

DA JUSTIÇA RETRIBUTIVA À JUSTIÇA RESTAURATIVA: CAMINHOS E DESCAMINHOS

FROM RETRIBUTIVE JUSTICE TO RESTORATIVE
JUSTICE: UPS AND DOWNS

DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA A LA JUSTICIA
RESTAURATIVA: CAMINOS Y DESCAMINOS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. O significado da punição para a justiça retributiva; 3. O surgimento da justiça restaurativa como um novo paradigma em contraposição à justiça retributiva; 4. Os problemas para implementação da justiça restaurativa; 5. Considerações finais; Referências

RESUMO:

A justiça restaurativa pode ser considerada como um modelo emergente que surge frente a uma crise paradigmática da justiça retributiva e que consiste na insustentabilidade de concentrar a justiça penal somente na autoridade das ciências dogmáticas. Nesse sentido, o presente trabalho, desenvolvido pelo método de revisão bibliográfica, tem por escopo discutir os caminhos e descaminhos percorridos pela justiça criminal mesmo após o surgimento do novo paradigma de justiça restaurativa. Por fim, torna-se possível concluir, sem intenção de exaurir as discussões acerca da temática, que o conceito de justiça restaurativa não exclui a punição, mas engloba modalidades alternativas de responsabilização.

ABSTRACT:

Restorative justice can be considered as an

Como citar este artigo:
OLIVEIRA, Samyle,
SANTANA, Selma,
CARDOSO NETO,
Vilobaldo. Da justiça
retributiva à justiça
restaurativa: caminhos
e descaminhos.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 28, p. 155-181.

Data da submissão:
21/03/2018
Data da aprovação:
15/05/2018

1. Universidade
Tiradentes
UNIT – SE - Brasil
2. Universidade
Federal da Bahia-
UFBA- Brasil
3. Universidade
Tiradentes
UNIT - SE- Brasil

emergent model that arises in the face of a paradigmatic crisis of retributive justice, and which consists in the unsustainability of concentrating criminal justice only on the authority of dogmatic sciences. In this sense, the present work, developed by the method of bibliographical revision, has the scope to discuss the paths and ways misdirected by criminal justice even after the emergence of the new paradigm of restorative justice. Finally, it is possible to conclude, without intending to exhaust the discussions on the subject, that the concept of restorative justice does not exclude punishment, but it includes alternative forms of accountability.

RESUMEN:

A justicia restaurativa puede ser considerada como un modelo emergente que surge frente a una crisis paradigmática de la justicia retributiva y que consiste en la insostenibilidad de concentrar la justicia penal sólo en la autoridad de las ciencias dogmáticas. En este sentido, el presente trabajo, desarrollado por el método de revisión bibliográfica, tiene por objeto discutir los caminos y descaminos recorridos por la justicia penal incluso después del surgimiento del nuevo paradigma de justicia restaurativa. Por último, es posible concluir, sin intención de exudir las discusiones sobre la temática, que el concepto de justicia restaurativa no excluye el castigo, sino que engloba modalidades alternativas de rendición de cuentas.

PALAVRAS-CHAVE:

Justiça Retributiva; Justiça Restaurativa; Política Criminal.

KEYWORDS:

Retributive Justice; Restorative Justice; Criminal Policy.

PALABRAS CLAVE:

Justicia Retributiva; Justicia Restaurativa; Política criminal.

1. INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa surgiu, em meados das décadas de 60 e 70, como uma proposta híbrida das contribuições do abolicionismo e da vitimologia¹ frente à crise paradigmática enfrentada pelo modelo de justiça retributiva. Em outras palavras, a irrupção dessa “nova” modalidade de justiça representou a necessidade de mudança do olhar do sistema penal para a vítima, sempre deixada à margem do processo penal, e para o ofensor, visando a sua responsabilização pelo delito cometido. Ademais, conforme sugere Zehr (2008), trouxe uma nova leitura para o crime e para a própria justiça, através de uma verdadeira troca de lentes.

Sendo assim, se a justiça restaurativa pode ser considerada um novo paradigma da justiça criminal, por que a sua aplicação aos conflitos ainda não é considerada como óbvia?

Partindo dessa premissa inicial, o trabalho irá apontar os caminhos e descaminhos percorridos pela justiça retributiva e pela justiça criminal mesmo após o surgimento do novo paradigma de justiça, denominada restaurativa. A partir disso, o trabalho demonstrará, ao discutir sobre o significado da punição para a justiça retributiva, que o sistema penal foi e ainda é incapaz de auxiliar na resolução dos conflitos, pois não atua de forma a prevenir delitos e nem mesmo contribui com a efetiva reintegração social do ofensor e a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Em um segundo momento, o estudo abordará sobre o surgimento da justiça restaurativa como um novo paradigma em contraposição à justiça retributiva, com a finalidade de definir o instituto e justificar o status de “novo paradigma” que lhe foi atribuído.

Por fim, é preciso entender as razões pelas quais a aplicação da justiça restaurativa aos conflitos ainda está revestida de desconfianças e resistências, tanto por parte dos juristas, quanto por parte daqueles que desconhecem os seus procedimentos.

2. O SIGNIFICADO DA PUNIÇÃO PARA A JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A pena de prisão e as consequências do encarceramento para os apenados e a sociedade em geral foram temas discutidos, sobremaneira, durante a segunda metade do século XX²³ e continuam sendo até os dias atuais. A pena tem não apenas funções expressas, às quais correspondem

as suas categorias da teoria dogmática, mas também funções reais ocultas ou latentes:

O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se ao juízo da racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais. (...) O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime diretamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 88, grifos do autor).

Desse modo, em razão da existência das funções não-punitivas expressas, (na qual podem ser inseridos os planos de políticas criminais e penitenciárias), em confronto com as funções punitivas latentes, (“mais penas” e “mais punição”), é que surgem os discursos legitimadores e deslegitimadores da prisão.

Segundo Barbara Hudson (2003, p. 3, tradução nossa), as razões para a punição dividem-se em dois grupos, os que se preocupam com a prevenção de futuros crimes e aqueles que se preocupam em punir crimes já cometidos. Essas teorias que vêem o objetivo da punição como prevenir o crime futuro são algumas vezes referidas como utilitárias, em razão da influência da filosofia político-moral utilitarista⁴; ou como consequencialistas, porque justificam a punição por suas consequências futuras antecipadas, ou como redutivista, porque seu objetivo é a redução do crime⁵.

A corrente retributivista defende a idéia de que o objetivo da punição judicial é atribuir culpa moral ao ofensor pelo delito que ele fez e que a conduta futura do infrator ou de outros membros da sociedade não é uma preocupação apropriada da punição⁶ (HUDSON, 2003, p. 3, tradução nossa).

A partir do século XVII, as correntes utilitaristas e retributivistas começaram uma disputa teórica quanto aos fundamentos da punição. Mas no século XIX surgiram muitas teorias “mistas” ou “conciliatórias” da pena criminal, que refletiam a noção de que a punição penal tinha por fundamento tanto a prevenção, quanto a retribuição, dando origem a um

sincretismo filosófico-moral entre fundamentos retributivos e utilitários.

Em outras palavras, dentre as principais características da justiça retributiva podemos apontar a prevalência do direito penal dogmático com a utilização dos procedimentos formais rígidos com foco direcionado ao infrator. Para essa corrente, o criminoso comete um ato contra a sociedade, contra o Estado, e deve responder por meio da pena privativa de liberdade. Sendo assim, trata-se de um modelo de justiça que dá espaço à existência de penas desumanas e degradantes, sem qualquer preocupação com a vítima ou mesmo com a relação vítima/infrator.

Verifica-se, contudo, que tal configuração, ao desapropriar da vítima e do infrator a capacidade de se envolverem com a busca da solução e pacificação do litígio, não trouxe a diminuição da criminalidade⁷ (interesse do Estado) e nem muito menos a satisfação da vítima (principal interessada). Pelo contrário, o modelo retributivo de punir, conforme apontado por diversos estudos, é capaz de deixar consequências nefastas.

Na obra “Manicômios, prisões e conventos”, Goffman (1974, p. 17-18) apontou algumas características das instituições totais, já descritas no próprio título. A primeira delas é que “todos os aspectos da vida do condenado são realizadas no mesmo local e sob uma autoridade única”. A segunda é que “cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e abrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto”. No caso da prisão, o participante é o condenado.

Considerando essas características, é possível identificar quais as sequelas deixadas pelas instituições totais, as quais podem gerar “sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente”, a mortificação do eu (GOFFMAN, 1974, p. 24). No caso das prisões, muitas vezes um preso chega com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas discussões sociais. Ao entrar, é imediatamente despedido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, “começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações” (GOFFMAN, 1974, p. 24).

O mais perigoso ainda é que a mortificação do eu, quando sobrepesada por uma punição excessiva em relação ao crime cometido, pode gerar um sentimento de vingança daquele que foi submetido ao castigo desproporcional:

Por seu raciocínio, depois de um delinquente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei, passa a justificar o seu ato – o que não podia fazer quando o cometeu. Decide “descontar” o tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei e a vingar-se na primeira oportunidade, através de outros crimes (GOFFMAN, 1974, p. 56).

Enfim, esse extrato retrata a possibilidade de haver uma punição desproporcional capaz de provocar incalculáveis consequências. Verifica-se, nesse caso, que a reposta do Estado pode provocar uma “rejeição do condenado após a saída da prisão ou do desviante após o tratamento⁸ em um estabelecimento especializado” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 83).

Dentro dessa perspectiva, ao discutir sobre principais ideias, disciplinas e perspectivas encontradas na chamada penologia ocidental moderna ou “modern Western penology”⁹, Barbara Hudson (2003, p.1), conclui que os sistemas penais atuais, são reflexos da ideia de punição difundida a partir da Revolução Industrial que trouxe consigo uma transformação social e econômica.

Segundo Hudson (2003, p.1, tradução nossa) a punição, objeto de estudo da penologia, difere-se de outras dores e está associada à ideia de penalidades autorizadas pelo Estado e por seus funcionários, em resposta ao crime. São critérios da punição: deve envolver um mal, um desgasto à vítima; deve ser por uma ofensa, real ou suposta; deve ser de um ofensor, real ou suposto; deve ser o trabalho de agências pessoais; deve ser imposta por uma autoridade conferida por ou pelas instituições, contra as regras de que a infração foi cometida. Neste último, estão presentes o direito penal e o sistema penal¹⁰.

Além disso, é possível ainda, considerar um sexto critério¹¹ que consiste no fato de que a dor¹² ou desgasto deve ser uma parte essencial do que se pretende e não meramente um resultado casual ou acidental (HUDSON, 2003, p. 2).

Nesse contexto, Walker (apud HUDSON, 2003, p.2, tradução nossa) enfatiza que a punição é definida de acordo com a intenção da pessoa que ordena que algo seja feito e não a partir da intenção da pessoa a quem é feito. Segundo Hudson (2003, p.2, tradução nossa), esses critérios distinguem a punição de outros tipos de desgasto como, por exemplo, “a retribuição divina, os pesos de consciência, ter que estar na escola ou no

trabalho quando se prefere estar em outro lugar”. Verifica-se, contudo, que a definição de punição chegou a incluir, além dos critérios já apontados, o fato de ser aplicada em razão de uma ofensa criminal, de um delito, pronunciado pelo Poder Judiciário e administrado por instituições penais como as prisões e o serviço de liberdade condicional (HUDSON, 2003, p. 2, tradução nossa).

Contudo, o fato é que a necessidade de punição dos infratores tem inúmeras respostas possíveis. Acredita-se, então, que tais indivíduos devam ser punidos porque merecem; para impedi-los de cometer mais crimes; para assegurar a vítima que a sociedade se preocupa com o que lhe aconteceu; para desencorajar outras pessoas a fazerem a mesma coisa; para proteger a sociedade de pessoas perigosas ou desonestas; para permitir que os infratores reparem o dano que causaram; para que as pessoas percebam que as leis devem ser obedecidas¹³(HUDSON, 2003, p. 3, tradução nossa).

Para Hudson, todas as razões listadas acima para punir os infratores são funções que os membros de uma sociedade atribuem para o seu sistema penal cumprir¹⁴ (HUDSON, 2003, p. 4, tradução nossa).

Geralmente, esses conflitos se situam entre a prevenção da criminalidade (quer pelo mesmo agressor a fazê-lo de novo, quer por potenciais infratores), e a ideia de que a punição é porque o infrator merece. Fica evidente então, uma perene tensão entre proteger os direitos dos infratores a não serem punidos mais do que eles merecem, e proteger os direitos das demais pessoas para não serem vítimas de novos crimes (HUDSON, 2003, p. 3, tradução nossa).

Com efeito, os resultados das técnicas retributivistas do direito penal e processual penal produziram, ao longo dos anos, o uso desmedido da força, com conseqüente destruição de vidas humanas (CARVALHO, 2008, p. 3). E, nesse cenário, a prisão se tornou “esquizofrenicamente cindida entre o punir e o recuperar” (MORAES, 2005, p. 34, grifos do autor).

Por essa razão, diante dos resultados desastrosos do modelo retributivo, houve a necessidade de se pensar em um novo modelo de justiça com a proposta de mudar o olhar que o sistema penal tinha para a vítima e o infrator, com o respeito às particularidades de cada caso. Esse novo modelo foi denominado de justiça restaurativa.

Para a Justiça restaurativa, o olhar é direcionado à relação vítima/

infrator, com a prevalência da utilização dos métodos¹⁵ alternativos do sistema penal tradicional e com maior possibilidade de reparação do dano causado, isso porque o interesse de responsabilização e reparação diz respeito aos sujeitos envolvidos no caso. Ou seja, o foco é na conciliação e, quando necessárias, na aplicação de penas proporcionais e humanizadas.

3. O SURGIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO PARADIGMA EM CONTRAPOSIÇÃO À JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Os insucessos do paradigma retributivo, centrado na coação, abriram espaço para novas formas de política criminal¹⁶. Nessa perspectiva, a justiça restaurativa surge como um caminho democrático frente a essa crise paradigmática.

Sendo assim, primeiramente é importante compreender o que é um paradigma e, especificamente, as razões que levaram à crise paradigmática, e, conseqüentemente fizeram da justiça restaurativa um novo paradigma da justiça criminal fundamentado na democracia. Assim, de acordo com Thomas Kuhn (1997, p. 13)¹⁷ paradigma é a expressão utilizada para se referir “às realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

Para Raquel Tiveron (2014, p. 121), “um paradigma domina uma disciplina científica, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias cognitivas para a solução de várias questões” e, ao passo em que promove uma mudança epistemológica, oportuniza uma forma diferente de pensar e proporciona novos modelos e teorias que desafiam o modelo tradicional de interpretar e explicar eventos.

De acordo com a autora, a crise paradigmática fundamenta-se no fato de que o paradigma punitivo contemporâneo não tem logrado oferecer soluções adequadas para o problema da criminalidade crescente.

[...] seja porque a reação ao crime não tem sido rápida, eficaz e capaz de prevenir novos delitos, seja porque a alegada finalidade de “ressocialização” do ofensor, se considerada como forma de intervenção benéfica e positiva nele, também não tem sido alcançada (TIVERON, 2014, p. 125).

Desse modo, a crise paradigmática consiste na insustentabilidade de

concentrar a justiça penal somente na autoridade do processo penal e no exercício do poder do direito penal. Segundo Pallamolla (2009, p. 29), a justiça criminal na modernidade se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema. Nessa linha, Sica (2007, p. 119) defende que:

Em que pese os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício do poder.

Diferentemente do que ocorre com o paradigma punitivo que hoje está em crise, a nova proposta paradigmática, diga-se, a justiça restaurativa, consiste no reconhecimento do crime como conflito humano e, por conseguinte, em soluções mais humanas e integradoras, capazes de contemplar o delito como paradigma social e comunitário. Nesse viés, a justiça restaurativa reconhece a especificidade, complexidade e diversidade do conflito criminal.

Para Raquel Tiveron (2014, p. 137), a justiça restaurativa é um caminho democrático para superar as perplexidades da jurisdição ordinária que ao verticalizar as relações, assumiu domínio sobre o discurso, o que dificultou aos sujeitos integrantes do conflito a possibilidade de conhecerem ou elaborarem os seus desejos insatisfeitos. Nesse sentido, Tiveron denomina de “jurisconstrução”, essa forma de elaborar a resposta para o conflito que envolve as partes (MENDONÇA, 2012 apud TIVERON, 2014, p. 137).

Contudo, o fundamento político da “jurisconstrução” está na democracia deliberativa. Isso porque “enquanto a democracia participativa concentra-se em debater quem devem ser os atores decisórios, a democracia deliberativa se preocupa com o procedimento, com o modo como é feita a tomada de decisão”. Em outras palavras, “a democracia deliberativa valoriza a tomada de decisão como processo de transformação por meio de argumentos” (TIVERON, 2014, p. 154).

O surgimento desse novo paradigma jurídico-cultural faz com que

“a ciência abandone tendências totalizantes e universalizadoras em direção à fragmentação”¹⁸ (TIVERON, 2014, p. 132, grifo do autor). Diante disso, é importante destacar que o processo argumentativo desse novo paradigma, pressupõe que os indivíduos envolvidos estejam “dispostos a dar e receber razões, sejam capazes de crítica e passíveis de convencimento”, ou seja, o comprometimento não está em fazer prevalecer a convicção inicial a qualquer preço, mas encontrar a melhor decisão (COELHO, 2004 apud TIVERON, 2014, p. 155).

Frise-se, ainda, que o modelo de democracia deliberativa pela via restaurativa proposto por Raquel Tiveron não é incompatível com a democracia representativa típica do modelo jurisdicional, podendo ambos coexistirem. Sendo assim:

O que se advoga não é a democracia participativa (decisão tomada diretamente pelas partes interessadas), mas que lhes seja conferida a oportunidade de deliberação racional, que atribui maior legitimidade ao processo decisório, possibilita o reconhecimento intersubjetivo entre as partes e o aprendizado via racionalidade comunicativa. A alteração pretendida é, portanto, procedimental (jurisconstrução) e que não afasta a possibilidade de controle judicial do que foi construído (princípio da inafastabilidade da apreciação judicial) (TIVERON, 2014, p. 156).

Por essas razões, torna-se cada vez mais frequente, conforme já foi sinalizado, a justificação filosófica da proposta restaurativa através do pensamento habermasiano. Isso porque Habermas (1997, p. 153), propõe um modelo de democracia apoiado na teoria do discurso, o qual parte da imagem de uma sociedade descentralizada, que contém na esfera pública política “uma arena para percepção, a identificação e o tratamento de problemas”. Ele sustenta a importância do discurso para o reconhecimento do conteúdo democrático e da legitimidade do direito.

Nesse diapasão, Habermas (1997 apud TIVERON, 2014, p.165) constrói uma teoria da comunicação, na qual “os sujeitos interagem em ação comunicativa, em uma esfera pública de deliberação, estabelecendo relações interpessoais, com o objetivo de alcançar uma compreensão sobre fatos e planos de ação, coordenando suas ações pela via do entendimento”. Percebe-se que essa teoria teve influência do conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein (1999), assim como na hermenêutica de

Gadamer (1997).

Segundo o filósofo, o conceito “agir comunicativo” leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, o que faz com que as suposições contratuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade, adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais (HABERMAS, 1997).

Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados - ao menos de indivíduos socializados comunicativamente - devendo ser trabalhada pelos participantes. Veremos mais adiante que essa tensão é estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo (HABERMAS, 1997, p. 35, grifos nossos).

Em outras palavras, “[...] as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social”. É nisso que consiste o “agir comunicativo” (HABERMAS, 1997, p. 36). Na mesma linha, Soares (2016, p. 25) entende que os sistemas sociais não são constituídos por indivíduos, mas apenas por comunicações.

Sendo assim, em sua obra “A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann”, Soares (2016) apontou que a comunicação é concebida como o processo que procura transmitir informações, muito embora isso nem sempre ocorra em razão da improbabilidade da comunicação. “Trata-se do elemento de produção autopoietica do sistema social: somente a comunicação gera comunicação (desenvolvimento de mais comunicação a partir da comunicação)”.

Ainda conforme o autor supramencionado, o processo de comunicação é integrado por três seleções distintas (ou três momentos de seleção):

- 1) a primeira delas é a informação, enquanto simples escolha entre um leque de possibilidades; 2) a segunda é a notificação, como meio de expressão que participa a informação ao receptor e 3) o ato de entender, que é o elemento decisivo, através do qual a comunicação se perfaz. Somente há comunicação quando o destinatário compreende (aceitando ou rechaçando) a informação contida na notificação e orienta sua conduta de acordo com este entendimento (SOARES, 2016, p. 25).

À parte aos elementos de divergência referentes às teorias de Habermas e Luhmann, que não serão aprofundadas neste trabalho, as teorias entendem que a legitimidade do sistema jurídico advém de um mecanismo procedimental baseado na legalidade. Sob essa ótica, a teoria comunicativa de Habermas tenta assimilar o conflito decorrente de condições factuais impostas e sua força de validade, no intuito de edificar e manter as ordens sociais existentes. E, para alcançar tal intento, conta com a eficácia de atos que se realizam através da fala (HABERMAS, 1997).

Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários (HABERMAS, 1997, p. 36).

O desafio consiste em manter a ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade (HABERMAS, 1997, p.40). Sendo assim, observa-se uma clara influência da teoria do discurso no movimento restaurativo, o qual oferece uma resposta ao crime alicerçada na recusa do autoritarismo e da coerção e na promoção de soluções mais humanistas que garantam o seguinte:

(I) a reparação do(s) mal(es) sofridos pela vítima; (II) a re-integração do agente no grupo através de uma sua (sic) participação responsabilizante no processo de busca da solução; (III) o envolvimento da comunidade na diluição do conflito em moldes que demonstrem o seu empenhamento na satisfação das necessidades das pessoas concretamente fragilizadas e que permitam a pacificação individual e coletiva (SANTOS, 2014, p. 27).

Howard Zehr, reconhecido mundialmente como um dos pioneiros na temática restaurativa, enuncia em sua obra *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça), os principais objetivos que devem ser alcançados pela justiça restaurativa. Para Zehr (2008, p. 192), devem ser atendidas inicialmente as necessidades mais imediatas, especialmente as da vítima. Em seqüência, devem ser analisadas as necessidades mais amplas; portanto, é necessário que o processo restaurativo atribua poder e responsabilidade aos diretamente envolvidos em um conflito, quais sejam a vítima e o ofen-

sor, abrindo-se espaço também para a comunidade. Em seguida, deve-se buscar a interação entre os envolvidos e a troca de informações sobre os mesmos, sobre suas necessidades e sobre o acontecimento (conflito). Por fim, a justiça restaurativa deve visar à resolução do conflito, discutindo tanto as necessidades presentes, quanto as futuras.

É oportuno destacar que os teóricos desse novo paradigma geralmente se esquivam em conceituá-lo. Entretanto, diversos documentos internacionais e nacionais já o fizeram.

Inicialmente, através de uma Resolução (2002/12), o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas definiu princípios básicos com orientações sobre a implementação da justiça restaurativa nos países que venham a adotá-la. A mencionada Resolução disciplina os conceitos de programa restaurativo, processo restaurativo e resultado restaurativo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Elas prendem-se, essencialmente, com o apontar da incompreensão das desigualdades Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 23), a partir do texto original da Resolução 2002/12, destaca que Programa Restaurativo é todo aquele que se utiliza de processos restaurativos visando resultados restaurativos. Esse Processo seria o encontro da vítima, do infrator¹⁹, além de outras pessoas e membros da comunidade, quando apropriado, com o objetivo de solução das controvérsias ocasionadas pelo crime, com a participação de um facilitador, e abrangendo uma série de práticas como a mediação, a conciliação, audiências e círculos de sentença. Ainda segundo o destacado autor, o Resultado Restaurativo seria o acordo obtido com o referido processo, incluindo uma série de responsabilidades para o autor do delito, a exemplo da reparação, restituição e prestação de serviços à comunidade, intentando a satisfação das necessidades individuais e coletivas das partes e a reintegração social da vítima²⁰ e do infrator.

Mais recentemente, em 2016²¹, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 225²² e, entre outros aspectos, definiu o conceito de justiça restaurativa. De acordo com o artigo 1º do texto normativo, trata-se de “um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano [...] são solucionados [...]”.

Todavia, embora os documentos normativos mencionados tenham

conceituado a justiça restaurativa, esta não é a sua principal preocupação. Isso porque, segundo Afonso Armando Konzen (2007, p. 80), o paradigma restaurativo tem como ênfase “priorizar os aspectos que dêem ênfase aos processos deliberativos ao invés de possibilidades predefinidas”. Funda-se, a justiça restaurativa, para o autor, “na ideia de um outro olhar sobre os fatos sociais em que se instalam as situações de conflituosidade, um olhar ainda concentrado nos sujeitos da relação em conflito”.

Outrossim, de acordo com Cardoso Neto e Sposato (2013), o grande trunfo deste idôneo modelo de justiça “parece residir na ampliação do próprio acesso à justiça, pela oportunidade dada às partes envolvidas em um conflito ou delito de participarem diretamente de seus procedimentos e resultados”.

Com efeito, para os defensores desse novo movimento, tais práticas oferecem uma melhor e mais democrática resposta ao crime, diferentemente da resposta oferecida pelo sistema penal. Ademais, “a designação ‘justiça restaurativa’ engloba construções teóricas de natureza sobretudo criminológica e político-criminal, assim como um conjunto diferenciado de normas e de práticas de reacção ao conflito criminal [...]” (SANTOS, 2014, p. 9, grifos do autor).

4. OS PROBLEMAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

De acordo com Santos (2014, p. 231), são várias as críticas feitas ao pensamento de Habermas. Segundo a autora:

Elas prendem-se, essencialmente, com o apontar da incompreensão das desigualdades, manipulações ou jogos de poder que são inerentes aos discursos reais, nessa medida tão distantes das formas de comunicação idealizadas pelo Filósofo; ou, com grande relevância, com a afirmação de que nem todas as divergências logram obter solução através do diálogo, havendo conflitos que são inultrapassáveis através do consenso, tornando-se imperativa uma decisão coactiva e, possivelmente, não merecedora do assentimento de todos.

Todavia, a autora destaca que Habermas diferencia o “discurso racional orientado para a obtenção do assentimento dos interessados”, do “discurso racional ordenado ao convencimento de todos sobre a validade de uma norma” (SANTOS, 2014, p. 231).

Enquanto a comunicação inerente à justiça penal está assentada em discursos orientados por uma pretensão de universalidade, na justiça restaurativa, essa comunicação é menos ambiciosa, almejando, primeiramente, “a superação do conflito através de uma argumentação racional (de um discurso) que logre assentimento dos intervenientes concretos nesse conflito” (SANTOS, 2014, p. 231-232).

Em outras palavras, o que é importante esclarecer é que muito embora a justiça penal (ou retributiva) e a justiça restaurativa suponham interação e comunicação, a primeira “carece potencialmente da aceitação dos seus imperativos pelos membros todos de uma comunidade toda”, já a segunda está alicerçada em uma comunicação “mais estreita, aquela que supõe a interação entre o agente do crime e a sua vítima” (SANTOS, 2014, p. 232, grifos do autor). Por essa razão que a teoria do discurso encontra uma maior facilidade de penetrar no campo da justiça restaurativa do que no mundo do direito penal.

O direito penal é sustentáculo de uma filosofia punitivista, interpretada neste trabalho como um paradigma ultrapassado, onde o direito é a coação por excelência. Sendo assim, as soluções obtidas por meio da comunicação fogem, completamente, a essa regra e revelam-se como revolucionárias.

Com efeito, sobressaem no pensamento habermasiano a preponderância de princípios como a justiça e solidariedade. Segundo Santos (2014, p. 233):

[...] Enquanto um postula respeito e direitos iguais para cada indivíduo, o outro reclama empatia e cuidado em relação ao bem-estar do próximo. Em sentido moderno, a justiça diz respeito à liberdade subjectiva de indivíduos inalienáveis; em contrapartida, a solidariedade prende-se com o bem-estar das partes irmanadas numa forma de vida partilhada inter-subjectivamente.

Sendo assim, cabe aqui lembrar a afirmação feita por Selma Santana (2010, p. 264) no sentido de que “a solidariedade e o respeito pelos direitos fundamentais constituem baluartes de uma política criminal”. Ou ainda, nas palavras do próprio Habermas (apud SANTOS, 2014, p. 234), “a justiça entendida numa perspectiva deontológica exige como contrapartida a solidariedade”.

Além das críticas ao pensamento de Habermas, existem outras hi-

póteses que são apontadas como principais dificuldades à aplicação da justiça restaurativa. São elas:

(1) os crimes muito graves imputados a agentes muito perigosos; (2) os agentes que recusam a cooperação e/ou a reintegração (a reintegração das necessidades da vítima e/ou a sua própria reintegração no grupo) e as vítimas que ‘exigem’ a condenação penal; (3) os crimes sem vítimas; (4) os contextos de grande desigualdade (SANTOS, 2014, p. 588, grifos do autor).

Em relação ao problema dos agentes (imputáveis) perigosos e que cometeram crimes graves, Cláudia Cruz Santos (2014, p. 591-592) alerta que embora as práticas restaurativas não devam ser excluídas liminarmente no âmbito da criminalidade mais grave, deve-se ter especial atenção aos riscos de “agudizar um conflito já muito intenso”. Para minorar esses riscos, a autora destaca que os programas restaurativos voltados a esses crimes possuem características diversas, quais sejam:

São, com frequência, pós-sentenciais (não se desprezando, pois a necessidade de uma resposta penal) e pressupõem o decurso de um período de tempo razoável e necessário a uma certa pacificação dos ânimos. Além disso, exige-se que a mediação fique a cargo de mediadores com experiência e sujeitos a uma preparação especial, que seja mais longa (pressupondo vários encontros individuais e conjuntos, quando não for indireta) e que não prescindia do auxílio de representantes das instâncias formais de controle (SANTOS, 2014, p.592-593).

Sobre a ausência de vontade de participação nas práticas restaurativas, Santos (2014, p. 593) suscita a inaplicabilidade “aos sujeitos que as não desejam ou que, tendo começado por as querer, não logram através delas encontrar uma solução aceitável para o conflito”. E, reconhecer que nem todos os agentes estejam dispostos a cooperar não é nenhum problema para a justiça restaurativa, podendo assim ser visto como tal, para os defensores de um abolicionismo radical.

Em sequência, acerca dos crimes sem vítima, Cláudia Cruz Santos (2014, p. 596-597, grifos do autor) acredita serem estes “um desafio inultrapassável para a justiça restaurativa, na medida da sua incompatibilidade, quer com a sua finalidade, quer com o seu procedimento”. Ou seja, se é próprio da justiça restaurativa a centralidade em um conflito interpessoal,

tornar-se-ia difícil conceber a ideia que esta seja aplicada a um crime cuja característica é a ausência de pessoalidade da vítima.

Em que pese esta afirmação, ao partir do conceito de crime sem vítima cunhado por Edwin Schur, a autora extrai que se há uma vítima que desconhece a sua própria vitimização, ou então, se há um crime que não lesa valores individuais, acarretando antes desvalores para um grupo mais amplo de pessoas, as práticas restaurativas tornar-se-ão possíveis, quando a vítima concreta tomar consciência desta qualidade, e reconhecer a existência de um conflito que causou danos que carecem de reparação (SANTOS, 2014, p. 597).

Sobre os contextos de grandes desigualdades, “uma via para evitar a conversão da justiça restaurativa em instrumento de desigualdade é acreditar na criatividade na procura de formas de reparação de cunho não eminentemente patrimonial” (SANTOS, 2014, p.603). Isso porque a reparação restaurativa tem, “como antes se viu, um sentido que deve ultrapassar em muito sua compreensão de cunho exclusivamente patrimonial”. Nesse sentido:

Deve admitir-se que, se aquela desigualdade sócio-econômica se repercute nos procedimentos restaurativos, ao nível da desigualdade na gestão do conflito, impedindo uma solução alicerçada no idêntico ‘empoderamento’ do agente e da vítima, frustra-se todo o sentido da intervenção restaurativa (SANTOS, 2014, p. 603).

Cabe acrescentar, ainda, as reflexões acerca dos crimes passíveis de inclusão em programas de Justiça restaurativa. De acordo com Cardoso Neto (2016, p. 122), “o grande problema reside na possibilidade de, ao tratar delitos de menor gravidade, a justiça restaurativa promover, conforme alude Jaccoud (2005, p. 178), a extensão da rede penal²³”.

Nesse sentido, a partir da análise das experiências com as leis 9.099 e 11.340, Daniel Achutti (2014, p. 265) concluiu que:

(a) a cultura jurídica brasileira não está preparada para um modelo consensual de justiça criminal, como propôs a lei 9.099, e que a ausência de disciplinas que enfoquem mecanismos conciliatórios ou de mediação (cível ou penal) nos currículos das faculdades de direito e a falta de incentivo e capacitação institucional permanente dos operadores jurídicos, somados ao ranço técnico-burocrático que orienta a sua

forma de atuação, aparentam colaborar para a manutenção deste quadro improdutivo; (b) a lei 11.340, por sua vez, apesar de trazer instrumentos extrapenais para auxiliar a mulher vítima de violência, acabou ela mesma vitimada pela falta de uma estrutura integrada de serviços de apoio à mulher, e o resultado é o acentuamento do papel do direito penal enquanto mecanismo apto a enfrentar os conflitos envolvendo violência doméstica. Isto levou as medidas extrapenais a uma situação de submissão à interpretação punitiva dos conflitos, conduzindo os operadores jurídicos a preferirem a forma penal para administrar esses conflitos; e (c) ambas as leis (9.099 e 11.340), por fim, incorrem em problema fundamental: o uso regular da linguagem do direito penal nas suas engrenagens, provocando a manutenção dos vícios e das práticas burocráticas cotidianas dos tribunais.

O referido autor ressalta a necessidade da regulamentação legal da justiça restaurativa no Brasil, assim como a disponibilização da estrutura necessária para a sua adequada implantação, que transforme a linguagem do direito penal, ao passo em que destaca, ainda, a importância de que esta lei regulamentadora “seja clara o suficiente ao diferenciá-la do sistema da justiça criminal²⁴, sem deixar de apontar, contudo, as formas pelas quais os dois sistemas devem se entrecruzar” (ACHUTTI, 2014, p. 194-195).

Cumpra salientar, todavia, que a justiça restaurativa chegou a constar nos Planos Nacionais de Política Criminal e Penitenciária, tanto na medida de número 1 (sistematizar e institucionalizar a justiça restaurativa) do PNPCP de 2011, como a medida de número 2 (alternativas penais, com justiça restaurativa e mediação penal priorizadas) do PNPCP de 2015 (OLIVEIRA, 2017, p.94)²⁵.

Com efeito, acerca da normatização e medidas institucionais para a difusão da justiça restaurativa na realidade brasileira, Cardoso Neto (2016, p. 127-128) constatou a existência do Projeto de Lei n 7006/2006 que dispõe sobre os procedimentos de justiça restaurativa, o dispositivo da Lei do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) que sugere prioridade das práticas e medidas restaurativas na execução de medidas socioeducativas, assim como as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Resolução n 125/2010 e do Conselho Nacional do Ministério Público, com a Resolução 118/2014, que incentivam a utilização desse novo paradigma no âmbito dos tribunais e do Ministério

Público.

Além destas, conforme já apontado, em 2016, o CNJ editou a Resolução 225, que dispõe sobre a Política Nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

No entanto, apesar dessas iniciativas, Cardoso Neto (2016, p. 128) apontou que a existência de uma racionalidade penal moderna, como também o alto déficit democrático nacional e a ampla cultura legalista e burocrática dos tribunais brasileiros são impasses iniciais à aplicação da justiça restaurativa. Nesse sentido, Rebouças e Sposato (2010, p. 313-314 apud CARDOSO NETO, 2016, p. 121) atestam que:

Uma mudança como esta, de paradigma e de cultura, exige cautela e cuidado redobrados. Se o modelo de justiça retributiva e punitiva ocupa a estrutura das relações jurídicas, educacionais, das relações familiares (em todos estes espaços continua reverberando a ideia de vigiar e punir para corrigir), não se pode esperar que a justiça restaurativa encontre logo um espaço tolerante e apto ao seu desenvolvimento simplesmente. A discussão exaustiva de novos fundamentos e a posição sempre crítica em relação às novas experiências é o trabalho por onde as práticas restaurativas podem ser experimentadas sem serem logo desnaturadas. A preocupação é a de não torná-las uma moda, um slogan e encobrir velhas práticas que, na manutenção das relações de poder e dominação, esvaziam o seu potencial transformador e restaurativo.

Assim, de acordo com Jaccoud (2005, p. 178), é preciso atentar para o risco de aplicar as práticas restaurativas em situações que anteriormente não seriam abarcadas pelo sistema penal, de modo que, ao invés de promover a redução do recurso ao sistema penal, tais práticas acabariam por contribuir com o controle no que diz respeito a esse novo público-alvo.

Por essa razão, comunga-se do pensamento de Sica (2006, p. 469), quando afirma que “crimes de bagatela, fatos pouco esclarecidos e/ou de duvidosa adequação típica não devem ser encaminhados para a justiça restaurativa, sob o risco de gerar graves ilegalidades, disfuncionalidades e a expansão disfarçada do poder punitivo”.

Sendo assim, um dos grandes desafios que pode ser observado é definir os casos em que haverá o entrecruzamento da justiça criminal tradicional com a aplicação da justiça restaurativa. Isto é, identificar os pontos de convergência e os limites, que contemplem essa nova possibilidade de

mudar o olhar para o sistema penal. Desse modo, tornar-se-á possível começar a enfrentar os impasses em relação à implementação da justiça restaurativa e dar espaço a acordos livres e conscientes entre as partes envolvidas nos litígios.

Por fim, esse novo paradigma requer o convencimento dos integrantes dos órgãos da justiça criminal para ser concretizada e o próprio envolvimento da sociedade, com um especial cuidado para evitar que a ampliação do acesso à justiça se transforme em aumento do poder punitivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por meios capazes de reduzir a violência (por muito tempo proliferada pelo modelo de justiça retributiva), tem sido incessante por parte das ciências criminais, sobretudo, por parte da política criminal, enquanto ciência autônoma. Nesse espaço gerado em meio à crise paradigmática, surgiu a Justiça restaurativa como uma proposta híbrida das contribuições do abolicionismo e da vitimologia.

As críticas do abolicionismo sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos, revelaram que o direito penal foi e ainda é incapaz de auxiliar na resolução de tais conflitos, pois não evita delitos e não contribui com a efetiva reintegração do ofensor e nem fornece espaço para a vítima. A vitimologia, por sua vez, contribuiu com significativas ideias da justiça restaurativa apontando a incapacidade do sistema penal para atender às necessidades das vítimas.

Contudo, o cuidado que se precisa ter em relação a este novo paradigma da justiça criminal é discutir as novas práticas de forma exaustiva e sempre crítica para que estas não sejam, de pronto, romantizadas ou mesmo demonizadas. Por outro lado, a necessidade que se impõe de discutir esse novo paradigma, em nada impede que o uso da justiça restaurativa siga seu fluxo de implementação.

Sendo assim, a proposta deste trabalho consistiu em apontar os caminhos e descaminhos percorridos pela justiça criminal mesmo após o surgimento do novo paradigma de justiça restaurativa.

Assim, em que pese a Justiça restaurativa represente uma solução ao problema social do crime que utiliza o discurso como um meio de convencimento pacífico, objetivando alcançar, por essa via, o consenso, nem sempre a sua implementação estará assegurada.

Por essa razão, há que se destacar a importância da regulamentação da justiça restaurativa e da estrutura que viabilize a sua implementação, até porque esse novo modelo de justiça criminal é complexo e aberto e recebe influências histórico-culturais. Ou seja, em outras palavras, são diversas práticas que não excluem a punição, mas englobam modalidades alternativas de responsabilização. Sendo assim, é preciso que sejam delimitadas quais as “punições” alternativas que se alinham às práticas restaurativas, e aquelas que nada trazem de restauração, contribuindo tão somente com a manutenção e incremento do desgastado modelo retributivo.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coord. Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016.

_____. _____. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CARDOSO NETO, Vilobaldo; SPOSATO, Karyna Batista. *Justiça restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade*. In: CONPEDI/ UNINOVE (Org.). KNOERR, Fernando Gustavo; NEVES, Rubia Carneiro; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo (Coord.). *Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a22e-de5d703532f2>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. _____. *Potencialidades e impasses para incorporação da justiça restaurativa no Brasil*. 2016. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Tiradentes, Aracaju-SE, 2016.

CARVALHO, Salo. *Anti-manual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: RT, 1995.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUDSON, Barbara. *Understanding Justice. An Introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*. Philadelphia: University Press, 2003.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Trad. Rita Cássia Gondim Neiva. São

Paulo: Escala, 2007.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBC-CRIM, 2005.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacareizinho-PR, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução 2002/12 de 24 de Julho de 2002*. Disponível em <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

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

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. *Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A teoria dos sistemas sociais e o Direito:*

tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann. Salvador: Ed. Dois de julho, 2016.

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

WITTIGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas.* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ed Nova Cultural, 1999. Disponível em: <https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/170846/mod_resource/content/1/investigac3a7c3b5es-filosc3b3ficas.pdf>. Acesso em 25 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro.* v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

Notes

1Segundo Cláudia Cruz Santos (2014, p. 48), a Justiça Restaurativa seria uma espécie de “herdeira espiritual” desses dois movimentos. Segundo a doutrinadora, teria herdado da vitimologia a “preocupação central com o imperativo da reparação (em sentido lato) dos danos que a prática do crime causou à vítima”, como também herdou do abolicionismo “a rejeição do sistema de justiça penal ‘clássico’ ou ‘tradicional’ como forma de solução do conflito que o crime é, por ser prejudicial para o agente e para a comunidade” (SANTOS, 2014, p. 48).

2Vera Regina Pereira Andrade (1997, p. 182) discorre que, a partir da década de 1960, o sistema penal passou por um processo de deslegitimação teórica. Cohen (1988, p. 56 *apud* ANDRADE, 1997, p. 182), assinala que esse período é denominado ‘impulso desestruturador’, correspondendo a um “[...] conjunto de ataques – críticas, demandas, visões, teorias, movimentos de reforma etc – que constituíram, desde a década de 60 como que um assalto continuado às próprias fundações (ideológicas e institucionais) do sistema de controle penal da modernidade, cuja hegemonia perdurava há dois séculos”.

3Importante destacar que a alusão a uma “crise” do sistema penal inicia-se nesse período, ou seja, entre os anos sessenta e setenta. Para Jesús-María Silva Sánchez (2011, p. 31), essa crise, na verdade, pode ser dividida em duas: uma crise de “legitimidade”, que ocorre quando é questionada a justificativa do Estado de recorrer à máquina penal, seu instrumento mais poderoso; e outra, de “identidade”, que seria aquela da ‘ciência do Direito Penal’, quando se questiona “o próprio modelo a ser adotado e sua autêntica utilidade social”.

4A filosofia utilitarista parte da premissa que a ação moral passa a ser legítima se suas consequências resultarem em um grau maior de felicidade e bem-estar para o maior número possível de pessoas (NEIVA *in* STUART MILL, 2007, p. 8). Por essa razão, as medidas de endurecimento do direito penal, trazem consigo o pensamento de que dissuadir potenciais infratores e proteger o público contra o crime exige longas penas de prisão e a elaboração de novos tipos penais.

5The reasons for punishment listed above fall into two groups, those which are concerned with preventing future crimes, and those which are concerned with punishing already committed (or past) crimes (von Hirsch 1985). Those theories which see the goal of punishment as to prevent future crime are sometimes referred to as utilitarian (Hart 1968; Walker 1991) because they are derived from Utilitarian political-moral philosophy; or as consequentialist (Braithwaite and Pettit 1990), because they justify punishment by its anticipated future consequences; or as reductivist (Cavadino and Dignan 1992) because their aim is the reduction of crime (HUDSON, 2003, p. 3).

6“Central to retributivist perspectives is the idea that the purpose of judicial punishment is to place moral blame on the offender for the offence s/he has committed, and that the future conduct of the offender or other members of his/her society is not a proper concern of punishment” (HUDSON, 2003, p. 3).

7Michel Foucault (2013, p. 251-254) sobressalta no clássico “Vigiar e Punir” uma série de motivos que denotam o fracasso das prisões, a saber: não reduzem a taxa de criminalidade, podendo, inclusive, aumentá-la; grande probabilidade de reincidência com a saída do detento da prisão; a reclusão, típica das prisões, fabrica delinquentes; as prisões favorecem a estruturação de um meio de delinquentes, através de uma hierarquização que propicia delitos futuros; quanto aos que foram libertados, por condições como a vigilância da polícia, também demonstram-se aptos a reincidir; além da fabricação indireta de delinquentes, como familiares, que muitas vezes caem na miséria.

8Raúl Cervini (1995, p. 37) registra que diversas críticas são feitas à ideologia do tratamento ressocializador, tida por muitos como utopia, eufemismo, mito ou ilusão, destacando que esta seria possível apenas em alguns poucos países e cidades. Todavia, adverte o autor mencionado que, até mesmo nos países nórdicos, onde tentaram efetivar essa prática e para isso investiram milhões de dólares para criar instituições aptas a realizar a terapia, não foram obtidos os resultados esperados, por variadas razões.

9“The aim of this book is to introduce the main ideas, disciplines and perspectives that are found in modern Western penology. By ‘penology’ is meant the study of punishment for crime, and by ‘modern’ is meant from the time of the Industrial Revolution onwards” (HUDSON, 2003, p. 1).

10The punishment that is the subject matter of penology, however, does not encompass everything that is painful or demanding, and does not encompass all kinds of control or discipline of one person by another: It means penalties authorized by the state, and inflicted by state officials, in response to crime. Punishment in this sense is usually distinguished from other kinds of pain and deprivation, and from the wider concept of social control, by listing its essential features. A frequently used set of five criteria was suggested by the philosopher Flew (1954), with a sixth, suggested by Benn and Peters (1959) often being added: 1. it must involve an evil, an unpleasantness to the victim; 2. it must be for an offence, actual or supposed; 3. it must be of an offender, actual or supposed; 4. it must be the work of personal agencies; 5. it must be imposed by authority conferred through or by the institutions against the rules of which the offence has been committed (HUDSON, 2003, p. 1-2).

11“A sixth criterion... is that the pain or unpleasantness should be an essential part of what is intended and not merely a coincidental or accidental outcome” (HUDSON, 1987 *apud* HUDSON, 2003, p. 2).

12Neste mesmo sentido, assinala Nils Christie (2011, p. 156): “É como se, frequentemente esquecêsemos no que a punição consiste: um ato praticado com a intenção de causar sofrimento a outros seres humanos. A punição significa ministração intencional de dor. A punição é uma atividade em desarmonia básica com esses valores acalentados. Olho por olho era um comando restri-

tivo, e não uma demanda. A punição é utilizada em todos os lugares, aceita em todos os lugares, mas, não obstante, está em rota de colisão com outros valores centrais. (...) A ministration de dor é a espinha dorsal da punição, mesmo em países nos quais não se pratica a tortura ou a pena de morte. Com o encarceramento, não tiramos a vida, mas partes dela. Com a prisão perpétua, confiscamos quase a vida inteira”.

13[...]because they deserve it; to stop them committing further crimes; to reassure the victim that society cares about what has happened to him/her; to discourage Other people from doing the same thing; to protect society from dangerous or dishonest people; to allow offenders to make amends for the harm they have caused; to make people realize that laws must be obeyed (HUDSON, 2003, p. 3).

14“The debate between the various philosophies of punishment will never be resolved because all the reasons for punishing offenders listed above are functions which members of a society look to their penal system to fulfil” (HUDSON, 2003, p. 4).

15Selma Pereira de Santana (2010, p. 160) ressalta que nas últimas décadas diversas linhas de Política Criminal passaram a interagir com o processo penal, como forma de enfrentamento da crise já anunciada. A partir dessa interação, tornou-se possível a visualização de processo penal de uma série de alternativas, como a “introdução de uma diversificação nas formas de processo típicas, em especial no que se refere àquelas de cunho consensual [...]”. Para a autora, essas alternativas consistem em formas de “diversão” ou “desjudicialização” do sistema. Neste mesmo sentido, Raúl Cervini (2002, p. 85) faz referência à “diversificação”, que significa “a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”. Destaca ainda o autor que a perspectiva da diversificação implica, muitas vezes, em “remeter o problema às partes diretamente afetadas, para que o resolvam com ou sem a ajuda de um organismo externo. Outras vezes enfatiza-se mais a atuação de um organismo externo *ad hoc* que não pertence aos sistemas penais ordinários” (CERVINI, 2002, p. 86).

16David Garland (2008, p. 211) resume assertivamente algumas medidas que puderam ser notadas no fim da década de 60 e início da década de 70 e representaram alternativas ao sistema penal tradicional: “Até a metade dos anos 1970, as propostas de reforma mais recorrentes concerniam ao aperfeiçoamento dos serviços voltados à reabilitação, à redução dos controles opressivos e ao reconhecimento dos direitos de suspeitos e presos. A demanda era por menos criminalização, por minimizar o uso da custódia, por humanizar a prisão e, onde fosse possível, por tratar os criminosos no seio da comunidade. Propostas radicais, tais como o ‘não-intervencionismo’ e mesmo o ‘abolicionismo’, emergiram naqueles anos – no ápice da onda de criminalidade – e foram muito influentes na adequação da prática da justiça de menores, na instituição de advertências policiais e no uso de meios alternativos à justiça criminal para delitos de menor importância”.

17A utilização da noção de paradigma e de crise paradigmática de Kuhn se deve, segundo Raquel Tiveron, à necessidade de demonstrar a inadequação das respostas dadas para o crime pelo sistema criminal e a necessidade de sua superação.

18O fenômeno da fragmentação e, sobretudo, a forma pela qual é tratado pelos teóricos da criminologia, configura espécie de sintoma, ou seja, como situação que indicaria, em linguagem khuneana, crise paradigmática (TIVERON, 2014, p.132).

19De acordo com o texto original da Resolução 2002/12, a expressão utilizada é *offender* (ofensor). Esta se coaduna de forma mais apropriada com a Justiça

Restaurativa, pois pelas lentes deste paradigma, conforme sugere Zehr (2008, p. 174), ao invés de uma violação (infração) à lei, o crime seria uma violação (ofensa, dano) a pessoas e relacionamentos.

20Corroborar-se, assim, a ruptura paradigmática proposta pela Justiça Restaurativa, ao listar como objetivo do processo restaurativo não apenas a responsabilização do ofensor (que teria um viés de punição no paradigma retributivo), como também a sua reintegração social e a da própria vítima.

21A utilização da Justiça Restaurativa junto ao sistema de justiça criminal brasileiro data de mais de uma década. Em 2005, através de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), foram fundados projetos-piloto nas cidades de São Caetano do Sul, Porto Alegre e Brasília. A partir de então, a Justiça Restaurativa tem ganhado visibilidade, passando a ser difundida tanto pelo Judiciário, quanto por instituições da sociedade civil, sendo que sua atuação também é notada fora do âmbito judicial, como por exemplo, em escolas.

22Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>.

23Segundo Mylène Jaccoud (2005, p. 178), “a extensão da rede penal é a tradução da expressão anglo-saxônica *‘netwidening’*”.

24Compreendido no sentido da justiça criminal tradicional.

25Verifica-se que as medidas dos planos nacionais de políticas criminais e penitenciárias contemplaram a diretriz 15 (“garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas”) do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) e a observaram o que preceitua o artigo 80 da Lei de Execução Penal, que dispõe sobre o envolvimento da sociedade no sistema prisional.

