em face da realidade que se opera no interior da prática judiciária. O Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque também ganhou destaque na dissertação de Jonny dos Santos (2015) que realiza pesquisa empírica, entrevistando as pessoas que trabalham no referido órgão, no entanto, utiliza as falas para corroborar os aspectos teóricos a respeito da justiça restaurativa.¹⁸

No entanto, chamou atenção a dissertação de Juliana Benedetti (2009), intitulado “Tão próximos, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade” que apesar de ter sido apresentado no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, traz uma relevante interlocução com a Sociologia. Objetivando demonstrar que o paradigma restaurativo não se ajusta de maneira indistinta a todos os cenários existentes na sociedade contemporânea, a autora realiza estudo de caso a partir de sua experiência prática no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante – DF. Enquanto pesquisadora do ILANUD, selecionou cinco casos, três que

apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de não repetir a sua lógica de funcionamento.” (ACHUTTI, 2016, p. 271-272).

¹⁸ Como se pode inferir no seguinte trecho, em que o autor apresenta uma premissa e utiliza a fala do entrevistado para corroborar o que foi dito: “A mediação no Largo do Tanque busca a solução do conflito interpessoal, incentiva o diálogo e a negociação, sem impor sugestões, vejamos: [...] Se tem um mediador que pode, que tem um perfil para contornar aquela situação, para fazer as pessoas entenderem que elas mesmas podem resolver seus conflitos construindo, então eu creio que a Justiça Restaurativa pode ser um instrumento e é, pelo menos no nosso caso, muito útil ao judiciário (Entrevistado 4).” (SANTOS, 2015, p. 110-111).

ainda estavam em andamento e contribuíram para explicitar a dinâmica dos procedimentos restaurativos e dois, que já tinham sido encerrados e foram, portanto, analisados a partir do exame dos processos judiciais e de entrevistas com as partes envolvidas no conflito. Trata-se, portanto, de pesquisa que possibilitou uma análise qualitativa dos dados, viabilizando uma descrição mais minuciosa sobre o projeto implementado no campo escolhido.

Analisando, assim, estes e outros trabalhos foi possível perceber que a grande maioria apresenta um perfil de pesquisa dogmática – mesmo quando pretendia fazer pesquisa empírica –, pautada em revisão bibliográfica a partir de livros e pesquisas produzidas no âmbito do Direito. Além disso, dentre os trabalhos que se propunham a realizar pesquisa empírica, de maneira geral não traziam uma análise qualitativa dos dados, tampouco dialogavam com referenciais das ciências sociais, demonstrando, assim, que se trata de um campo voltado para si próprio, que cria obstáculos a outras formas de produção do conhecimento.

3. DESAFIOS DA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: UMA PROPOSTA INTERDISCIPLINAR

Este artigo, como explicado anteriormente, surge a partir da necessidade de se reconhecer a relevância da realização de pesquisas empíricas para compreender o Direito e suas instituições. Desde a graduação os alunos são ensinados a partir de um saber que não se preocupa em analisar as práticas, mas apenas em (re)produzir dogmas, que muitas vezes não guardam correspondência com o que ocorre na realidade. A proposta de pensar o Direito a partir de um novo viés, traz consigo a importância de uma interlocução com outros saberes, notadamente com a Sociologia e a Antropologia.

Marcos Nobre (2004, p. 6), ao apresentar um diagnóstico sobre a pesquisa em Direito no Brasil destaca que houve verdadeiro atraso em relação às demais disciplinas das ciências sociais “em razão de seu isolamento [de modo que] o Direito não acompanhou integralmente os mais notáveis avanços da pesquisa acadêmica no Brasil nos últimos cinquenta anos.” Aponta, ainda, como possíveis razões para esse isolamento:

Em primeiro lugar, à primazia do que poderíamos chamar de “princípio da antiguidade”, já que no Brasil o direito é a disciplina universitária mais antiga, bem como a mais diretamente identificada com o exercício do poder político, em particular no século XIX. Desse modo, na década de 1930 o direito não apenas não se encontrava na posição de quase absoluta novidade, como as demais disciplinas de ciências humanas, mas também parecia se arrogar dentre estas a posição de “ciência rainha”, em geral voltando-se aos demais ramos de conhecimento somente na medida em que importavam para o exame jurídico dos temas em

debate. Em segundo lugar, considero importante destacar que o modelo de universidade implantado no bojo do projeto nacional-desenvolvimentista, cujo marco se convencionou situar em 1930, tinha características marcadamente “antibacharelescas”. Dito de outra maneira, tal como praticado até a primeira metade do século XX, o direito era em larga medida identificado aos obstáculos a serem vencidos: a falta de rigor científico, o eclecismo teórico e uma inadmissível falta de independência em relação à política e à moral — independência que era a marca por excelência da ciência moderna defendida pela universidade nacional- desenvolvimentista. Essa situação provocou um entrincheiramento mútuo entre o direito e as demais disciplinas de ciências humanas. (Nobre, 2004, p. 5)

O problema que se coloca nesse aspecto “monolítico” do Direito é que o mesmo é entendido a partir de um “dever-ser”, voltando sua atenção sobre como devem ser as normas que regulam a sociedade, não se atendo a como de fato se operam na realidade. Assim, temos uma formação jurídica pautada na reprodução de uma perspectiva idealizada do Direito, que o imagina em sua forma ideal, e que se repete de maneira acrítica nos mais diversos manuais (KANT DE LIMA; LUPETTI BAPTISTA, 2010). Nesse sentido, destaca Bastos (1991, p. 14), em seu estudo acerca da Pós-Graduação em Direito, que:

Institucionalmente a mentalidade que tem dominado os estudos jurídicos está voltada para estudos aprofundados de reprodução dos institutos jurídicos e não para sua crítica. Nas faculdades de Direito não existe uma mentalidade voltada para a produção do objeto do conhecimento jurídico, o que inviabiliza a pesquisa como método de ensino e aprendizagem.

No Direito, somos acostumados a conhecer os mais diversos posicionamentos, doutrinários e jurisprudenciais, acerca de cada assunto e quanto mais correntes¹⁹ se conhece, maior é o seu domínio na área.²⁰ Da mesma forma, os concursos para ingresso nas carreiras jurídicas de maior prestígio (Ministério Público, Defensoria Pública e Magistratura) exigem que os

¹⁹ As correntes doutrinárias – expressão própria do vocabulário nativo - são estabelecidas a partir das diversas interpretações acerca das normas jurídicas realizadas por grupos de pessoas consagradas no campo do Direito, dando ensejo a entendimentos que não guardam consonância entre si. Assim, de forma bastante frequente, tais posicionamentos são adotados e citados pelos magistrados no momento de solucionarem os conflitos, disseminando assim as controvérsias que dão ensejo a decisões contraditórias e a consequente aplicação desigual da lei, visto que cada um decide conforme a sua consciência, bastando encontrar uma corrente que legitime a decisão.

²⁰ Nesse sentido: “Ao se aferir o saber jurídico dos atores do campo, não são as questões consensualizadas – portadoras de sentidos compartilhados – que são valorizadas, mas qualifica-se exatamente o domínio intelectual das divergências, dos posicionamentos – enfim, das controvérsias. Tanto é que nos concursos de ingresso para as carreiras jurídicas, v.g. magistratura, é frequente, nas provas às quais os candidatos se submetem, que lhes seja exigido o domínio de ‘questões controvertidas’, cuja resposta esperada implica a exposição das diferentes correntes sobre o problema. De forma jocosa, ensina-se aos candidatos que a resposta a ser dada aos questionamentos elaborados nos exames de ingresso deve começar com a frase ‘depende, pois há controvérsias.’” (ÍÓRIO FILHO; DUARTE; LUPETTI BAPTISTA, 2015, p. 30).

candidatos saibam o maior número possível de entendimentos doutrinários e como que os tribunais vêm aplicando em suas decisões.

A rotina burocrática do dia-dia forense com a qual o profissional precisa lidar - sempre preocupado com prazos e audiências -, muitas vezes acaba dificultando a reflexão sobre as práticas em que ele mesmo está inserido. Na verdade, socializar-se nessas práticas já é um desafio diário, como explicitou Kant de Lima analisando a formação jurídica:

À faculdade restava o papel de formar bacharéis em Direito, constituindo-se o diploma em requisito necessário, mas não suficiente para a prática da advocacia. O verdadeiro aprendizado ficava por conta de mecanismos, processos e práticas informais a serem socialmente (e não tecnicamente) aprendidos. (KANT DE LIMA, 2011, p. 26-27).

Assim, o aluno desde o primeiro período da graduação se acostuma a ouvir que “na prática a teoria é outra”, o que significa que ler livros e manuais de Direito não necessariamente lhe possibilitará ter uma percepção sobre o que ocorre na realidade, tampouco compreender as lógicas que operam no sistema judiciário. Os discursos que a dogmática produz revelam uma produção “manualesca” preocupada em conceituar, classificar e normatizar categorias a partir de uma perspectiva utópica e idealizada (dever-ser), tornando invisíveis certos aspectos da prática, que acabam sendo assimilados de forma naturalizada. Como a ciência jurídica é muito fechada em si mesma, não estamos acostumados a recorrer a outras ciências para pensar as nossas questões, o que torna ainda mais difícil manter uma estreita relação.

Assim, faz-se necessário explicitar a forma como se constrói o saber jurídico para compreendermos como influencia na elaboração das pesquisas acadêmicas. Além disso, tanto na produção dogmática, como no processo judicial, o campo do Direito é marcado pela lógica do contraditório, que se trata de uma estrutura construída a partir de exercícios realizados na tradicional Escola de Bologna, que consistiam em disputas de oratória – *contradicta* - entre alunos do curso de Direito até que se decidisse com quem estava a razão. Assim, travava-se uma disputa contínua de argumentação entre os participantes, que só tinha fim quando a autoridade determinava quem havia vencido, sem que com isso tivesse se formado um consenso sobre a matéria. (AMORIM, 2006; IÓRIO FILHO; DUARTE, LUPETTI BAPTISTA, 2015).

A formação do conhecimento jurídico brasileiro traz características próprias dessa lógica, que não busca a construção de um saber pautado no consenso. Na verdade, o que temos é uma eterna disputa na doutrina para saber quem está com a razão. Assim, Berman (2004) destaca que o saber jurídico não deve ser considerado como um saber científico, mas sim como um saber dogmático, posto que construído através de interpretação que pessoas legitimadas do campo

realizam sobre a lei – logo, não há o que Bourdieu (1989) chama de “consenso no dissenso”. Quando saímos do âmbito puramente teórico e passamos a uma análise prática do Direito, é possível perceber que essa lógica também se opera quando da aplicação concreta da lei, em que não há consenso entre os magistrados, já que para “cada juiz, uma sentença”.²¹

Dessa forma, haverá sempre a disputa em busca de uma verdade, que será determinada a partir de quem tem autoridade para colocar fim ao dissenso, escolhendo qual das versões é a vencedora, dando-se, portanto, mais relevância “à lógica dos argumentos de autoridade do que àquela da autoridade dos argumentos, esta última própria da argumentação científica contemporânea, fundada na construção sucessiva de consensos temporários, fundamento de seu suporte *fático*.” (KANT DE LIMA; LUPETTI BAPTISTA, 2010, p. 5)

Percebe-se, com isso, a premente necessidade de construir um caminho metodológico mais democrático, que abra espaço para uma interlocução com as ciências sociais, diante de sua expertise com pesquisas de caráter empírico. Fragale Filho (2007, p. 56) ao demonstrar a importância da Sociologia Jurídica aduz ser “uma necessidade para desmistificar certezas e explicar que o mundo é muito mais complexo e inseguro do que sugere a certeza da norma”, demonstrando, portanto, que o Direito não se resume a sua dimensão estritamente normativa. Do mesmo modo, a Antropologia permite um exercício de estranhamento e relativização de verdades consagradas, uma vez que

O olhar antropológico é essencialmente um olhar marcado pelo *estranhamento*, mas não no sentido de suspeição. Trata-se, na verdade, de uma forma peculiar de ver o mundo e as suas representações, partindo sempre, necessariamente, de um surpreender-se com tudo aquilo que aos olhos dos outros parece natural. Relativizar categorias e conceitos e desconstruir verdades consagradas são, pois, importantes exercícios

²¹ Apesar da diferença existente entre as categorias “princípio do contraditório” e “lógica do contraditório”, é possível perceber uma relação entre ambos, visto que um dos fatores que legitima tantas controvérsias é que a existência desses “diálogos” assegura uma ordem democrática. Na verdade essa disputa que se dá no campo jurídico²¹ para saber quem detém o monopólio interpretativo fomenta ainda mais dissensos e conflitos sociais²¹, tendo em vista, notadamente, a impossibilidade de internalização das normas jurídicas pelos jurisdicionados, que não conseguem prever como se dará a interpretação e concretização da lei diante do caso concreto. Da Matta (1981) assevera a necessidade de haver regras e normas de maneira explícita para que os membros da sociedade possam com elas se identificar e escolher conscientemente como agir, compondo o que o autor chama de “tradição”. Nesse sentido: “A consciência de regras e normas é, pois, uma forma de presença social, sempre dada num dialogar, com posições bem marcadas pelo grupo. Quando eu tenho consciência de que devo escrever ou dar minha opinião sobre determinado assunto, estou sempre realizando a ação depois de um diálogo com a minha consciência. E minha consciência é um armazém de paradigmas e regras de ação, todas colocadas ali pelo meu grupo e minha biografia neste grupo. [...] Como consequência disto, a tradição viva e a consciência social subentendem responsabilidade. E responsabilidade significa excluir possibilidades e isso diz respeito a formas de escolhas entre muitos modos de pensar, perceber, classificar, ordenar e praticar uma ação sobre o real. Uma tradição viva é, pois, um conjunto de escolhas que necessariamente excluem formas de realizar tarefas e de classificar o mundo. [...] Ter tradição significa, por tudo isso, mais do que viver ordenadamente certas regras plenamente estabelecidas. Significa, isso sim, vivenciar as regras de modo consciente (e responsável), colocando-as dentro de uma forma qualquer de temporalidade.” (DA MATTA, 1981, p. 48-49).

antropológicos e podem ser igualmente um fundamental exercício jurídico, de grande valia para promover as consequentes transformações pelas quais o Judiciário vem lutando e necessita concretizar, caracterizando-se também como um esforço significativo para se tentar romper com as formas tradicionais de produção, legitimação e consagração do saber jurídico. (KANT DE LIMA; LUPETTI BAPTISTA, 2010, p. 3, grifo dos autores).

O desafio, portanto, está colocado quando se sugere a interlocução entre o fazer antropológico e o fazer jurídico, já que o contraste metodológico pode trazer significativos obstáculos para o diálogo entre os dois campos. Apesar das dificuldades, o próprio campo jurídico já começou a perceber que a dogmática não dá conta de explicar os problemas que surgem no cotidiano das práticas judiciais, necessitando, assim, de um instrumento que permita olhar para o contexto fático. Tomando o Direito como objeto de pesquisa, é possível perceber que “a análise das práticas judiciais é a ferramenta metodológica que permite lançar um espelho autorreflexivo sobre o Judiciário e suas tradições e, a partir disso, ao conhecê-los melhor, tentar aprimorá-los, pois, com efeito, só é possível transformar aquilo que se conhece.” (KANT DE LIMA; LUPETTI BAPTISTA, 2010, p. 4).

Ultrapassar a lógica reprodutiva, própria da construção dogmática do saber jurídico, pressupõe uma apropriação de outros métodos e técnicas de pesquisa, dentre as quais é possível citar a etnografia e a observação participante²², que priorizam a pesquisa de campo, a fim de descrever – minuciosamente - e interpretar os fenômenos observados.²³ Tal perspectiva também se apresenta de grande utilidade no estudo das leis. Enquanto para o estudante de Direito leis são regras que emanam do Estado, notadamente por meio de seu Poder Legislativo, para o cientista social - antropólogos e sociólogos - o foco não está apenas nas regras e instituições formais. Seu interesse está diretamente relacionado a todo o conjunto de normas existentes na sociedade, as

²² A despeito da relevância de tais ferramentas, é importante enfatizar que nem toda pesquisa empírica pressupõe um trabalho etnográfico, bastando, para tanto, a construção de um conhecimento reflexivo e crítico voltado para a realidade, que permita questionar categorias que o Direito costuma reproduzir como verdades absolutas. Epstein e King destacam que “A atividade de pesquisa é o meio pelo qual o investigador produzirá novo conhecimento e a pesquisa será empírica se as conclusões forem baseadas em observação ou experimentação. [...] O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coleta de dados primários. Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certos ou muito incertos, diretamente observados ou conseguidos indiretamente; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica.” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 7-12).

²³ “É talvez através da observação participante (ou da participação observante) que se tem a possibilidade de analisar, por exemplo, a dimensão da dominação no cotidiano e perceber como a cultura reflete e medeia as contradições de uma sociedade complexa, procurando estudar a cultura não como algo externo mas como um fenômeno que é produzido pelos homens nas suas relações sociais.” (OLIVEN, 2007, p. 14).

sanções correspondentes ao descumprimento dessas normas, bem como ao contexto em que estão inseridas, mantendo assim, o funcionamento social. Malinowski (2003) chama atenção para a necessidade de analisar as regras dentro do contexto cultural da sociedade para que se possa compreender seu verdadeiro significado. Propõe, então, que se faça um estudo por meio da observação direta, de como operam tais regras na vida real da sociedade:

Um estudo desse tipo revela que os mandamentos da lei e do costume estão sempre organicamente ligados e não isolados. Revela ainda que sua natureza consiste nos muitos tentáculos que lançam no contexto da vida social, que somente existem na cadeia das transações sociais em que são apenas um elo. Afirmando que a maneira desarticulada pela qual é feita a maioria dos relatos da vida tribal resulta de informações imperfeitas e é realmente incompatível com o caráter geral da vida humana e com as exigências da organização social. (MALINOWSKI, 2003, p. 94).

Ao contrário do caráter dogmático da ciência jurídica, o estudo do Direito a partir de uma perspectiva empírica, de cunho etnográfico, permite a compreensão dos significados que são atribuídos às normas pelos próprios operadores do campo, revelando com isso dados muitas vezes diferentes dos discursos oficiais e formais. Na pesquisa etnográfica é de grande importância a descrição detalhada do campo e a explicitação dos fenômenos observados, possibilitando, assim, a vivência e a materialização do Direito, buscando-se compreender o que, de fato, acontece, como acontece e o que dizem, fazem e sentem seus operadores.

Assim, não basta que o antropólogo se ponha a observar os rituais e a descrevê-los posteriormente, visto que a realidade poderia estar sendo construída a partir das concepções pré-estabelecidas do próprio pesquisador; é importante compreender as categorias a partir de uma descrição densa, de maneira a se realizar uma etnografia que não apenas se limite a registrar fatos isoladamente, mas sim que esteja preocupada em interpretá-los, buscando os significados contidos em cada um dentro do contexto social. O olhar e o ouvir, característicos da empiria, estariam incompletos se dissociados do sentido dos rituais para o povo que os pratica, sendo de grande relevância a realização de entrevistas, buscando o pesquisador estabelecer uma relação dialógica com seu interlocutor.

Dessa forma, a pesquisa empírica, notadamente quando realizada a partir de trabalho de campo representa a “possibilidade de vivenciar a materialização do Direito, deixando de lado, por um momento, o referencial dos códigos e das leis [bem como os manuais] para explicitar e tentar entender o que de fato acontece” (KANT DE LIMA; LUPETTI BAPTISTA, 2010, p. 7). No entanto, apesar da existência de diversas pesquisas que se orientam a partir de uma perspectiva empírica, ainda há grande resistência no campo jurídico em aceitar a intervenção de outros

saberes em seu universo, revelando uma certa desvalorização do conhecimento advindo da empiria. Isso reflete diretamente na produção acadêmica, como será demonstrado, fazendo com que pesquisas dogmáticas preponderem sobre as de caráter etnográfico, ainda que as discussões permaneçam no mundo da abstração, pouco dialogando com a prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo é parte de pesquisa maior sobre os chamados “métodos adequados de resolução de conflitos” em que se pretendia compreender como vêm sendo implementado na esfera criminal um modelo de justiça consensual. Verificou-se, então, que para além a conciliação e da mediação, muito enfatizadas para conflitos de natureza extrapenal, começaram a surgir discursos propondo a implementação no Brasil da chamada justiça restaurativa.

Para compreender melhor tal paradigma, realizou-se levantamento inicial sobre a produção acadêmica, notadamente teses e dissertações elaboradas nos diversos Programas de Pós-Graduação brasileiros. Chamou atenção o fato de que grande parte dos trabalhos, como foi demonstrado, apresentavam caráter eminentemente dogmático, voltados a discutir como deve ser implementada a justiça restaurativa.

Assim, os resultados da consulta apresentaram poucos trabalhos que se propunham a realizar pesquisas empíricas, demonstrando, com isso, diálogo em relação às possíveis contradições e disputas interiores acerca das definições sobre a justiça restaurativa e a mediação penal e de como são se operam na prática. Foram também encontrados trabalhos que se propunham a realizar pesquisas empíricas, no entanto, restringiam-se a apresentar dados estatísticos, sem tecer maiores reflexões a respeito, fundamentando-se, portanto em pesquisa de cunho quantitativo.

Percebeu-se, então, que a forma de construção do saber jurídico, fundamentando em abstrações, em que prepondera a lógica do contraditório, acaba por orientar também grande parte da produção acadêmica. Apesar de já existir pesquisas preocupadas em explicitar as práticas, o Direito continua sendo um campo fechado, preocupado em elaborar doutrina, ainda que não corresponda com a realidade. Dessa forma, o presente artigo pretendeu refletir sobre a importância de pensarmos as práticas judiciais, analisando como de fato se operam, principalmente a partir da visão dos atores do campo, sendo imprescindível, para tanto, uma interlocução com as Ciências Sociais.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMORIM, Maria Stella. Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 107 – 133, 2006. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/148/160>. Acesso em: 05 nov. 2017.

AZEVEDO, André Goma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 6. ed, 2016.

BASTOS, Aurélio Wander. Pesquisa jurídica no Brasil: diagnósticos e perspectivas. *Sequência. Estudos jurídicos e políticos (Revista da Universidade Federal de Santa Catarina)*. v.12. n. 23. Florianópolis, 1991. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16148/0>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29 novembro 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 225 de 31 maio 2016. *Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília, 2016a.

_____. Lei Nacional da Mediação. *Lei n. 13.140*, de 26 de junho de 2015.

BARBOSA, André Araújo. *Justiça restaurativa: uma proposta democrática e dignificante de resposta ao delito viabilizada a partir dos juizados especiais criminais*. [Dissertação]. Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado em Direito Constitucional – da Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2015.

BASTOS, Aurélio Wander. Pesquisa jurídica no Brasil: diagnósticos e perspectivas. *Sequência. Estudos jurídicos e políticos (Revista da Universidade Federal de Santa Catarina)*. v.12. n. 23. Florianópolis, 1991. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16148/0>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Tão próximos, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade*. [Dissertação]. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BERMAN, Harold. *Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo, Editora Unisino, 2004.

BIBLIOTECA DIGITAL BRASILEIRA DE TESES E DISSERTAÇÕES. Disponível em: <www.bdttd.ibict.br>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. *Mediação penal não paralela e integrada à justiça restaurativa: uma proposta de efetivação do acesso à justiça no Brasil*. [Dissertação]. Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

CHRISTIE, Nils. *Limite à dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução de Gustavo Ávila, Bruno Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CUNHA, Katia Regina Mendes. *Justiça restaurativa: uma perspectiva em construção para a comarca de Santo Antônio de Jesus-Bahia*. [Dissertação]. Mestrado Profissional em Segurança Pública – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

DA MATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de: Fábio Morosini (coord.). et al. Título original: The rules of inference. São Paulo: Direito GV, 2013.

FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE). Enunciados Criminais. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>>. Acesso em: 16 out. 2017.

FRAGALE FILHO, Roberto. *O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2007, pp. 45-58.

IÓRIO FILHO, Rafael Mário; DUARTE, Fernanda; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. A lógica do contraditório: ainda como medievais. *Anais do XXIV Encontro Nacional do Conpedi*. Sergipe. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pl11O2aGtQDxF62B.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

_____. *Innovations pénales et justice réparatrice*. Champ pénal/Penal field [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, 2007. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/champpenal/1269#quotation>>. Acesso em: 11 out. 2018.

JESUS, Joalice Maria Guimarães de. *Justiça restaurativa aplicada ao juizado especial criminal: em busca do modelo ideal*. [Dissertação]. Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do Direito no Brasil. In: ____; MISSE, Michel (coord.). *Ensaio de antropologia e de direito*. Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A Antropologia da Academia: quando os índios somos nós*. 3. ed. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2011.

____; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: um contribuição antropológica*. 7º Encontro da ABCP. Recife/Pernambuco, 2010.

LINCK, Valéria de Sousa. *O Sistema de Justiça Penal e a Justiça Restaurativa: Concepções Filosóficas e Psicológicas Subjacentes*. [Dissertação]. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Revista Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, jul. 2003.

OCAMPOS, Juliana Buck Gianini. *Justiça restaurativa e crimes ambientais de menor potencial ofensivo*. [Dissertação] Universidade Católica de Santos – UNISANTOS – Faculdade de Direito, 2016.

OLIVEN, Ruben George. *A antropologia de grupos urbanos*. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário*. [Dissertação]. Mestrado Profissional em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS, Jonny Maikel dos. *Justiça restaurativa: aspectos teóricos e análise das práticas do 2º juizado criminal do Largo do Tanque - Salvador, BA*. [Dissertação]. Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, 2015.

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

SOUZA, Ana Maria Pereira de. *Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflito: sua aplicabilidade ao artigo 28 da lei n.11.343/06*. [Dissertação]. Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



NERI, Bianca Garcia. SABER JURÍDICO E JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: PESQUISANDO EM PESQUISAS. **Lex Humana**, v. 11, n. 2, dez. 2019. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1805>>.
