



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



CLARICE SOARES BRAZ MENDES

JUSTIÇA RESTAURATIVA: Caminhos de diálogo com a Racionalidade Penal Moderna

Recife
2019

CLARICE SOARES BRAZ MENDES

JUSTIÇA RESTAURATIVA: Caminhos de diálogo com a Racionalidade Penal Moderna

Dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito Contemporânea

Linha de Pesquisa: Justiça e Direitos Humanos na América Latina.

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Jefferson Luiz Alves Nazareno, CRB-4/1758

M538j Mendes, Clarice Soares Braz.
Justiça restaurativa: caminhos de diálogo com a racionalidade penal moderna/
Clarice Soares Braz Mendes – Recife, 2019.
99 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências e anexo.

1. Direito processual penal. 2. Justiça restaurativa. 3. Resolução de conflitos.
4. Direitos humanos. I. Silva, Artur Stamford da. (Orientador). II. Título.

345.05 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-26)

CLARICE SOARES BRAZ MENDES

JUSTIÇA RESTAURATIVA: Caminhos de diálogo com a Racionalidade Penal Moderna

Dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de mestre em Direito.

Defesa Pública em: 27/08/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o Dr. Artur Stamford da Silva (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o Dr. Alexandre da Maia (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a Dr^a. Mariana Fischer (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a Dr^a. Fernanda Rosemlat (Examinadora Externa)
Universidade Católica de Pernambuco

Prof^a Dr^a. Manuela Abath (Suplente Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a Dr^a. Marília Montenegro (Suplente Externa)
Universidade Católica de Pernambuco

Ao meu companheiro Mário e à minha filha Antonia, com amor e força.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu companheiro Mário, que me acolheu em meus momentos de dúvida e questionamentos sobre como seguir meus planos acadêmicos após a maternidade; aos meus pais Elio e Goretti e ao meu irmão Miguel, que foram minha rede de apoio e acolhimento nesse momento tão peculiar que foram estes dois anos de mestrado, me proporcionando calma e paciência nessa luta que é ser mãe e profissional em nossa sociedade machista e patriarcal.

Agradeço também à Danielle Sátiro, querida amiga à qual fui presenteada com o amor e a disponibilidade em me auxiliar com conselhos sempre muito pertinentes sobre minha pesquisa e minhas dúvidas nesse processo tão intenso que é refletir, pensar e produzir.

Ao colega Bruno Arrais, cujo apoio foi fundamental, bem como indicações e doações bibliográficas contribuíram de forma preciosa ao debate que aqui construí.

Ao meu orientador Artur Stamford pelas ideias e pelos direcionamentos pertinentes.

Aos professores dos quais tive oportunidade de ser aluna no PPGD, tais como Alexandre da Maia, Bruno Galindo, Pedro Parini, Flávia Santiago, meus sinceros agradecimentos pelos ensinamentos e pela disponibilidade ao debate e ao diálogo horizontal.

À Carminha, ou Maria do Carmo, cuja habilidade e conhecimentos burocráticos foram essenciais para a conclusão desta etapa em minha vida profissional, desde o acolhimento à minha situação peculiar de gestante e bolsista, à força e tenacidade em lutar por uma universidade respeitosa e íntegra em tempos tão sombrios.

Aos funcionários do PPGD pela manutenção de um espaço agradável e acolhedor para o aprendizado.

Aos colegas de minha linha de pesquisa, Chris, Lara e Brivaldo, cuja amizade e convivência foram maravilhosas e engrandecedoras. Obrigada pela paciência com minha verbosidade usual! E gostaria de deixar aqui meu agradecimento aos que lutam pela educação neste país e que, apesar do desmonte implantado pelo desgoverno atual, persistem e continuam na luta por uma Universidade pública inclusiva e democrática para todos e que seja capaz de fomentar e desconstruir esse *status quo* fascista. Obrigada, vocês nos motivam a persistir e a continuar estudando e desconstruindo falsos mitos. A educação deve ser libertadora, como já apontava Paulo Freire, sempre atual e brilhante.

RESUMO

O presente trabalho expõe os debates na doutrina sobre a justiça restaurativa como ferramenta de resolução de conflito e suas implicações quando refletido dentro do ordenamento jurídico e do modelo moderno de resolução de conflitos, o modelo retributivo. Modelo emergente de repensar o poder estatal sobre o conflito, a justiça restaurativa ressurge como uma possibilidade de garantir a aplicação dos Direitos Humanos preceituados nos tratados e acordos internacionais, com destaque à Resolução 2002/12 da ONU. Focando na vítima, no ofensor e na comunidade, este modelo visa acolher perspectivas múltiplas sobre o entendimento de dano, buscando caminhos autocompositivos de resolução de conflito e responsabilização social. A finalidade deste trabalho é investigar até que ponto a justiça restaurativa difere do modelo retributivo, buscando compreender se é possível superar a lógica da racionalidade penal moderna.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Resolução de conflitos. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present paper exposes the debates in the doctrine on restorative justice as a tool for conflict resolution and its implications when reflected within the legal system and the modern model of conflict resolution, the retributive model. Restorative justice resurfaces as a possibility to ensure the application of human rights under international treaties and agreements, with emphasis on UN Resolution 2002/12. Focusing on the victim, the offender and the community, this model aims to accommodate multiple perspectives on the understanding of harm, searching for self-ways of conflict resolution and social accountability. The purpose of this paper is to investigate the extent to which restorative justice differs from the retributive model, seeking to understand whether it is possible to overcome the logic of modern criminal rationality.

Key words: Restorative Justice. Conflict resolution. Human Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL	22
2.1 A racionalidade penal moderna em Álvaro Pires	24
2.2 Justiça retributiva sob o olhar da perspectiva restaurativa.....	28
2.2.1 <i>Responsabilidade, culpa, arrependimento, perdão e a mistificação do crime sob a crítica restaurativa. ...</i>	34
3. CONTRIBUIÇÕES À COMPREENSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.	46
3.1 Contribuições abolicionistas à justiça restaurativa: Nils Christie e Louk Hulsman.	46
3.2 Justiça Restaurativa: um conceito aberto e plural.....	50
3.2.1 <i>As concepções e os princípios balizadores da justiça restaurativa.....</i>	57
3.2.2 <i>Os valores restaurativos.....</i>	63
3.3 Principais práticas restaurativas.....	68
3.3.1 <i>Apoio à vítima</i>	69
3.3.2 <i>Mediação vítima-ofensor:</i>	69
3.3.3 <i>Conferência restaurativa:.....</i>	70
3.3.4 <i>Círculos de sentença e cura</i>	71
3.3.5 <i>Comitês de Paz</i>	71
3.3.6 <i>Conselhos de cidadania</i>	72
3.3.7 <i>Serviço comunitário.....</i>	72
3.3.8 <i>Outras práticas.....</i>	73
3.4 Momentos de inserção processual	74
4. A PUNIÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	76
4.1 Punição como um meio, restauração como uma meta.....	76
4.2 Uma dicotomia superada e considerações finais	83
REFERÊNCIAS.....	87
ANEXO.....	90
(i) <i>TERMINOLOGIA:.....</i>	91
(ii) <i>Utilização de programas de justiça restaurativa:.....</i>	92
(iii) <i>Operação dos programas restaurativos:</i>	94
(iv) <i>Desenvolvimento contínuo de programas da justiça restaurativa:</i>	98
(v) <i>Cláusula de ressalva</i>	99

1. INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa traz uma outra abordagem diante do modelo de justiça retributiva¹. Este modelo enxerga na pena e no cárcere a retribuição à transgressão legal baseada na atribuição da culpa individual, sobrecarregada e com um modelo prisional desigual e longe de atingir sua finalidade, se baseando em uma política de perseguição da culpa e de sua responsabilização pessoal, abandonando o caráter coletivo das ações humanas.

As penas aflitivas representam, no ponto de vista restaurativo, a incapacidade da sociedade de gerenciar os conflitos, significando a exclusão do indivíduo de seu convívio habitual. O modelo aplicado na modernidade e denominado comumente de justiça, não é capaz de atingir a sua própria finalidade em função da deformação de seu sentido. O modelo atual prega a responsabilização do indivíduo de forma endógena: é o juiz quem delimita o tempo em que a pessoa terá condições de ser reinserida na sociedade. Mas como pode um sistema que tem por finalidade a aproximação e ressocialização se perpetuar pela exclusão?!

Para Álvaro Pires (2004), professor de direito no Canadá, o sistema criminal e o modelo de justiça criminal na modernidade são guiados e moldados pelo que denomina de *racionalidade penal moderna*, que reflete um sistema de pensamento veiculado à um conjunto de práticas específicas, com valores e sentidos particulares a que são conferidos um aspecto normativo, e que essa racionalidade é capaz de produzir um entendimento que transforma o sistema criminal e penal em um subsistema jurídico. Argumenta assim que “o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria” (PIRES, 2004, p.40).

Discorre que o modelo retributivo, ou sistema penal, usa a racionalidade penal moderna como fundamento base para suas práticas e teorias, e que essa utilização cria uma estrutura normativa telescópica, misturando normas de comportamento (não fazer ou fazer obrigatoriamente algo) com normas de sanção (permissão para aplicabilidade ou não de pena). Tal mistura cria uma falsa inseparabilidade na aplicação das duas em conjunto quando, para Pires (2004), apenas às normas de comportamento são essenciais e justificáveis racionalmente.

¹ Os termos justiça retributiva e modelo retributivo que serão utilizados durante este texto fazem referência ao sistema criminal e ao modelo de resolução de conflito como um todo, sendo àquele que enxerga na pena aflitiva a resposta à transgressão legal. Não faz alusão, portanto, às teorias retribucionistas da pena, em oposição às teorias utilitaristas, mas sim identifica o modelo de justiça criminal como uma resposta punitiva ao crime (PALLAMOLLA, 2009).

A percepção da sanção/pena como essencial para a resolução do conflito gera, segundo Pires (2004), um conjunto de problemas e deslocamentos de sentidos², como a definição do crime pela pena, uma falsa ilusão de simplicidade ao trabalho legislativo e judiciário, e uma série de problemas no campo filosófico como, por exemplo, a fundamentação da punição como obrigação ou necessidade.

Para o professor Howard Zehr (2008), um dos teóricos e referências da justiça restaurativa nos Estados Unidos, apresenta uma crítica sobre a desumanização do sistema penal atual:

Todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal. De fato, o foco de todo o ambiente é a obediência e o aprendizado de aceitar ordens. Numa situação assim a pessoa tem poucas escolhas. Ele ou ela talvez aprendem a obedecer, a ser submissos, e essa é a reação que o sistema prisional incentiva. Mas é justamente a reação que menos propiciará uma transição bem sucedida para a liberdade da vida lá fora. Esse rapaz se meteu na encrenca por não saber como se autogovernar, conduzir a sua vida de modo legítimo – e a prisão irá agravar essa inabilidade. Assim, não é de se surpreender que aqueles que melhor se conformam às regras da prisão são os que pior se adaptam à vida na comunidade depois de soltos (ZEHR, 2008, P.37).

Desta forma, fica evidente a contradição e a dificuldade em se almejar uma justiça³ com a concretização da pena. O sistema carcerário e punitivo que se disponibiliza atualmente no modelo retributivo está arraigado na lógica da racionalidade penal moderna. Ao invés de garantir uma efetiva resolução do conflito, o modelo retributivo atual foca na punição, e perde o potencial transformador do conflito, ao contrário do preceituado pela justiça restaurativa que busca uma responsabilização coletiva, tanto do agressor quanto da vítima, ensejando uma visão coletiva do conflito, enxergando o viés social que perfaz a ação delituosa e danosa. O foco, portanto, não é a transgressão legal, mas o dano gerado (BRAITHWAITE, 2003).

Assim, *ab initio*, é interessante frisar que, ao longo deste trabalho, as referências feitas ao modelo retributivo, à justiça retributiva, e à razão penal moderna, refletem o entendimento de justiça criminal apontados pelo professor Álvaro Pires (2004) e, dentro da perspectiva restaurativa, pelo professor Howard Zehr (2008).

A justiça restaurativa visa uma abordagem diferente do conflito entre as pessoas envolvidas, direta e indiretamente, com pessoas da família e da comunidade, na situação em que o crime foi praticado, oportunizando-se aos envolvidos com aquela situação conflituosa, uma comunicação capaz de revolver os mitos que cercam a figura da vítima e do autor do crime.

² Será abordado no primeiro capítulo.

³ Justiça aqui entendida como satisfação das partes envolvidas no conflito, bem como responsabilização pelo autor e reparação para a vítima (ZEHR, 2008).

No sistema processual penal comum, a vítima não exerce um papel central e a sua oitiva é de conteúdo meramente informativo de reconhecimento da autoria e de auxílio da comprovação da materialidade do crime (ACHUTTI, 2016). Na justiça restaurativa, a vítima tem um papel importante para que as relações entre as pessoas envolvidas naquela situação sejam restauradas (ZEHR, 2008, BRAITHWAITE, 2003, ELLIOT, 2018).

O modelo proposto pela justiça restaurativa visa que o autor do crime e a vítima se encontrem, quando possível, em um diálogo circular e horizontal, na presença de outras pessoas importantes para a compreensão do evento danoso e de suas consequências para todos. A organização do diálogo se estabelece pelo movimento de falar em ordem circular, na qual todos terão oportunidade igual de se manifestar sem serem interrompidos, podendo ouvir o outro quando oportunizado. A intenção é de devolver às partes certa autonomia na resolução do conflito, entendendo-se este, não apenas como uma transgressão legal, mas um rompimento de uma pretensão de harmonia social (ZEHR, 2008).

O objetivo é que as pessoas expressem seus sentimentos e as emoções vivenciados durante e após o evento que gerou o dano, para que todos possam não somente entender pela descrição dos fatos, mas sobretudo compreender as ações pelas emoções e pelos sentimentos nelas contidos. A vítima terá a oportunidade de falar diretamente para o autor do crime, se assim desejar, de como se sentiu ao ser agredida e de como se sente depois do fato ocorrido, de expor os seus medos, suas inseguranças e angústias e de expressar para todos e para o autor do crime como deseja que o mesmo seja responsabilizado pelo que praticou. Aquele, a quem se responsabiliza pelo crime, expressa seus motivos pessoais para ter se envolvido com aquele fato, fala de seus anseios pessoais e suas angústias e expõe sobre seus medos e desejos de se fazer presente naquele instante de contato com a vítima. É um processo circular de comunicação democrática, em contraposição ao modelo triangular vertical vigente, onde todos exercem a mesma condição e poder de fala e não há relação de submissão da importância dos sentimentos expressos.

A justiça restaurativa é fruto da prática (PALLAMOLLA, 2009) e, portanto, é através das avaliações destas que são sedimentados seus entendimentos, suas dificuldades e metodologias. As práticas restaurativas são várias e são permeadas por valores em comum que as norteiam, e segundo Johnstone e Van Ness (2007) são estes valores balizadores⁴ que identificam as práticas como restaurativas, posto fomentarem a liberdade e o empoderamento das partes, não sendo impostas nem obrigatórias, mas, que ensejam uma responsabilização

⁴ Que serão oportunamente debatidos no segundo capítulo deste trabalho.

ampla de todos os envolvidos.

Desta forma, a justiça restaurativa busca uma abordagem com maior amplitude sobre o conflito, não apenas buscando reconhecer autoria ou materialidade, mas também analisando todas as teias afetivas, sociais e culturais que culminaram na transgressão legal, ou seja, trata-se de uma visão abrangente do delito, onde este é apenas o ponto ensejador, mas não é o fim em si, a finalidade é justamente a responsabilização mútua das partes, do olhar sobre o outro e da comunicação entre as partes envolvidas. Nas palavras de Leoberto Brancher (2008), desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e um dos magistrados pioneiros no Brasil a estudar a teoria restaurativa:

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa não tem sido apenas uma aprendizagem sobre abordar conflitos sem aprofundar rupturas. É também uma forma para transformar a dor do conflito em seu reverso luminoso. Transformar afrontas, arrogâncias, intolerâncias, egoísmos, descasos em respeito, humildade, paciência, empatia, compreensão, responsabilidade. Justiça Restaurativa não é apenas um novo modo de pensar e fazer a Justiça, de arejar o sistema criminal, de humanizar relações e espaços totalizantes em que decisões são tomadas por uns e cumpridas por outros, em que, portanto, os poderes e suas derivações se exercem – das salas de estar às salas de aula, das salas de audiências judiciais às celas das prisões. Em verdade também o é. Mas não só. (BRANCHER, 2008, P.14).

Assim, a justiça restaurativa busca efetivar os direitos humanos dentro do modelo de administração de conflitos, que na contemporaneidade é administrado pelo modelo retributivo, cujo sistema aplicado corresponde à racionalidade penal moderna (PIRES, 2004), mas não se atém somente à ele e limitá-lo apenas ao sistema criminal seria desconsiderar seu potencial transformador (BRAITHWAITE, 2003). Suas práticas dialogam diretamente com os princípios preceituados na Carta Magna, tais como, o acesso à Justiça, a dignidade da pessoa humana e a razoável duração do processo, visando não só resolver a questão de quem cometeu o delito, mas principalmente em dar importância e atenção aos desdobramentos sociais e afetivos que o delito gerou tanto para a vítima, quanto para o agressor e para a comunidade, garantindo um processo respeitoso, inclusivo e consonante com os valores preceituados nas declarações e tratados de direitos humanos para uma sociedade justa e solidária.

Nesse sentido é salutar apontar para a Resolução 2002/12 da ONU, que representa um marco legal e sedimenta alguns entendimentos aqui debatidos neste trabalho em um texto normativo não impositivo e sugestivo de implementação das práticas restaurativas, cujo texto e análise consonantes aos valores e princípios restaurativos estão no anexo deste trabalho.

Sobre os direitos humanos é importante destacar que hoje encontram desafios diferentes daqueles vivenciados na época da redação da declaração universal em 1948. Na época da

redação, os direitos encontravam-se na fase de inclusão, em consequência e necessidade de efetivação de direitos pós Segunda Guerra. Hoje, os direitos humanos se estabelecem em uma sociedade de exclusão, evidenciada por uma dinâmica econômica de separação entre polos de consumo: os produtores e os consumidores. Desta forma, os direitos humanos buscam uma forma de garantir sua eficácia dentro de um sistema capitalista de exclusão e marginalização daqueles que não tem condições de consumir, ou seja, não são rentáveis ao sistema de produção (FLORES, 2005). A violação dos direitos humanos, nesta dimensão histórica, localiza a justiça restaurativa como uma justiça de proteção aos direitos humanos individuais e coletivos das pessoas e das comunidades.

Ainda segundo Joaquin Herrera Flores(2005), a dificuldade de se enxergar as dinâmicas sociais respeitando sua pluralidade faz com que os direitos humanos se apliquem de forma à reduzir a racionalidade à coerência interna de regras e princípios, fazendo com que a realidade se espelhe na formalidade das leis e não o contrário. Esse impasse epistemológico gera uma sensação de incompletude e inadequação que afasta a efetivação dos direitos preceituados nos tratados de direitos humanos. Pires (2004) fundamenta essa dificuldade justamente em função de a racionalidade penal moderna influenciar e sedimentar o entendimento punitivista como abordagem natural aos conflitos, gerando uma expectativa social por punição à transgressão, inclusive quando for à direitos preceituados como direitos humanos, o que em si, como igualmente aponta, é uma grande contradição.

Flores (2005) critica as visões localistas e abstratas que enxergam os direitos humanos com um centro a partir do qual se darão os desdobramentos necessários para sua aplicabilidade. Assim, a crítica à formalidade é pertinente no que tange o sentido de que o formalismo tende a reduzir a ação cultural aos signos e às palavras, mas nunca sobre a realidade corpórea ou material, ou seja, o formalismo tende a reduzir o campo de enfrentamento da realidade, traduzindo o indizível, e consequentemente deturpando a plural realidade da circunstâncias. Nas palavras de Flores:

Não se trata do problema que produz tratar de fatos sociais como coisas, e, sim, como fazer para que os fatos sociais cheguem a ser coisas. O formalismo supõe um endurecimento da realidade, capaz de permitir quantificar e “representar” em um “molde prefixado” a riqueza e a mobilidade social. Há somente um passo desde a consciência da complexidade à “statistical objetification”. Tudo isso significa que, embora a realidade seja muito mais ampla que a lógica ou a estatística, estas deveriam servir àquela e não ao contrário (FLORES, 2005, P.17).

Desta forma, enxergar a justiça restaurativa sob um viés intercultural significa reconhecer que o formalismo legal utilizado pela racionalidade penal moderna não é capaz de

dar conta das diversas demandas do conflito, posto objetificar os delitos, formalizando uma situação conflituosa para que esta se torne palpável, transformando assim as múltiplas teias, complexas e profundas das relações, em páginas, análises, perícias. Sempre de forma distante dos responsáveis do conflito, ou seja, do ofensor e do ofendido, e da comunidade também.

Esta dinâmica de afastamento, ao ser analisada sobre a perspectiva do modelo retributivo, nos faz perceber que, ao distanciar a responsabilidade sobre a situação conflituosa, entregando-a ao juiz, aos advogados e aos promotores, impossibilita que as partes envolvidas solucionem de forma ampla as questões suscitadas pelo conflito (CHRISTIE, 1977). Ou seja, significa dizer que não basta somente a condenação, esta é apenas um dos desdobramentos da responsabilização. E, é, também neste sentido que a justiça restaurativa busca uma abordagem contra-hegemônica ao padrão formal quando se propõe a analisar não somente o viés jurídico, mas também o afetivo, o social, o emocional e todos os outros que se encontrem presentes na situação conflituosa (BRANCHER, 2008).

O diálogo entre a interculturalidade de resistência preceituada por Flores (2005) e a justiça restaurativa se encontra na necessidade de um enfrentamento abrangente dos diversos contextos em que se inserem os indivíduos, empoderando-os, no sentido de ter mais autonomia em participar ativamente em todo o processo, fazendo com que as partes sejam as titulares da solução e não apenas espectadores. Desta forma a fala de Flores (2005) sobre racionalidade de resistência muito nos é pertinente:

Por isso, nossa visão complexa dos direitos aposta por uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas e de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há de se chegar – universalismo de chegada ou de confluência - depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos do entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas (FLORES, 2005, P. 21).

Aplicada à justiça restaurativa, a racionalidade de resistência traduz os anseios e as necessidades de se buscar uma solução além da formalidade existente, busca-se um caminho coletivo de solução de conflitos, onde o diálogo e a alteridade são fundamentais para uma construção complexa de responsabilidade sobre o delito cometido. Não se trata de apenas aplicar a lei, de reconhecer a autoria e a materialidade do crime, mas antes de tudo de analisar todos os caminhos que concretizaram tal delito, bem como o estado do agressor e da vítima antes e durante a prática delitiva. Trata-se de se ver no outro, de forma a não mais buscar por

uma vingança estatal, mas por uma verdadeira reparação efetiva e afetiva do conflito. Postas em perspectiva, a racionalidade de resistência é a crítica coesa à racionalidade penal moderna, aqui representados pela justiça restaurativa e pela justiça retributiva, respectivamente.

Entender esse novo processo significa voltar o olhar para si, buscar no encontro interpessoal os caminhos de compreensão do outro. É fundamental para a efetivação da justiça restaurativa que haja diálogo, que as pessoas envolvidas no fato conflituoso possam enxergar suas variadas dimensões, reconhecendo as dores um do outro e buscando em conjunto um possível caminho de reparação e transformação. A grande dúvida é se é possível essa transformação dentro de um sistema marcado pela racionalidade penal moderna como modelo de pensamento, para Braithwaite (2003) seria ingenuidade acreditar que a própria justiça restaurativa não reproduzisse algum punitivismo, pois encontra-se dentro desta mesma lógica, mas espera que ao menos, gradativamente, possamos aos poucos ser menos punitivos.

A justiça restaurativa não tem a pretensão de seguir um modelo positivista de produção científica: ela se comporta de forma fluida, fértil, abrindo espaço para a participação das demais ciências que podem colaborar para a compreensão das pessoas envolvidas e do fato conflituoso em si, como um momento de análise e avaliação de condutas e comportamentos que transbordam a circunstância do conflito, entrando nas relações interpessoais, tais como família, amigos e comunidade. Ao passo que essa perspectiva fluida abrange vários horizontes de compreensão, também é terreno fértil para inúmeras críticas sobre a dificuldade de conceituação do tema (PALLAMOLLA, 2009).

Assim, não basta simplesmente adotar a justiça restaurativa como forma de resolução de conflitos quando não se atenta para sua essência contrahegemônica. É preciso repensar, desconstruir os paradigmas modernos que se baseiam na racionalidade penal moderna, na objetividade, e repensá-los como mais uma lente de observação, e não apenas a única (ZEHR, 2008, PIRES, 2004). Desta forma, se aproximar da justiça restaurativa, e conseqüentemente dos direitos humanos, demanda uma atenta percepção dos afetos envolvidos, dos atores subjetivos que permeiam as relações e os sentimentos, fomentando a união comunitária, o amor solidário e o envolvimento através da empatia pessoal e social daqueles presentes nas práticas restaurativas.

Nesse sentido, as palavras do professor Marcelo Pelizzoli nos ajudam a esclarecer esse caminho de luta:

Para atuar com Direitos Humanos precisamos ter motivações que vão além da lógica da normose ou da racionalidade burguesa e excludente, e além do bem e do mal, verdadeiras armadilhas reducionistas. A solidariedade entre as pessoas não é, em primeiro lugar, uma escolha racional, mas brota do potencial e do desenvolvimento de valores humanos, como a empatia e compaixão. O convite da Cultura de Paz como a

entendemos, em especial da Justiça Restaurativa para os Direitos Humanos, é o resgate da socialidade, empatia, do diálogo, encontro, da subjetividade, e afetividade, entre outros. Os Círculos Restaurativos, por exemplo, buscam formar um sistema inter-humano não dicotômico, inclusivo, equilibrado; dentro deste sistema podem circular e serem acolhidas sombras, emoções como raiva, medo e culpa, e erros, ferimentos, rompimentos. Circula, acima de tudo, o que chamamos de força de agregação, a força de conexão, que tem vários nomes, por exemplo: compaixão (pathos), empatia, compreensão e acolhimento (PELIZZOLI, 2016, p. 26).

O choque entre a justiça restaurativa e o modelo atual de resolução de conflito, o modelo retributivo, tem inúmeras potencialidades: pode gerar um abalo epistemológico na atual estrutura de resolução de conflito do judiciário, como também pode deformar a justiça restaurativa em uma espécie de cooptação, onde há o nome restaurativo, mas em nada restaura, representando mais do mesmo, visto que as partes continuarão a recorrer à justiça para o litígio, e assim as práticas restaurativas terão caráter paliativo e introdutório dentro da instrução judicial.

A justiça restaurativa se apresenta desta forma como um possível caminho para resolução de conflitos nas sociedades marcadas pela precarização da tutela estatal sobre o gerenciamento dos conflitos sociais. É marcada pelo resgate e pela absorção de valores ancestrais de resolução de conflito oriundos de práticas de povos originários, como no caso dos maoris na Nova Zelândia, por exemplo, e, portanto, busca uma adequação às peculiaridades históricas de cada sociedade. Nesse sentido a justiça restaurativa se insere na modernidade como uma prática de resistência e enfrentamento.

Analisando em conformidade com as palavras de Howard Zehr (2006), a justiça restaurativa se encontra em um fluxo da pós-modernidade. Representa, assim, um dos vários questionamentos ao paradigma moderno da racionalidade, da concentração e sectarização de poder na mão das instituições estatais sobre a tutela conflitiva, buscando saídas para uma adequação às várias demandas dos envolvidos e da comunidade, refletindo em como e quais os papéis que cada indivíduo pode desempenhar, vislumbrando um espaço menos desarmonioso de convivência.

A justiça restaurativa alega ser sensível às necessidades dos vários indivíduos e atores incluindo as vítimas, os infratores e as comunidades. Em uma situação ideal, a justiça restaurativa cria uma arena onde as pessoas podem estabelecer, com limites, o que a justiça significa em seu caso específico. A justiça restaurativa é pós-moderna em sua percepção de que as nossas verdades acerca do que é justiça dependem do nosso contexto e que o conceito de justiça deve ser formado a partir da comunidade (ZEHR, 2006, P. 416).

Outrossim é dentro deste campo da modernidade, marcada pela racionalidade penal moderna, em que surge e, portanto, mesmo enquanto crítica é nele que se desenvolve (PIRES,

2004). Entender desta forma quais as ferramentas em que se pode desconstruir ao tempo em que permeia o contexto moderno é um dos desafios que a justiça restaurativa tem como compromisso. Ou seja, não há como negar o contexto de seu surgimento, visto ser igualmente contemporânea do modelo retributivo de justiça, ao qual critica fortemente, e, portanto, passível das mesmas deformações e racionalizações, sendo também fruto, mesmo que em aparente contrafluxo, da racionalidade penal moderna apontada por Pires (2004).

Nesse sentido, a justiça restaurativa se insere dentro da história contemporânea, pois resgata os valores concebidos enquanto modernidade, mas que, em função da racionalidade penal moderna apontada por Pires (2004), inviabilizam a aplicação de tais valores que supostamente defende, construindo assim uma crítica ao modelo ao qual se aplica. Mas será que é possível superar a racionalidade penal moderna?

Sobre a contemporaneidade é interessante ressaltar que esse momento histórico se caracteriza pelo confronto. Diferentemente de outros tempos, a história contemporânea⁵ moderna é a história viva. Pierre Nora (1991), historiador francês do movimento nova história, reflete que antes de definir história contemporânea como um marco cronológico, como muitos historiadores o fazem, marcando a história contemporânea pós revolução francesa, argumenta que esta é a história do presente, a história viva e por isso mutável, enquanto a história morta é aquela que cabe apenas aos historiadores lembrarem e contarem. Argumenta ainda que é necessariamente uma história de confronto, pois dialoga com seu tempo e por isso é diretamente reavaliada e questionada pelos que a vivenciam. Aponta ainda que:

A História Contemporânea é quase inevitavelmente uma História cruel, que fere, que faz sangrar, porque rema quase fatalmente contra a corrente da imagem que uma sociedade tem necessidade de construir acerca de si mesma para sobreviver (...) Há uma História que é uma língua morta, que só os historiadores é que falam, e há a História Contemporânea, que interessa a toda gente (NORA, 1991, P.52-53).

Assim, a justiça restaurativa se encontra na história contemporânea ao se caracterizar pelo enfrentamento ao modelo racional de resolução de conflitos vigente nas sociedades modernas ocidentais, marcado pela racionalidade penal moderna, ao passo em que pertence ao mesmo tempo e estrutura que critica, vislumbrando um modelo com foco mais amplo para as demandas das sociedades modernas.

É preciso compreender que o modelo atual de justiça é um modelo reflexo da modernidade, e conseqüentemente de valores eurocêntricos, brancos e patriarcais, que

⁵ Nesse sentido é salutar apontar que a construção da contemporaneidade é um produto da modernidade e de seus valores eurocêntricos, brancos, heteronormativos, capitalista e patriarcal e, portanto, reflete esses valores também em suas práticas hegemônicas e universalistas.

reverberam de forma a manter uma desigualdade latente nas relações de poder, concentrando na figura do Juiz, enquanto homem de classe média, o poder decisório e a capacidade de decidir, mesmo sendo um terceiro que em nada se relaciona com as partes (afetiva e socialmente).

Ao concentrar o poder na figura de um terceiro que, além de não se relacionar, bem como não se dispor de tempo hábil para ser inserido de forma profunda na realidade das partes envolvidas e conseqüentemente ter uma visão ampla do conflito, o Poder Judiciário acaba por representar na manifestação jurisdicional uma ferramenta para a manutenção de *status quo*, onde apenas os que tiverem recursos e condições terão sua tutela devidamente processada e representada.

Assim, a participação da justiça restaurativa no modelo retributivo já enfrenta um problema inicial: é um modelo que vai contra a ideia de litígio propagada entre os operadores do direito e funcionários da justiça. A sua própria instauração já pressupõe um questionamento direto com as práticas atuais, o que envolve necessariamente uma resistência daqueles que trabalham e vivem da existência do litígio enquanto prática heterocompositiva de sua resolução (CHRISTIE, 1977).

Logo, falar em práticas restaurativas é falar necessariamente em uma justiça de resistência, que luta essencialmente por um modelo mais inclusivo e menos superficial de resolução de conflitos e que, em teoria, não deveria estar vinculado ao poder judiciário, pelo menos não exclusivamente, por sua própria essência autocompositiva e independente, porém é este que detém o monopólio da resolução de conflitos⁶ e, portanto, é nele que deve também se inserir. Esta abordagem de resistência e luta se insere no conceito de decolonização⁷ do direito, enquanto ciência central da administração da justiça.

Desta forma, inseridas dentro do poder judiciário, as práticas de justiça restaurativa encontram um desafio: suplantar a forte presença histórico-social hegemônica da heterocomposição e da judicialização dos conflitos. Ainda assim, se faz presente dentro desta, ou seja, reconhecendo a permanência apesar da mudança, e tentando alterá-la, para assim encontrar novos caminhos para lidar com os conflitos de forma a abranger não só apenas uma demanda material, mas também subjetiva, afetiva e inter-relacional das partes.

⁶ As práticas restaurativas também são aplicadas em escolas e fora do sistema criminal, mas aqui será analisada a influência e presença dentro do sistema criminal de justiça.

⁷ Decolonialidade ou descolonialidade é um conceito de resistência latino-americano que visa estruturar uma crítica à modernidade entendendo que esta se pauta necessariamente na invasão do continente americano e na construção de uma sociedade escravocrata que produz e é explorada pelos invasores europeus, perpetuando e enraizando a perspectiva colonial dentro das instituições e das sociedades latino-americanas. Nesse sentido a teoria decolonial visa a desconstrução do paradigma moderno e emancipação intelectual dos pesquisadores e dos países e sociedades que foram colônias europeias ou exploradas por estas.

Quanto à justificativa do trabalho, este se torna extremamente pertinente pois a justiça restaurativa ressurgiu como uma possibilidade de reavaliar e tentar alterar os impactos da dinâmica retributiva. Surge enquanto filosofia que se aplica não apenas ao direito e à legalidade, mas também se entende enquanto modelo de convivência respeitosa entre pessoas de uma comunidade (BRAITHWAITE, 2003, ELLIOT, 2018). Nesse sentido, a justiça restaurativa é entendida como um novo caminho de resolução de conflitos, mas será mesmo?! Será que, enquanto frutos e contemporâneos na modernidade e, portanto, da racionalidade penal moderna, as instituições e as pessoas estão conscientes de que é possível haver responsabilização sem punição e sem humilhação? É possível superar a expectativa de punibilidade?

Outro ponto interessante é que comumente se compreende justiça restaurativa como um abrandamento do punitivismo, ou como aponta Pedro Scuro Neto (2006, p.547) um “lado brando, *soft side* da justiça retributiva, simplesmente como um meio alternativo de resolução de conflitos” sem necessariamente superar a lógica punitivista e retributiva.

Ou seja, têm-se aqui duas perspectivas interessantes a se analisar: uma que coloca a justiça restaurativa como uma oposição à justiça retributiva, e outra que a enxerga apenas como um abrandamento em casos de violações de menor potencial ofensivo, ambas problemáticas, mas igualmente pertinentes e que coexistem entre críticos e teóricos restaurativos e que serão apresentadas e aprofundadas neste trabalho.

O problema aqui apontado se refere a possível superação da lógica retributiva (racionalidade penal moderna) em que necessariamente deve haver punição e humilhação para que haja justiça. É possível dentro da lógica restaurativa reparar o dano sem punir?! Ou melhor, há restauração sem retribuição?! Um dos pilares fundamentais da teoria restaurativa é justamente a aplicação dos preceitos elencados nos tratados e acordos de direitos humanos para garantir a reparação e a transformação dos envolvidos no conflito de forma mais respeitosa e íntegra possível.

Dessa forma o objetivo deste trabalho é justamente evidenciar a construção retórica da narrativa restaurativa e debatê-la frente à dificuldade de superação da lógica da racionalidade penal moderna, buscando elucidar os pontos abordados nos problemas acima suscitados e compreender se é possível haver restauração sem retribuição⁸, e se a punição é ou não um dos vieses e expectativas da responsabilização.

⁸ Reiterando o entendimento aqui já apontado no início do texto sobre a utilização do termo justiça retributiva e modelo retributivo, que fazem menção ao sistema criminal e sistema penal, entendendo a pena, principalmente a aflição, como resposta à transgressão legal.

Assim, para construir essa teia retórica, será aplicado o método qualitativo. Nesse sentido Minayo (2009) aponta que o objeto das ciências sociais é essencialmente qualitativo e argumenta que:

A realidade social é a cena e o seio do dinamismo da vida individual e coletiva com toda a riqueza de significados dela transbordante. Essa mesma realidade é mais rica que qualquer teoria, qualquer pensamento e qualquer discurso que possamos elaborar sobre ela. Portanto, os códigos das ciências que por sua natureza são sempre referidos e recortados são incapazes de conter a totalidade da vida social. As Ciências Sociais, no entanto, possuem instrumentos e teorias capazes de fazer uma aproximação da suntuosidade da existência dos seres humanos em sociedade, ainda que de forma incompleta, imperfeita e insatisfatória. Para isso, elas abordam o conjunto de expressões humanas constantes nas estruturas, nos processos, nas representações sociais, nas expressões da subjetividade, nos símbolos e significados (MINAYO, 2009, P.14).

Por conseguinte, esta pesquisa não tem a menor pretensão em esgotar o debate ou definir e sedimentar qualquer entendimento sobre o assunto, visto ser uma pretensão que não corresponde às limitações da realidade. Seria impossível dar conta desta, e das discussões em sua totalidade, em um texto acadêmico, pois este é fruto da modernidade e de seus valores científicos de razão e objetividade. Sendo assim, este trabalho reflete o interesse em entender os desdobramentos da justiça restaurativa em um exercício retórico que implica na construção e desconstrução de narrativas, refutando ideias e entendendo a ciência como um campo de questionamentos e incertezas, ao invés de buscar verdades.

Nesse sentido, Minayo (2009) também argumenta que a metodologia é o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade, para tanto, o caminho que iremos percorrer busca elucidar os problemas apontados neste texto e foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a definição e o entendimento da racionalidade penal moderna apontada por Alvaro Pires (2004), trata também de identificar os pontos em que a justiça restaurativa critica a dinâmica retributiva, representando assim o olhar da justiça restaurativa sobre a retributiva, sob a luz da teoria das lentes de Howard Zehr (2008), expoente teórico da teoria restaurativa e muito apontado pelos facilitadores das práticas restaurativas aqui em Recife⁹, elencando os valores e os problemas que o cárcere traz para a vida dos envolvidos em um evento danoso, debatendo valores como responsabilidade, culpa, perdão, arrependimento e a mistificação do crime e as suas implicações nos desdobramentos sociais e afetivos entre os envolvidos e para a comunidade aos quais pertencem.

⁹ A escolha pelo autor se dá pelo fato de que inicialmente esta pesquisa teria uma abordagem empírica, o que movimentou a pesquisadora a frequentar o TJPE, mais especificamente os círculos de cuidado promovidos no CICA, bem como as varas infracionais da infância e juventude, e, através desses encontros e discussões, pude perceber a forte influência e referência de Howard Zehr e de sua teoria das lentes (Changing lenses) para fundamentar a prática dos cuidadores e dos facilitadores dos círculos restaurativos na comarca de Recife.

No segundo capítulo traremos as diversas perspectivas sobre o entendimento de o que é e ao que se propõe a justiça restaurativa, discorrendo sobre as implicações em se ter uma teoria fluída e aberta e como isso fortalece ou enfraquece a dinâmica restaurativa. Também serão abordadas as concepções apontadas por Johnstone e Van Ness (2007) e valores restaurativos apontados por Braithwaite (2003), para depois expor os tipos de práticas restaurativas já sedimentados pela teoria (WALGRAVE, 2006) e o momento de inserção dentro do processo criminal (PALLAMOLLA, 2009).

Esses dois primeiros capítulos visam construir um raciocínio de dicotomia entre as teorias, buscando argumentar primeiro o que distancia as teorias para, no terceiro capítulo, discorrer se realmente são tão distoantes e diferentes assim e se, como alguns teóricos apontam, tais como Howard Zehr, Elizabeth Elliot e Kay Pranis, é possível a pretensão restaurativa de superar a racionalidade penal moderna. Dessa forma, o terceiro capítulo visa concluir o raciocínio construído no texto, apontando para as pretensas diferenças entre os programas de justiça retributiva e restaurativa, bem como apontando a inserção deste como mero programa de justiça criminal, e discorrendo sobre as implicações dessa limitação às expectativas restaurativas sobre o dano. Também será discutida a relação das teorias de resolução de conflito com a punição, buscando elucidar os problemas apontados nesta introdução. Assim, será discutido se há responsabilidade sem punição, bem como se há restauração sem retribuição e como superar a necessidade de punir como forma de reparar o dano gerado com a transgressão legal.

Assim, ainda no terceiro e último capítulo, serão feitas as considerações finais, avaliando os possíveis esclarecimentos aos problemas suscitados nesta introdução e finalizando esta pesquisa acadêmica.

2. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Howard Zehr¹⁰ (2008), em seu livro *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, traça uma abordagem sobre os caminhos que o crime percorre na vida dos envolvidos e da sociedade, buscando entender o porquê de o modelo do sistema de justiça criminal atual ser tão duramente criticado, em função de sua apontada incapacidade de atender à sua pretensão de justiça, frustrando os usuários e os funcionários do sistema, visto terminar sendo tão ou até

¹⁰ A publicação original foi em 1990, porém a tradução e edição para o português é de 2008.

mais violento e contribuindo ainda mais com a violência ao invés de saná-la ou transformá-la em algo com retorno produtivo para a sociedade.

Nesse sentido, o autor narra que toda a estrutura do modelo do sistema criminal intensifica a desumanização do indivíduo, desde a forma até à estrutura do processo criminal que auxiliam nesse processo de distanciamento do evento danoso com sua correspondência de violação da lei, gerando impactos graves aos usuários que utilizam o sistema. O ofensor em nada ou pouco se relaciona com o crime que lhe é imputado; a linguagem utilizada, os atores envolvidos (juízes, advogados, promotores e defensores públicos), todos têm uma linguagem específica, vestimentas específicas e nada disso envolve o ofensor ou a vítima (ZEHR, 2008, DUFF, 2003, WALGRAVE, 2003, HUDSON, 2003, SHAPLAND, 2003, PALLAMOLLA, 2009).

O distanciamento das partes bem como as formalidades do processo criminal traduzem, em uma linguagem pouco compreensível aos envolvidos, a leitura que o Estado, enquanto instituição, almeja para o controle social e para a retenção ou redução de danos advindos das condutas compreendidas como criminosas. Nesse sentido, por ser o guardião detentor da tutela conflitiva, o Estado acaba por reforçar uma compreensão muito limitada e específica sobre os eventos danosos em sociedade, e por isso, antes de adentrar nas conceituações e reflexões sobre a justiça restaurativa, faz-se necessário compreender os valores e as ideias que permeiam o modelo atual de gerenciamento de conflitos, utilizando como base a fundamentação do professor Howard Zehr (2008), um dos expoentes sobre o tema.

A estrutura que comporta o tratamento dos conflitos em sociedade internaliza os valores de segmentos restritos da sociedade e os universaliza, tornando a concepção de justiça um reflexo dessa vivência sectarizada desses grupos (SHAPLAND, 2003). O modelo de justiça criminal é traduzido pelo modelo e paradigma de justiça retributiva¹¹, que vê na pena a retribuição à transgressão legal que o ofensor gerou à sociedade. O foco, os olhares estão sistematicamente voltados para o ato da transgressão em si e muito pouco ou quase nada aos desdobramentos em todos os seus possíveis e variáveis sentidos. A visão se caracteriza assim pela objetividade e racionalização (DUFF, 2003, ZEHR, 2008, ACHUTTI, 2016).

Nesse sentido, é extremamente interessante para a discussão aqui levantada aprofundar a definição trazida por Alvaro Pires (2004) sobre racionalidade penal moderna.

¹¹ A expressão justiça retributiva se refere ao modelo atual de justiça criminal e gerenciamento de conflitos, entendendo retributiva enquanto modelo de retribuição de punição vinculada à transgressão legal.

2.1 A racionalidade penal moderna em Álvaro Pires

O professor de direito canadense Álvaro Pires (2004) discorre na busca de caracterizar o sistema penal ocidental, naquilo que ele denomina de racionalidade penal moderna. Tal racionalidade se constrói no ocidente, segundo o autor, a partir da segunda metade do século XVIII, que é quando a maneira de pensar o sistema penal assume uma organização e forma de pensar distinta dos outros sistemas de pensamento.

Assim, identifica que o sistema se distingue dos demais, refletindo um sistema de pensamento que adota um conjunto de práticas jurídicas institucionais que se denomina de justiça criminal ou penal, com valores e princípios específicos que lhe conferem um aspecto normativo. Essa racionalidade penal produz uma perspectiva específica que contribui para a formação de um subsistema específico, o sistema penal moderno (PIRES, 2004).

O conceito delimitado pelo autor comporta dois sentidos. O primeiro, teórico e formal, indica um sistema de pensamento que se identifica enquanto justiça criminal, mas que para ser relativamente autônomo não *“precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos por exemplo)”* (PIRES, 2004, P.40).

O segundo comporta um sentido empírico e descritivo, definindo uma forma concreta e objetiva de racionalidade situada em um determinado momento histórico da humanidade. Dessa maneira Pires (2004) define enquanto moderna a racionalidade penal que descreve, avaliando que é essa racionalidade que construirá a identidade do subsistema jurídico percebido enquanto direito penal moderno (PIRES, 2004).

Defende que um dos efeitos desse sistema caracterizado de racionalidade penal moderna é a naturalização de sua estrutura enquanto sistema penal e criminal, forjando a ideia de naturalidade que só é percebida de outra forma quando se reflete a possibilidade de outro modelo de pensar, evidenciando a forte colonização que esta racionalidade exerce sobre a maneira de ver o mundo (PIRES, 2004).

Essa forma de enxergar a realidade que Pires (2004) argumenta forma uma estrutura normativa que ele define como telescópica, pois une normas de dois graus apontados pelo autor. A primeira norma é a norma de comportamento, que reflete o que se pode e o que não se pode fazer; a segunda norma é a norma de sanção, que reflete a permissão ou obrigação da aplicação de uma pena previamente culminada. Defende que esta estrutura telescópica foca em três tipos

de penas: a de morte, a de prisão afilitiva e a de multa, e que a pena de prisão afilitiva é a que vai assumir o rosto e retrato desse modo de pensar.

Assim, na modernidade ocidental, a pena, segundo Pires (2004), é quem comunica o valor da norma de comportamento e o seu grau de reprovação na sociedade em caso de transgressão e desrespeito.

Pires (2004) disserta que a junção dessa estrutura telescópica com o pensamento que valoriza a pena afilitiva como melhor resposta ao delito criará a falsa impressão de inseparabilidade entre uma e outra, e que essa naturalização irá desencadear uma série de problemas e deslocamentos de sentidos, e sugere pelo menos três problemas.

O primeiro consiste em que o crime (norma de comportamento) é definido pela pena e essa definição não se limitará apenas ao direito penal ou ao saber jurídico. É neste que produzirá uma dogmatização e, portanto, sedimentará a ideia de que crime se resolve com a definição de uma pena afilitiva. Pires (2004) aponta que ocorrerá a construção de uma figura de linguagem, uma sinédoque (espécie de metonímia), que define a parte pelo todo, na qual a pena afilitiva será capaz de identificar e definir o sistema penal, bem como forjará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno.

O segundo problema apontado pelo autor, oriundo da racionalidade penal moderna, é a falsa ideia de simplificação no trabalho do legislador e do magistrado, criando uma ideia errônea de que no momento da sanção caberá *naturalmente* a aplicação de uma pena afilitiva, de modo que a sanção restritiva de liberdade seja a resposta mais evidente e esperada.

O terceiro problema é de cunho filosófico e reflete a junção dessa combinação entre crime e pena afilitiva, o que o autor chama de *ilusão de necessidade e identidade* (PIRES, 2004). Ao forjar a naturalização da pena afilitiva e criar uma ideia de necessidade e de identidade para ela dentro do sistema penal, essa ilusão se percebe de pelo menos duas formas: (a) cria uma ideia de obrigatoriedade entre as normas de comportamento e as de sanção, quando para Pires (2004) apenas as de comportamento são imprescindíveis (fazer ou não fazer), e aponta que “para um observador externo à racionalidade penal moderna não há nenhuma necessidade teórica ou prática de que as normas de comportamento e sanção sejam simultaneamente obrigatórias” (PIRES, 2004, P. 42); (b) cria também a ideia de que deve haver uma identidade de natureza entre o crime a sanção, no sentido que a sanção é quem afirma a norma do direito, e esta, por corresponder ao crime, deve ser negativa, passando a ideia de que é com mal que se corrige o mal.

Pires (2004) argumenta que a racionalidade penal moderna é extremamente complexa e que sua naturalização dificulta que as ciências consigam refletir criticamente sem se utilizar de

suas categorias de pensamento, ou seja, recorrendo à sua própria racionalidade para combatê-la. Defende que:

Um tal distanciamento crítico exige a possibilidade teórica de apresentar a configuração efetiva desse sistema como *uma possibilidade entre outras* de atualização do sistema, e não necessariamente a mais feliz. A racionalidade penal moderna constitui portanto um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa (PIRES, 2004, P. 43).

Assim, o autor aponta quatro características e aspectos dessa racionalidade penal moderna:

(I) Argumenta que a partir do século XVIII as penas aflitivas passaram a corresponder ao retrato identitário do direito penal, caracterizado pela resposta ao crime como algo essencialmente negativo, devendo a pena corresponder a um mal. Afirma também que é por meio de um procedimento hostil, autoritário e punitivo que o crime passa a ser tratado e a pena aflitiva corresponde a essa expectativa se tornando assim a sua linguagem principal. Pires (2004) discorre que essa forma de conceber a norma carrega um modo *hostil*, pois o ofensor é visto como inimigo de todo o grupo; *abstrato*, pois, mesmo a pena sendo um mal imediato e concreto, há uma expectativa a longo prazo de controle social e restabelecimento da ordem através da pena; *negativo*, pois, como já argumentado, a racionalidade penal moderna enxerga na pena a retribuição necessária pela transgressão, correspondendo a um mal para sanar outro mal; e *atomista*, pois se concentra apenas na transgressão e não se preocupa com os laços sociais rompidos entre as pessoas, a não ser, como argumenta o autor, de forma secundária e meramente acessória (PIRES, 2004).

(II) A racionalidade penal moderna sustenta o argumento de que a punição é uma obrigação ou uma necessidade, passando-se assim de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente, quando este era uma prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, para uma cultura da obrigação de punir limitadamente, onde a punição é a resposta óbvia à transgressão. Sobre a fundamentação de punir do direito moderno:

No momento mesmo em que se fundamenta o direito de punir moderno, produz-se então um deslocamento de sentido que vai do direito como faculdade ao direito como obrigação de punir. O fato de que essa transformação tenha passado relativamente despercebida foi facilitado pela relação assimétrica entre os termos “direito” e

“obrigação”, isto é, quem *tem* um direito não é necessariamente obrigado a fazer algo, mas que é *obrigado* pelo sistema jurídico a algo *tem necessariamente o direito de fazê-lo*. Na verdade, não é possível determinar com precisão quando a convicção filosófica ou jurídica na obrigação de punir assume uma forma generalizada e estabilizada no sistema penal. Minha hipótese é que isso se produz apenas a partir da segunda metade do século XVIII (PIRES, 2004, P. 44).

Pires (2004) também avalia que o princípio medieval da *ultima ratio*, a partir do século XVIII, se transforma em mero argumento político e perde sua essência jurídica prática, representando um princípio de seleção política dos eventos que devem ser observados pelo legislador na hora de reprimir determinados comportamentos e condutas. Argumenta ainda que o princípio da última instância tem uma função mais retórica do que decisória, sendo assim utilizado para justificar as escolhas legislativas de criminalizar com penas aflictivas certas condutas, servindo como argumento retórico para reforçar a lógica da racionalidade penal moderna e confortar sua identidade punitiva.

(III) A terceira característica apontada por Álvaro Pires (2004) diz respeito ao fato de que a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento pré-político ou transpolítico, posto que existe e se sedimenta antes ou independente de outras visões políticas de mundo. Nesse sentido aponta para a dificuldade de superação dessa lógica e fala em *armadilhas cognitivas* de outras ciências que se identificam contrárias ao modelo retributivo, mas que, para garantir sua eficácia, recorrem à aplicabilidade desse sistema para reforçá-lo, como no caso de demandas em nome de princípios da racionalidade penal moderna (igualdade, proporcionalidade, devido processo legal) que culminam em pedidos de penas mais severas para as violações dos princípios que sustentam. Assim, Pires (2004) argumenta que em matéria penal não se manifestam diferenças empíricas significativas entre distinções políticas de direita/esquerda ou de pensamentos científicos crítico/tradicional, todos acabam recorrendo à racionalidade penal moderna, de tão intensa e sedimentada que é sua naturalização.

(IV) A quarta e última característica é sobre a relação dos direitos humanos com o direito penal, que Pires (2004) define como paradoxal e conflitante, pois a pena aflictiva é usada frequentemente em nome dos direitos humanos para afirmá-los ou defendê-los. Nesse sentido defende que:

A representação da pena aflictiva como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, tudo isso pode se

apresentar, em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos, enquanto um observador externo poderá ver os direitos humanos como um objetivo ou um ideal de reduzir penas e diversificar as sanções (PIRES, 2004, P. 46).

Assim, Pires (2004) argumenta que a lógica da racionalidade penal moderna é tão intensa e flexível que se adapta às demandas dos direitos humanos de forma a neutralizar as propostas mais profundas que podem substancialmente afetá-lo, reverberando a ideia de controle social e manutenção dos direitos humanos, através da punição pela pena afliativa.

Dessa forma, o modelo retributivo, apontado pela justiça restaurativa e que representa o modelo de justiça criminal e penal, é fundamentado sob a lógica da racionalidade penal moderna, que enxerga na pena afliativa a resposta coesa à transgressão e ao conflito em sociedade. Vislumbrando essas características, a discussão proposta agora visa debater o modelo retributivo sob a lógica e crítica restaurativa na perspectiva de Howard Zehr (2008).

2.2 Justiça retributiva sob o olhar da perspectiva restaurativa

Howard Zehr (2008) inicia sua análise sobre a justiça retributiva argumentando que esta se enxerga como paradigma, apontando ainda que a humanidade já vivenciou uma série de cosmovisões e perspectivas de mundo completamente diferentes da que vivenciamos atualmente, e mesmo a que vivemos (enquanto mundo ocidental, que se fundamenta na crença que é eurocêntrica, branca, heteronormativa e judaico-cristã, claro) já é uma teia muito ampla e complexa de inúmeras mudanças epistemológicas ao longo dos séculos. Nesse ponto, adianta que hoje, em função de múltiplas perspectivas históricas e transculturais, as certezas impostas pelo modelo racional e positivo que compreendiam verdades e certezas como busca já não são mais capazes de sustentar todas as críticas sobre sua rigidez e hermeticidade.

Howard Zehr (2008) segue debatendo que a ciência já foi a única detentora da leitura da realidade, capaz de prometer certezas sobre sua natureza e a estrutura. Porém, aduz que essa realidade tem se tornado cada vez mais insustentável. A multiplicidade e a diversidade de realidades que as diferentes narrativas têm apresentado à produção epistemológica vem cada vez mais corroborando a compreensão de que este modelo existente tem inúmeros limites quanto à percepção da realidade (SHAPLAND, 2003).

Outrossim, esse movimento de mudança de paradigmas é uma constante na humanidade. Zehr (2008) fundamenta que, antes da revolução científica do século XVII, a cosmovisão de

Ptolomeu¹² era a leitura que a sociedade fazia da realidade: teocêntrica, teológica e física, justificando e buscando compreender a realidade com base em preceitos religiosos. Com os estudos de Copérnico¹³ e Newton¹⁴, as teorias que eram base da compreensão do mundo ocidental foram obrigadas a ser reavaliadas, pois se tornaram insustentáveis. A descoberta do Sol como centro do sistema solar, bem como os avanços sobre cálculos e equações que pareciam desvendar o universo trouxeram uma nova concepção e perspectiva de realidade para a humanidade; não éramos mais o centro, mas sim, fazemos parte de uma rede de planetas e, através da matemática, física e outras ciências, é possível quantificar e entender essa realidade.

Essa compreensão de universo racional e mecanicista, com leis racionais passíveis de serem conhecidas, previsibilidade, causa e efeito, se torna, assim, a base de todo o pensamento e produção científica do mundo ocidental, passando a ser compreendida também como Modernidade. Zehr (2008) aponta que o desenvolvimento da Modernidade enquanto perspectiva não apenas física foi capaz de moldar todo o pensamento moderno, formando também as percepções sobre o mundo social, filosófico, econômico e psicológico. Ao se tornar a lente com que enxergamos a realidade, ela molda tudo através de seu olhar, transformando a realidade. Nesse ponto Zehr (2008) afirma:

Os paradigmas moldam nossa abordagem não apenas do mundo físico, mas também do mundo social, psicológico e filosófico. Eles são a lente através das quais compreendemos os fenômenos. Eles determinam a forma como resolvemos problemas. Moldam o nosso “conhecimento” sobre o que é possível e o que é impossível. Nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge ao paradigma nos parece absurdo. (...)Paradigmas são modos específicos de construir a realidade, e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo da justiça é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos problemas e nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas. (ZEHR, 2008, p. 83)

Assim, o que se entende como bom senso é o reflexo da construção e sedimentação desses paradigmas construídos ao longo dos séculos, formando assim a perspectiva que a

¹² Cláudio Ptolomeu, ou apenas Ptolomeu ou Ptolomeu (em latim: Claudius Ptolemaeus; em grego: Κλαύδιος Πτολεμαῖος; transl.: Klaúdios Ptolemaios; 90 – 168), foi um cientista e filósofo grego que viveu em Alexandria, Egito. Ele é reconhecido pelos seus trabalhos em matemática, astrologia, astronomia, geografia e cartografia conjuntos ao entendimento místico do universo. Mesclava, assim, o entendimento de mundo entre ciência e religião.

¹³ Nicolau Copérnico (Toruń, 19 de fevereiro de 1473 — Frauenburgo, 24 de maio de 1543) foi um astrônomo e matemático polonês que desenvolveu a teoria heliocêntrica do Sistema Solar. Foi também cônego da Igreja Católica, governador e administrador, jurista, astrônomo e médico.

¹⁴ Isaac Newton (Woolsthorpe-by-Colsterworth, 4 de janeiro de 1643 — Kensington, 31 de março de 1727) foi um astrônomo, alquimista, filósofo natural, teólogo e cientista inglês, responsável por significantes avanços na teoria da gravidade e na teoria heliocentrista.

sociedade tem sobre os acontecimentos, naturalizando ideologias e olhares parciais sobre os fenômenos da vida social (ZEHR, 2008).

Dessa maneira, toda a forma de enxergar o evento criminoso é moldada pelas lentes do paradigma retributivo, que é fruto da Modernidade, e, como já foi argumentando no item anterior, reverbera um sistema específico moldado na racionalidade penal moderna (Pires, 2004). Zehr (2008) aponta para o fato de que apenas uma parcela muito pequena dos conflitos vira crime e é processada pelo Estado, e que grande parte dos conflitos são diluídos socialmente por outras formas de composição e resolução de conflitos. Não são todos os conflitos que entram no sistema criminal, bem como a construção social das condutas reprováveis auxilia na construção do que deve ou não ser foco da justiça criminal, visto que condutas às vezes mais danosas não são consideradas crime, nem chamam atenção do Estado, enquanto outras com pouca repercussão são (ROSEMBLAT, 2016).

Zehr (2008) argumenta que, diferentemente do processo civil, o processo penal, por ser adversarial, implica necessariamente uma perda ou uma vitória para as partes envolvidas, bem como o fato de que no âmbito cível, por se tratar das relações privadas, as partes não correspondem à dicotomia vítima e ofensor, a culpa tem muito mais relação com dimensões de responsabilidade e possibilidade de indenização (ZEHR, 2008).

Para a criminologista britânica Joanna Shapland (2003), diferentemente da esfera cível, a esfera penal tem a participação constante do estado em vários polos da disputa. O ofensor está em litigância com a sociedade e não com um indivíduo, havendo necessariamente um representante do estado abstrato, seja na figura do juiz, do promotor ou do defensor público. Outro ponto apontado pela autora é o fato de que, justamente pela onipresença do estado na disputa penal, a presença do advogado se faz sempre necessária como garantidor da honestidade ou integridade do processo adversarial, visto que o estado representa um poder coercitivo forte contra o ofensor (SHAPLAND, 2003, p. 202 e 209).

Mesmo grande parte dos conflitos ficando à margem do sistema criminal, Zehr (2008) argumenta que a pequena parcela que tem acesso ao sistema é regida por regras bem específicas e diferentes das demais aplicadas na sociedade. Isto em função das definições das condutas que são ou não criminalizáveis, dos jogos e das disputas de poder que estão no monopólio da legalidade estatal e que definem que conduta ou grupo social é passível ou não de criminalização.

Nesse sentido o autor indica que vários fatores contribuem para a criminalização de uma conduta, e que esses fatores são de certa forma arbitrários e seus fundamentos questionáveis, visto a gama de conflitos que ficam à margem do sistema criminal. Características como etnia,

raça, classe social, ideologia política são fatores favoráveis à criminalização dentro do modelo retributivo de justiça. Em função de suas características vulnerabilizadas, certos grupos sociais acabam se tornando o centro do sistema de justiça criminal (ZEHR, 2008).

Daniel Achutti (2016), ao se referir à obra de Leonardo Sica (2007), aponta que uma característica do modelo punitivo é atribuir o castigo penal a uma suposta *necessidade coletiva psicossocial*, partindo de um pressuposto equivocado de que há necessidade de castigar ao invés de reconhecer corretamente o hábito de punir, naturalizado como um comportamento esperado do modelo de justiça na Modernidade (ACHUTTI, 2016, p. 136).

Para Sica (2007), esse hábito é antes de tudo uma necessidade político institucional, que está diretamente ligada à apropriação do Estado da administração da justiça e que se utiliza da instrumentalização do direito penal para selecionar arbitrariamente os grupos e as condutas sociais específicas que devem ser caracterizados como “inimigos da sociedade”, escondendo o enfrentamento das reais demandas da sociedade através da supervalorização de algumas circunstâncias selecionadas (SICA, 2007, p. 121).

Assim, o direito penal formula sua própria visão da realidade e dos problemas sociais a serem combatidos dentro de um modelo hermético, adversarial, vertical e com sérios problemas estruturais, criando uma perspectiva deturpada do conflito e da sociedade (Pires, 2004). Zehr (2008) expõe que:

A partir do momento em que descrevemos dado acontecimento ou comportamento como crime, passamos a definir a realidade de modo bastante diferente, em termos que podem não corresponder à vivência dos participantes. O paradigma retributivo cria sua própria realidade. *Nos dias de hoje* a ofensa é contra o Estado, que determina como reagimos a ela. A punição, e não a solução ou acordo, é vista como o resultado apropriado. A responsabilidade se torna absoluta, e é definida em termos de culpa ao invés de dívida. Os resultados da ação são impostos com pouca participação da vítima e do ofensor. O paradigma retributivo abarca tudo, moldando nossa percepção do que pode e deve ser feito. (ZEHR, 2008. P. 86)

Portanto, para Zehr (2008), a consolidação e naturalização do paradigma retributivo como única e suficiente narrativa da realidade é extremamente nocivo quando exercitado sem senso crítico e contextualização, pois é capaz de deformar e alterar a realidade vivenciada pelas partes, codificando a realidade através do processo e se tornando contraditório ao que se pretende (SHAPLAND, 2003).

Em vista disso, Howard Zehr (2008) argumenta, com base na teoria de Thomas Kuhn (1970), que os paradigmas mudam através de uma série de mudanças sistemáticas de paradigmas, ou seja, quando se torna insustentável o fato de que não se é capaz de traduzir a realidade com uma só teoria irrefutável comum a todos e, por consequência, surgem várias

outras teorias questionando e apontando as fragilidades do paradigma predominante. Argumenta ainda que a forma que compreendemos os fenômenos é liderada por um paradigma específico, mas que várias outras teorias são usadas como exceções para tentar remendar ou ajustar as fragilidades da teoria dominante. Argumenta que:

Com o tempo vão aparecendo disfunções à medida que mais e mais fenômenos deixam de se coadunar com o paradigma. Contudo, continuamos tentando salvar o modelo através da criação de epíclis e reformas que remendam a teoria. Então, por fim, o senso de disfunção se torna tão agudo que o modelo colapsa e é substituído por outro. Mas isto não pode acontecer antes de surgir uma nova “física”. Ou seja, muitos elementos construtivos devem estar disponíveis antes que uma nova síntese possa acontecer fazendo surgir um novo bom senso. (ZEHR, 2008, p.88)

Por conseguinte, o paradigma retributivo sob essa ótica vem sofrendo uma série de remendos e tentativas de melhorar as fragilidades que surgem com sua aplicação.

Raffaella Pallamolla (2009) argumenta que, quando se fala em falência ou decadência do modelo punitivo, que vê na prisão o principal instrumento de controle social, não se está falando de um processo recente, muito pelo contrário, aponta que as fragilidades e vulnerabilidades do encarceramento já eram apontadas pela análise de Foucault (1987) ainda no século XIX:

É interessante observar que as críticas à prisão apareceram muito cedo, já a anunciando como o grande fracasso da justiça penal. Pouco tempo depois da implementação das prisões, já havia movimentos para a reformulação do sistema prisional, em razão dos males causados pelo encarceramento. O posterior reconhecimento (parcial) da inadequação e mau uso das prisões levaram à busca de alternativas (PALLAMOLLA, 2009, P. 30).

Zehr (2008) aponta que o motivo de incontáveis fracassos está justamente nas *lentes* que enxergam o crime e a justiça, e essa *lente* é um paradigma com uma realidade e expectativa bem específica e aponta que este não é o único paradigma possível, propondo, assim, uma mudança de lentes.

Achutti (2016), ao analisar a obra de Pires (1999), aponta que o autor indica o que ele considera serem os obstáculos principais a uma reforma humanista do direito penal e do paradigma punitivo moderno, constatando que são cinco obstáculos: (a) os direitos da pessoa, (b) o princípio da igualdade, (c) o princípio da necessidade de punir, (d) as “garantias jurídicas” e (e) o princípio “em nome da proteção da sociedade (ACHUTTI, 2016, P. 134).

Assim, os direitos da pessoa incorporariam tanto discursos de humanização e respeito, bem como de aperfeiçoamento do direito penal, quanto demandar mais reprimenda em função

das constantes violações individuais, advogando a ideia de que não seria possível respeitar tais direitos utilizando métodos autocompositivos tais como a mediação e a conciliação, principalmente nos casos mais graves, inibindo iniciativas nesse sentido (ACHUTTI, 2016).

Quanto ao princípio da igualdade, este diz respeito à dificuldade dos juristas em conceberem a esfera cível como possível de resolução de conflitos, utilizando a justiça criminal apenas em circunstâncias excepcionais. Tal dificuldade se dá pelo fato de que, para Pires (1999), a sociedade enxerga a justiça como sinônimo de repressão e conseqüentemente de punição, portanto certos crimes ensejariam a punição em forma de retribuição ao mal que causaram, não sendo analisadas as peculiaridades do caso concreto. Ao se almejar discutir a forma como aplicar as sanções, estas acabam sendo impedidas pelo ímpeto em punir severamente os casos iguais e não buscar compreender a peculiaridade de cada circunstância (ACHUTTI, 2016).

Já o terceiro obstáculo é formado pela obrigação de punir, pela perspectiva que constrói a ideia de que punição é um mal necessário na sociedade. Tal perspectiva é herdada pelo pensamento filosófico e jurídico do iluminismo que via na pena e na punição uma forma necessária de coagir e proteger a sociedade a não transgredir leis. Tal perspectiva é extremamente presente na vida das sociedades contemporâneas e assume um caráter naturalizado em função da arbitrariedade e banalização com as quais é aplicada (ACHUTTI, 2016).

O quarto obstáculo é o das garantias jurídicas, que deveriam simbolizar a proteção aos conceitos construídos como universais e pautados no respeito e na proteção da sociedade civil como um todo. Entretanto, no que diz respeito a mudanças e possibilidade de rever abordagens na resolução de conflito, as garantias jurídicas acabam por se tornarem um obstáculo, quase intransponível à reflexão e alteração de normas penais e processuais penais, engessando o direito (ACHUTTI, 2016).

O quinto e último obstáculo apontado é o princípio “em nome da proteção da sociedade”. Este, como aponta Achutti (2016), está diretamente ligado às teorias dos séculos XVIII, que viam na eficácia da Lei penal o controle e a garantia da ordem através da punição e da coerção.

Achutti (2016) segue argumentando que o paradigma punitivo cria argumentos irrefutáveis através dos seus princípios, sedimentando *justificativas racionais* que acabam por dificultar e impedir a criação de novos mecanismos e formas de administração de conflitos.

2.2.1 Responsabilidade, culpa, arrependimento, perdão e a mistificação do crime sob a crítica restaurativa.

Howard Zehr (2008, 2017) cria uma analogia que é muito útil para a compreensão de como, enquanto sociedade, enxergamos o conflito e seus desdobramentos utilizando o paradigma retributivo como aporte. Pela analogia em relação às lentes, Zehr, que também é fotógrafo, defende que a questão sobre como a sociedade enfrenta o conflito está depositada na lente, que corresponderia ao paradigma conforme analisado anteriormente, que utilizamos para enxergá-lo. E defende ainda que, se nos propusermos a mudar a lente, poderemos ter uma outra perspectiva e um outro olhar sobre o conflito, o dano e todos os possíveis e mais variados desdobramentos que advirem deles.

Nesse sentido passa-se a buscar caminhos de compreensão para a lente retributiva e sobre o enfoque e as relações que ela cria aos atores do conflito formalizado pelo estado, o crime. Serão analisados a forma e os impactos que a lente retributiva gera no conflito para entender a base crítica que possibilitou a fertilização de ideias como a da justiça restaurativa.

O conflito gera necessariamente uma demanda, que sempre é sentida por alguém como um dano, pois rompe vínculos e mexe com a harmonia e o equilíbrio das relações. Gunther (2007) argumenta que o crime representa um mal e que, para saná-lo de forma proporcional à sua natureza, deve-se perpetrar um outro mal, construindo a narrativa de que a retribuição deve justamente compensar a injustiça ocorrida. A ideia de justiça é pautada, em teoria, no restabelecimento desse desequilíbrio, na busca por uma equidade, imparcial, pelo estado, das forças envolvidas no conflito (ELLIOT, 2018). Identificar quem são as partes é o primeiro procedimento para poder começar a gerenciar a demanda gerada pelo conflito.

Nesse sentido, para a justiça restaurativa, o ofensor se caracteriza por aquele indivíduo que transgredir a lei penal, cometendo um dano, e a vítima é aquela que sofre com a transgressão penal (nesse sentido a vítima é a pessoa física que sofre com a violência e não vítima para o processo penal).

Para Zehr (2008), o foco no modelo retributivo gira em torno da atribuição da culpa, e diferencia culpa de responsabilidade, argumentando que a primeira não significa necessariamente um reconhecimento de quem transgrediu, a culpa pode ser estabelecida por qualquer um, inclusive de forma arbitrária. Já a responsabilidade é um longo caminho que implica a autocrítica e avaliação de ações passadas e futuras para dirimir e evitar novos danos à todos os envolvidos. A responsabilidade teria, dessa forma, um impacto mais amplo na vida

dos envolvidos ultrapassando os limites do processo penal e não sendo possível através de uma imposição ou de políticas arbitrárias de responsabilização.

Lode Walgrave (2008) argumenta que o ofensor é protegido (*shielded*) pelo procedimento e pelo advogado de defesa ao expor sua responsabilidade e culpa dentro do processo penal, impedindo o ofensor de encarar o mal que fez, e é inclusive esperado que assim o faça, e essas dinâmicas mitigam a possibilidade de enfrentamento da responsabilidade.

A dinâmica ostensiva do sistema de justiça criminal dificulta que os ofensores se sintam responsáveis pelos danos que causaram. A estrutura, os agentes, a forma de comunicação, a verticalidade nas decisões são algumas das características que instigam os ofensores a não se sentirem acolhidos e estimulados a pensar que fazem parte da solução tanto quanto do problema ali debatido (HUDSON, 2003). Todo o entorno do sistema é visto para racionalizar as ações humanas o máximo possível e, ao racionalizar, se distancia da realidade dos envolvidos, transformando-os em dados e casos. Os impactos dessa abordagem são compreendidos até certo ponto, mas a real dimensão e extensão do dano ainda seguem sendo debatidas na academia, conforme pode-se perceber.

Outra característica do modelo retributivo é a relação com a vítima. Zehr (2008) destaca que, além do fato da violação ser à lei e não às pessoas, o estado coopta para si e se define enquanto a verdadeira e legítima vítima do conflito, afastando as pessoas envolvidas do centro do conflito e as colocando à margem; apenas quando interessa para o processo o estado se aproxima, quando não, elas são irrelevantes, bem como suas vontades e necessidades. Nils Christie em seu renomado artigo *Conflitos como Propriedade* (1977) já apontava a cooptação do estado pela tutela conflitiva e indicava que o estado e os profissionais do direito tomam a propriedade do conflito para si e deturpam sua aplicação pois a manipulam. De certa forma, como apontam os autores (ZEHR, 2008, HUDSON 2003), é compreensível a distância da vítima no conflito, ora, se o estado é quem sofre o crime, por que haveria de olhar para a vítima?! O raciocínio é compreensível, mas cheio de contradições quando aplicado à realidade.

Uma das características latentes do modelo de justiça retributiva é a adversariedade (GUNTHER, 2007, ZEHR, 2008, ELLIOT, 2018). Nele, as partes são necessariamente opostas, há uma disputa em jogo, e toda a linguagem do processo é direcionada para enfatizar essa disputa entre as partes. A disputa obrigatoriamente precisa de perdedores e vencedores, e a perspectiva retributiva, dentro da lógica da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004), enfatiza essas polarizações distanciando as partes de um fato que as une, subutilizando o conflito e utilizando-o para distancia-las. O conflito poderia ser um espaço de aprendizado (CHRISTIE, 1977), mas na lente em que é estruturado não o é (ZEHR, 2008).

Ao atribuir um processo específico e hermético, onde as situações se adequam a ele e não o contrário, o modelo retributivo acaba por alimentar as desigualdades já existentes na sociedade, visto que as condições desiguais em que as partes vivem não serão avaliadas ou utilizadas no processo, para procurar entender de onde veio a transgressão. Pelo contrário, o processo muitas vezes acaba por expor essas fragilidades e desigualdades, escancarando-as e mexendo na ferida, ao invés de curá-la, aprofundando o corte (SHAPLAND, 2003).

Zehr (2008) critica que o modelo adversarial da Justiça alimenta essa desigualdade; reforçando estereótipos sociais e impossibilitando os ofensores de se sentirem capazes de gerar um outro efeito na sociedade que não o do dano. O autor ainda diz que é justamente a falta de responsabilidade que leva os indivíduos a transgredir. Se o ofensor soubesse ou fosse estimulado a entender a dimensão de seus danos, o resultado poderia ser diferente.

Ainda na crítica ao modelo adversarial, Zehr (2008) aduz que todo o modelo é feito para manutenção do *status quo*; garantindo a desigualdade e os espaços de poder relegados apenas àqueles que podem e devem ter acesso a ele. Ora, se a instituição que diz ser detentora da justiça é a própria responsável por inúmeras violações, como refletir esse sistema de justiça criminal para que haja uma verdadeira participação dos envolvidos no crime também no processo? O autor aponta que o afastamento dos indivíduos envolvidos no conflito do processo tem consequências sérias na recuperação destas pessoas. Ao não se sentir parte daquilo, impotente e frágil, como o ofensor vai se sentir empoderado e não reincidir?! Como não introjetar tudo aquilo que o sistema diz e acredita que ele é?! Zehr (2008) ainda aponta que a verdadeira responsabilidade inclui consequências, mas que devem partir de quem se responsabiliza e não impostas, assim, serão apenas ordens, impostas por uma disputa de poder.

Nesse diapasão, Zehr (2008) ainda reflete que a culpa sem responsabilidade e participação é apenas infligir dor, submissão e humilhação aos envolvidos e que essa dinâmica é extremamente prejudicial para a sociedade, pois, ao sair da prisão, os indivíduos estarão ainda mais carregados de sentimentos ruins que irão reverberar em suas ações. A pena, como argumenta, por ser desumanizante, transforma a pessoa fragilizada pelo conflito em totalmente estigmatizada por ele, pois ela será sempre exposta socialmente pelo erro que cometeu no passado. E esse sentimento diante da impotência das partes se agrava ainda mais, pois, ao sentir que o sentimento de culpa, de perdão e a tentativa legítima de recuperação do dano são irrelevantes para o processo, perde-se ainda mais a possibilidade em transformar o conflito em algo além da violência.

Zehr (2008) reflete que:

Será impossível lidar com a culpa deixada por essa ofensa. Não existe no processo criminal um momento em que ele possa ser perdoado, em que ele possa sentir que conseguiu fazer alguma coisa para corrigir o mal feito. Quais são as consequências disso para sua auto-imagem (sic)? Ele tem poucas alternativas. Poderá voltar sua raiva contra si mesmo e aventar a possibilidade de suicídio. Poderá voltar sua raiva contra os outros. Em todo caso, continuará sendo definido como um ofensor muito depois de ter “pago a sua dívida” sofrendo a punição. O ódio e a violência que serão cultivados dentro dele na prisão virão a substituir o pesar e o arrependimento que talvez tenha sentido. (ZEHR, 2008, P. 43)

Seguindo sua linha de análise, Zehr (2008) discute conceitos que o sistema criminal não abarca quando define e determina medidas legais para os transgressores da lei. Começa, então, avaliando a relação da vítima e do ofensor com o perdão.

Avalia que o perdão não é fácil, e que estas ações não podem ser sugeridas de forma leviana, sem que haja um procedimento ou um caminho a percorrer para a construção dos desdobramentos dela. O verdadeiro perdão é impossível de vivenciar se for forçado ou induzido, deve ser incentivado através de um ambiente fértil para que possa florescer legitimamente e não expressado de forma verbal e pontual. O perdão seria, assim, um ato contínuo com inúmeras práticas e pessoas envolvidas (ZEHR, 2008).

Aduz ainda que muito comumente se entende o perdão como esquecimento, subvalorizando a capacidade real do perdão. Perdão não é esquecer, é transformar aquela dor em empoderamento, é abrir mão do poder que a ofensa e o ofensor têm sobre si. Zehr (2008) ainda diz que o perdão transforma a vítima em sobrevivente, e que essa experiência é engrandecedora quando feita de forma empoderadora para e pelas partes, devolvendo à vítima, agora sobrevivente, um novo status de força; a de superar e de se reerguer após o evento danoso. Significa, antes de tudo, retirar o ofensor do polo ativo do evento danoso, retirando igualmente a vítima do polo passivo e fomentando que se coloquem como capazes de sobreviver ao que passaram, retirando do ofensor o poder que ele usurpou através da violência.

Nesse sentido o autor ainda coloca que o crime reduz a vítima à passividade e, portanto, o perdão seria capaz de devolver essa autonomia e poder, restaurando a humanidade da vítima após o evento danoso. Elucida que existem certas condições para que haja o perdão, e que elas seriam as manifestações de responsabilidade, arrependimento e pesar por parte do ofensor, e que para a maioria das pessoas a experiência da justiça é um fator primordial para o perdão (ZEHR, 2008). É interessante apontar que, para Zehr (2008), o perdão é uma finalidade dentro da prática restaurativa, mas, como visto, não deve ser obrigatório posto macular sua própria natureza. Já para Braithwaite (2003), como será visto no capítulo seguinte, o perdão é um valor que pode emergir e que representa o sucesso da prática restaurativa, mas que este valor não pode defini-la, nem pode ser um objetivo esperado, visto sua característica voluntária.

Zehr (2008) também aponta que a culpa sem responsabilidade mitiga a identidade dos ofensores, visto que, ao terem a tutela sobre o conflito cooptada pelo Estado, não se veem capazes de exercer com autonomia a tomada de decisões que poderiam ou não reduzir danos no conflito. A culpa na lente que enxerga o modelo atual de justiça mitiga o sentido de valor próprio do ofensor. Este, percebe que assumir a culpa é se permitir ser taxado de fraco, visto que a linguagem da violência reitera que apenas com violência se vivencia o poder e a força, e o estado fortalece e corrobora essa perspectiva, a pena aflagante corresponde à inflicção de um mal na justificativa de sanar o dano causado pela ofensa (PIRES, 2004, GUNTHER, 2006). Zehr (2008) relata estar convencido de que a culpa é a responsável pela raiva dos ofensores, e que no modelo atual de justiça criminal “a culpa aceita se torna raiva de si próprio. A culpa negada pode se tornar raiva dos outros. De todo modo tal raiva tem um grande potencial destrutivo” (ZEHR, 2008, p.49).

A estrutura institucionalizada do crime dificulta para as partes envolvidas no conflito a sensação de autonomia e, de fato, de pertencimento nas resoluções deste. Zehr(2008) argumenta sobre a dificuldade que é para o ofensor e para a vítima ao verem que o verdadeiro lesado, no processo criminal, foi o Estado e não as partes envolvidas, e que a solução, independente da perspectiva dos envolvidos, é a punição.

Para o jurista alemão Klaus Gunther (2006) o estado, para garantir o seu direito de punir, usurpa das partes a tutela estatal sobre este e a transforma em uma violação a si (pretensão punitiva estatal ou pública), punindo o crime em nome próprio e afastando as partes do processo até o ponto em que o crime perde sua referência concreta com a ofensa e o dano gerado pelo autor. Em suas palavras:

O direito de punir é tirado das mãos do prejudicado; o Estado detentor do monopólio da violência e responsável pela punição só pode conservar seu poder se toma nas próprias mãos a persecução e punição do crime. Ele pune o crime em nome próprio (pretensão punitiva estatal ou pública) – para tanto os súditos precisam renunciar ao seu direito e autodefesa. Com isso a retribuição se liberta da relação concreta entre o causador do dano e o prejudicado. O que deve ser compensado é a violação do direito, do direito geral e público, por meio do Estado e seus órgãos de execução, sem que a vítima possa extrair sua reparação da experiência punitiva direta. A vítima é afastada da persecução e execução penais, ela é marginalizada. Com isso, a pena retributiva perde naturalmente sua última referência à ofensa concretamente causada pelo autor (GUNTHER, 2006, P. 191).

Tal deformação e grau de abstração impedem o processo de empoderamento¹⁵ que Zehr (2008) defende e distorcem a percepção das partes quanto a sua autonomia e responsabilidade.

Sobre isso, Zehr (2008) argumenta:

Alguns argumentam que a culpa pode ser aliviada através da punição. Aceitando a punição, a dívida fica paga e a culpa acaba. Seja isto verdadeiro ou não do ponto de vista teórico, o fato é que na realidade as coisas não funcionam assim. Para que a punição alivie a culpa, ela deve ser percebida como legítima e merecida. Dificilmente isto ocorre na vida real. Além do mais, a idéia (sic) de que o delito foi contra a sociedade e que a dívida deve ser paga à sociedade raramente faz sentido para os ofensores. É uma idéia (sic) por demais abstrata, e sua identificação com a sociedade demasiado limitada. (ZEHR, 2008, p. 49)

Zehr (2008) elucida que o arrependimento, a confissão e o perdão são caminhos para que o ofensor se desvincule do círculo de violência. Mas nenhum deles ocorrerá sem a responsabilização. É preciso se responsabilizar perante as necessidades da vítima após o evento danoso. Narra ainda que sua análise não exclui o fato de que muitas vezes falta um senso ético nos transgressores da lei, e que para ele essa fragilidade se dá em função de uma fraca autoimagem, uma percepção de si como incapaz de gerenciar suas demandas e um sentimento de fracasso social, um ódio de si e dos outros, muitas vezes reforçado pelo sistema criminal. Aponta ainda que “se isso for verdadeiro, a cura só será possível mediante a consciência de que são amados e tem valor – ao invés da confirmação de sua insignificância” (ZEHR, 2008, p. 50).

Desta forma, tanto vítima como ofensor necessitam de cura e de perdão, e estes só ocorrerão se forem proporcionados espaços para que eles floresçam, seja com a comunidade, com o Estado e entre os envolvidos, que passaram a ter uma relação após o evento danoso.

O atual sistema de justiça criminal não contempla nenhuma dessas possibilidades, desestimulando inclusive esse tipo de abordagem, criando uma atmosfera adversarial entre os envolvidos. Eles são desde o início opostos, ofensor e estado, ofensor e vítima; Walgrave (2003) aponta que no sistema de justiça criminal prevalece a confrontação ao invés da comunicação. A construção social da adversariedade em relação ao conflito impossibilita a perspectiva de acolhimento do ofensor, de busca para sanar as causas que o levaram a transgredir a lei e gerar um dano a outrem. A professora e jurista britânica Barbara Hudson (2003) argumenta que no modelo de justiça criminal atual a vítima é excluída do processo, enquanto o ofensor é excluído pelo processo. De toda forma o processo mitiga a possibilidade de as partes efetivamente participarem da resolução do conflito (HUDSON, 2003, P. 179).

¹⁵ Empoderamento sugerido na perspectiva de Zehr diz respeito à participação ativa das partes na resolução do conflito, representando um empoderamento processual das partes, sendo estas ouvidas e tendo suas demandas enxergadas e vistas como relevantes para o processo.

Zehr (2008) explicita que essa característica do sistema de justiça criminal fomenta a violência e a institucionaliza, pois, ao invés de criar espaços para reconciliação em amplo aspecto, cria o oposto, espaços onde se pune, exclui e mitiga autonomia das partes em relação ao conflito em que elas estão envolvidas. Nesse processo, o Estado reafirma a violência sofrida pela vítima e reforça para o ofensor que é através da violência que se obtém poder e força na sociedade (ZEHR, 2008).

O Estado então reforça para as partes tudo aquilo que o conflito constrói entre elas: um abismo social, uma disputa de poder, o desequilíbrio entre as partes, dor e sofrimento. Essas construções não são contempladas e reconhecidas dentro do modelo retributivo e são, inclusive, avaliadas como subsidiárias ou menos relevantes, visto possuírem pouca objetividade dentro do processo penal e influenciarem pouco ou nada a forma de condução da resolução deste conflito.

Para Lode Walgrave (2003) a sentença pode ter alcance em amplo aspecto na sociedade e até atingir de alguma forma a inibição ou coerção a não se cometerem transgressões, porém aos envolvidos o sentimento é de incompletude e de insatisfação.

Ao dificultar ou dar pouca relevância às questões afetivas e emocionais vinculadas ao conflito, o Estado dificulta que tanto a sociedade, quanto as partes diretamente envolvidas no caso possam colaborar juntas, ou buscar em conjunto soluções para resolver o que há de pendente após a transgressão (CHRISTIE, 1977). Ao prever a pena, imposta e vertical, como única forma de resolução de conflito, o estado delimita o que crer ser importante e relevante para as partes e decide de forma arbitrária a forma que será solucionado, independente de as partes concordarem ou não (GUNTHER, 2006).

Assim:

Infelizmente o atual sistema de justiça criminal não contempla nenhum desses estágios. Na verdade, o sistema desestimula a reconciliação. O próprio processo penal não dá espaço para o arrependimento, muito menos para o perdão. Além disso, pela sua própria natureza, ele estimula os ofensores a negarem sua culpa e se concentrarem na sua própria situação. Busca ativamente manter vítima e ofensor separados, realçando sua condição de adversários e desestimulando a busca de um entendimento comum sobre a ofensa e sua resolução. (ZEHR, 2008, p.51)

As questões do poder pessoal e da autonomia são centrais na observação das implicações do crime, e que são vivenciadas por ambas as partes envolvidas. Para Zehr (2008), o crime é a negação da autonomia da vítima pelo ofensor, é a usurpação do poder de um pelo outro, e é isso que torna a experiência tão traumática, pois, ao perder o poder sobre si, a vítima se sente impotente, fraca e incapaz de seguir adiante. A usurpação à força desse poder é ainda pior, pois

torna uma experiência desumanizante para as vítimas, elas perdem parte da essência de ser, que é a capacidade de se auto gerirem; o ofensor passa assim a deter poder sobre as vítimas.

Isto posto aduz que a perda dessa autonomia faz com que as pessoas busquem de alguma forma reafirmá-la e que esse caminho é distinto para cada pessoa; uns podem rezar, outros buscam vingança e punição, outros perdoam; e todas as manifestações são importantes para a busca desse sentimento de autonomia de volta. Mas o que chama atenção, além do fato de serem subvalorizadas, é a ausência de espaço institucional para acolher essas necessidades tão latentes (ZEHR, 2008).

Zehr (2008) também argumenta que o ofensor vivencia essa privação de poder, e que muitas vezes o crime revela a desigualdade social em que as sociedades se encontram, pois, a busca por um sentido de poder muitas vezes é expressa através da violência. Argumenta ainda que o poder pessoal é vivenciado especialmente pelos rapazes como um exercício de sua masculinidade¹⁶ e que a vitimização/vulnerabilização, seja no espectro social, econômico ou afetivo alimenta a necessidade de dominação para reafirmar esse poder. O crime, portanto, é a reafirmação do poder para o ofensor, como diz Zehr (2008, p.52) “uma tentativa desastrosa de auto-afirmação e auto-expressão (sic)”.

Zehr (2008) vai ainda mais fundo quando avalia que o crime tem raízes claramente fundadas na desigualdade social, e que a desigualdade é, muito antes de ser pautada em riqueza e educação, pautada na possibilidade de ter escolhas e poder. Aduz, então, que escolhas são privilégios e que o senso de ter autonomia para escolher é fundamental para desenvolver o senso de responsabilidade, pois acredita-se, enquanto sociedade, que há uma certa autonomia nas escolhas e no poder de determinar o futuro a partir delas (HUDSON, 2003, p. 182).

Sobre poder, escolhas e desigualdade Zehr (2008) discorre que:

Muitas vezes penso que a verdadeira linha divisória entre as classes baixa e média-alta da nossa sociedade se desenha muito menos em função da educação e riqueza em si e muito mais pelo sentido de escolha e de poder. A maioria dentre os que crescem em famílias de classes média e alta acredita que somos basicamente senhores de nosso próprio destino. Embora haja obstáculos, e embora a sorte e a providência desempenhem seu papel, acreditamos que de fato temos escolhas, temos algum poder real de determinar o nosso futuro(...) Muitas pessoas pobres não acreditam nisso. Na visão delas, o que lhes acontece deve-se mais ao acaso do que a algo que tenham feito. Se o sucesso chega, deve-se mais à sorte do que ao esforço. Se são presos por um delito, isto se deve mais ao azar do que a algo que tenham feito. Tenham ou não o poder de fazer escolhas reais, muitos não acreditam que podem, e isto é o mais significativo. Por isso, para muitas pessoas, o crime pode ser uma maneira de afirmar seu senso de controle, algo que de outra forma lhes pareceria estar faltando em sua vida. (ZEHR, 2008, p. 53)

¹⁶ Nesse sentido Zehr não faz nenhuma referência direta a um recorte de gênero, mas aponta o fato observado por ele, de grande parte dos crimes serem ocasionados por homens.

Assim, o crime pode ser a forma que as pessoas encontram de exercer seu poder e autonomia pessoal na busca por algum sentido e força. Como essa tentativa é vista pelo estado? Zehr (2008) argumenta que ao invés de se debruçar sobre as verdadeiras causas que levaram o indivíduo a cometer crimes, o estado reforça a perspectiva de que é através do poder e da dominação que se tem autonomia, e ainda passa uma mensagem pior: a de que a violência pode ser uma linguagem legítima. Ao invés de refutar a conduta do ofensor, argumentando que ao ser conduzida dessa maneira reverbera em inúmeras outras violências, o estado entra no ciclo da violência e reforça esses valores, infligindo ao ofensor uma punição que agrava ainda mais esse sentimento de inadequação social: retirando todo o restante de sua autonomia, privando-lhe a liberdade e o confinando em um espaço pequeno por um tempo determinado por outra pessoa alheia ao caso e às partes envolvidas.

Zehr (2008, HUDSON, 2003) aponta que todo o ambiente da Justiça foi pensado para intimidar, desde os espaços às construções de poder, que foram feitos para demonstrar a superioridade do estado perante todos. Superioridade essa que se impõe arbitrariamente, usurpando das partes sua autonomia em gerir o próprio conflito, transformando-as em meras peças do jogo que é gerido pelo estado e por seus profissionais (CHRISTIE, 1977). O autor (ZEHR, 2008) aponta ainda que, da mesma forma que as vítimas resistem à vitimização, os ofensores resistem à coação do estado, visto que a lógica de imposição de violência em muito se assemelha, ou seja, de certa forma o ofensor se torna vítima do estado.

Sobre a concentração potencialmente danosa de poder do estado, Zehr (2008) argumenta que:

Tanto a vítima quanto o ofensor são privados de poder pelo processo penal, com consequências danosas a ambos. Mas a unilateralidade do poder ao longo do processo tem ainda outras implicações. Uma concentração excessiva de poder pode levar os indivíduos à intoxicação, fazendo-os agir como se estivessem acima da lei. A concentração de poder, em combinação com diferenças educacionais e de status social, muitas vezes impede que pessoas em papéis-chave tenham empatia com os desprovidos de poder, sejam vítimas ou ofensores. Muitas vezes não estão dispostos a ouvir perspectivas diferentes das suas. A centralização do poder no procurador de Justiça e no juiz talvez agrave o problema (...). Em suma, o crime pode ser uma forma que o ofensor encontra para afirmar seu poder e ganhar um sentido de poder pessoal. Para que a vítima recobre sua inteireza, é preciso que lhe seja devolvida a autonomia. Para que o ofensor conquiste a inteireza, ele deve desenvolver um senso de autonomia que não se baseie em dominar os outros. E, no entanto, o processo penal intensifica o problema, privando tanto a vítima como o ofensor de um sentido legítimo de poder enquanto concentra o poder perigosamente na mão de uns poucos. (ZEHR, 2008, p. 54, 55)

O autor continua sua análise sobre o senso de poder avaliando que tanto a vítima como o ofensor podem se enxergar de formas distintas e que essas formas afetam diretamente como

vão se relacionar com os desdobramentos do crime. Para Zehr (2008), algumas pessoas se identificam não apenas como vítimas, mas como perdedoras, e ao se verem desta forma é possível que não identifiquem sequer as violências que sofrem, pois o senso de auto-imagem é tão desgastado que a violência é apenas mais um mal que as acomete. A perda do senso de responsabilidade faz com que as pessoas que se enxergam como perdedoras não se sintam coibidas com a punição para cometer o crime, pois será novamente apenas mais uma perda, entre muitas outras em que não têm controle, nem forma de reação (ZEHR, 2008).

Nessas reflexões sobre poder, Zehr (2008) elucida que a desigualdade fomenta a violência em amplo aspecto, não apenas a violência física, institucional, mas a de caráter abstrato, a violência emocional que os indivíduos sofrem com a desigualdade é o alicerce para a reincidência, para os crimes violentos e para um estado cíclico de violência social. Não há controle Estatal que seja capaz de coibir quando reproduz a mesma violência que coíbe, é contraditória e fadada ao fracasso toda tentativa de coibir a violência com mais violência.

Dessa forma a linguagem utilizada pelo modelo retributivo que aduz que o indivíduo é único e exclusivamente responsável pelas suas atitudes, ignorando o contexto social e coletivo das ações de todo ser humano, deforma a realidade, vestindo-a com uma narrativa própria e usurpando-lhe a narrativa ampla que condiz com a real ou mais aproximada da vivência das partes na situação do conflito (HUDSON, 2003).

Ao negar a interferência de fatores econômicos, sociais e culturais como fomentador da violência individual e nesse sentido entender sua característica endêmica e estrutural, o sistema criminal de justiça se isola na busca apenas pela culpa, deixando à margem uma infinita soma de camadas de danos sociais que vão se acumulando e gerando mais demandas ao próprio sistema (HUDSON, 2003). Ou seja, o estado é igualmente vitimizado na relação deturpada com o poder e a tutela do conflito, todos que se envolvem no conflito com a perspectiva ou lente retributiva do dano inevitavelmente poderão gerar mais danos ao longo do processo, e esse dano é justamente em função do paradigma retributivo que reproduz a lógica da racionalidade penal moderna apontada por Pires (2004).

O paradigma retributivo, fruto da modernidade e do positivismo, se utiliza de símbolos e de uma linguagem específica e limitada aos que a dominam. Seja a arquitetura, as vestimentas, a linguagem utilizada pelos profissionais, o excesso de profissionalização, a rigidez e formalidade das relações transformam o fenômeno crime em algo místico e poderoso na sociedade (CHRISTIE, 1977, HUDSON 2003, ZEHR, 2008). Para Howard Zehr (2008) todos os símbolos utilizados no processo que envolve o crime o tornam algo distante da realidade, mitificado e mistificado, distanciando as pessoas envolvidas.

Esse processo não é por acaso, ao distanciar o crime, traduzi-lo em um código específico de comunicação e utilização, distanciam-se as pessoas indesejadas de manipulação (indesejadas no contexto de desigualdade e disputa de poder), o que significa dizer que intencionalmente o tecnicismo do direito cooptou o conflito para sua tutela profissional, denominou de crime e atribuiu uma linguagem com expectativa de costumes e valores que devem ser coibidos socialmente em prol da ordem coletiva (CHRISTIE, 1977).

Um evento danoso quando se torna crime, ele tem um limite temporal de acontecimento, é narrado nos termos específicos e símbolos estranhos às pessoas envolvidas. A institucionalização do evento danoso torna-se crime e passa a pertencer ao Estado, e todas as simbologias que o afastam de quem mais deveria estar envolvido, vítima e ofensor, criam a mistificação que o autor descreve. Esse processo afasta o sistema de justiça criminal da comunidade, das pessoas envolvidas no evento danoso, pertencendo apenas àqueles que detêm a linguagem e o poder estatal de se relacionar com ele (CHRISTIE, 1977, DUFF, 2003, WALGRAVE, 2003, HUDSON 2003).

O processo em si é totalmente alheio à realidade vivencial das partes, é visto unilateralmente do ponto de vista jurídico e não se relaciona com outras perspectivas de conhecimento ou da mesma história, gerando uma deformação da sociedade para termos e códigos que pouco ou nada contribuem para a redução dos danos causados pelo crime. Essa unilateralidade afeta nocivamente a vida dos envolvidos no conflito, pois é incapaz de lidar com as demandas geradas pelo dano, e necessariamente irá gerar frustração, sentimento de não resolução e injustiça. Para Walgrave (2003, p. 66), a prioridade ao processo e à sanção mitiga as chances de a vítima ser compensada e/ou reparada da forma que espera, enquanto para o ofensor implica necessariamente a infligência de uma dor sem sentido que não corrige o dano causado e que na prática não corresponde com proporcionalidade à dimensão do dano.

Zehr (2008) também descreve que o crime não é apenas o evento danoso, mas há uma força midiática e política que se interessa pelo crime na sociedade para manipulá-lo como força de captação de audiência e de público. O crime se torna, assim, atração. Sobre esse tema:

O “crime” é algo importante para a mídia. Estudos mostram que isso se deve em parte ao fato de eu os crimes vendem. As pessoas são atraídas pelo sensacionalismo. Mas a cobertura de crimes tem proeminência também por que é “notícia fácil”. Diferente de outras notícias, as que versam sobre o crime são fáceis de obter. Basta que o repórter fique em contato com a delegacia e o Ministério Público. No entanto, essa “notícia” muitas vezes é obtida de modo pouco crítico. As notícias sobre crime em geral são aceitas de fontes oficiais sem questionamento ou verificação independente. Para ter acesso a elas os repórteres precisam manter boas relações com a polícia e o Ministério Público, e isso acaba por não fomentar a objetividade. Assim, a notícia sobre o crime é vista através dos olhos do processo jurídico e seus profissionais. Uma notícia assim

não é apenas unilateral, tende a fazer com que o crime seja abstraído de seu contexto e mistificado (ZEHR, 2008, p.57).

A unilateralidade e a construção dos discursos sobre o crime pela mídia tornam o crime um evento midiático e os seus atores dignos de fama. Gunther (2006) discorre que a mídia cria uma realidade distorcida na qual as pessoas estatisticamente menos afetadas pela violência acabam sendo as que mais têm medo da criminalidade e, diante dessa realidade, buscam por mais punição e coação para a crescente necessidade por segurança. Discorre ainda que:

A apresentação escandalosa de determinados crimes espetaculares (sobretudo de delitos sexuais seguidos de morte) dão a impressão de um aumento brusco da taxa de criminalidade e provoca o clamor por intervenção política. Por sua vez, a constante dramatização política do combate à criminalidade dá a impressão de que ainda não se faz o suficiente e de que é possível fazer ainda mais. Esse “circuito de amplificação político-publicístico”(sic) faz com que a população se confronte ininterruptamente com a criminalidade (GUNTHER, 2006, P. 189).

Nesse sentido constrói-se uma romantização da violência na qual muitos ofensores, pautados no que Zehr (2008) define como uma autoimagem fragilizada pelas relações desiguais de poder, criam a expectativa da publicidade que o crime irá gerar em sua comunidade.

Muitas vezes há a expectativa da exposição do ato criminoso como forma de realização social dentro da comunidade, como forma de sair da obscuridade social. Nesse ponto, Alba Zaluar (1998) defende que a mídia mercantilizou o crime e as notícias de violência passaram a ser rentáveis, deformando a maneira como a sociedade enxerga e se relaciona com a violência, não fugindo da ambivalência característica dos meios de comunicação hoje em dia, de notícias focadas no que mais interessa ao público, seja de forma vulgar ou não. Pontua assim que:

O espaço conquistado na mídia, nos últimos anos, não fugiu às ambivalências que caracterizam os meios poderosos de comunicação hoje existentes, propiciadas pelo interesse que desperta o tema no seu público. Se a divulgação rápida tem permitido informar o público e capacitá-lo para pensar a respeito do que acontece, muitas vezes tem se chegado perto da vulgarização, que distorce a informação e confunde mais do que esclarece. As notícias de violência tornaram-se mercadorias. Elas vendem bem o veículo, quanto mais sensacionalistas e impactantes forem. Em veículos que passam um discurso da seriedade, o próprio conceito de violência tem sido usado de maneira abusiva para encobrir qualquer acontecimento ou problema visto como socialmente ruim ou ideologicamente condenável, resultando disso a confusão com a desigualdade social, a miséria e outros fenômenos. Como efeito não previsto nem desejado, em todos os veículos, outra distorção do renome “midiatizado” torna-se presente nas subjetividades dos que cometem os atos violentos. Entre jovens bandidos, a fama de matador, sobretudo quando devidamente registrada no jornal, com nome e, melhor ainda, com foto, é comemorada como a conquista da glória, a saída da obscuridade pessoal. (ZALUAR, 1998, p. 247)

Ainda nesse tema, Barbara Hudson (2003), argumenta que a mídia utiliza o discurso punitivista exacerbado para distanciar e afastar a humanidade dos ofensores, aumentando e criando um estereótipo quase que irreal, enfatizando e fomentando o discurso de medo e de ódio à um grupo marginalizado socialmente. Esse discurso acaba por criar um medo aos estranhos (*fear of strangers*) que demoniza o ofensor, ao invés de encará-lo como uma pessoa normal em conflito com a lei. A mídia, assim, passa a imagem de que os ofensores são mais agressivos, violentos e arredios do que de fato o são, inflamando a sociedade contra grupos específicos sob o discurso do medo e da segurança (HUDSON, 2003, p. 181).

Quanto a sua força política, Zehr (2008) expõe que o crime é visto como arma na mão de políticos, que a utilizam para inflamar a sociedade a ter uma opinião sobre criminalidade, isso para ambos os lados. O crime é uma forma de se posicionar na sociedade, de encontrar algo para combater. Toda essa manipulação da relação com o crime gera o distanciamento deste de toda a sociedade, que o encara não como evento danoso na comunidade, mas como fato isolado que merece represália.

Zaluar (1998), pontua que essa lógica de desigualdade e exclusão é fortalecida pelo caráter ideológico dos discursos quando o adjetivo violento é utilizado sempre em referência ao “outro”. Nesse sentido, nunca há um sentimento de reconhecimento com a figura que transgride a lei, ele é o outro, o que não pertence ao mesmo grupo social da sociedade. O crime e a violência se tornam, assim, formas de se falar do outro, o indesejável, o que a sociedade gostaria que não existisse ou fosse expurgado. Esse sentimento de não reconhecimento do outro, ou de ausência de empatia e alteridade, é o que justificaria o desejo crescente pela lógica violenta do punitivismo.

Consequentemente, diante dessa análise, Zehr (2008) discute que a forma como se reage ao crime é crucial para o entendimento de sociedade que se almeja e se pretende ter, e que toda ação tem implicações no futuro.

Desta maneira, é em relação a este modelo aqui exemplificado e debatido que a justiça restaurativa busca uma nova compreensão sobre crime e dano que será aprofundada no capítulo a seguir.

3. CONTRIBUIÇÕES À COMPREENSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.

3.1 Contribuições abolicionistas à justiça restaurativa: Nils Christie e Louk Hulsman.

Antes de se adentrar na conceituação e nos debates sobre a justiça restaurativa, é relevante discorrer em uma breve introdução sobre as contribuições de dois autores da teoria da criminologia crítica pela forte referência às ideias restaurativas, Nils Christie e Louk Hulsman.

O Abolicionismo penal defende a ideia de que o castigo, ou punição não é a medida adequada para se reagir à um conflito ou desvio de conduta dentro da sociedade, e por mais que o sistema penal mude abordagens ou formas de lidar com o conflito, a expectativa de punibilidade está fadada a transformar esse processo em um fracasso (ACHUTTI, 2012, P. 4).

A discussão trazida pela teoria abolicionista ainda é mais profunda, aponta que a realidade do crime e do delito não é ontológica, ou seja, não é inerente à existência humana e sim uma criação e uma produção da nossa vivência em sociedade. Elliot (2018) aponta que essa perspectiva é tão flagrante que condutas ética e moralmente questionáveis não são criminalizadas, enquanto outras com pouco impacto acabam se tornando alvo do sistema penal. Ou seja, o crime é uma construção social e a forma como lidamos com ele é reflexo das expectativas sociais dos grupos dominantes que moldam o entendimento da coletividade (ROSEMBLAT, 2016).

As teorias diferem quanto a sua finalidade, mas trocam interessantes características entre si. Enquanto a teoria abolicionista propõe não apenas um modelo de administração de conflitos, mas sim a total superação do sistema penal e o seu fim, a justiça restaurativa em algumas abordagens (BRAITHWAITE, 2003, DUFF 2003, SHAPLAND, 2003) prevê que em alguns casos a pena aflictiva seja utilizada subsidiariamente quando o modelo restaurativo não for capaz de ser aplicado (PALLAMOLLA, 2009).

Quanto aos pontos em comum, tanto a teoria abolicionista quanto a restaurativa enxergam no cárcere a violação estatal à integridade do ofensor, impedindo que este trate corretamente as causas da transgressão e muitas vezes aprofundando as desigualdades entre as partes; a necessidade de participação dos envolvidos e a descentralização do poder do estado são algumas das características em comum.

Nesse sentido Achutti (2016) aponta a contribuição de Louk Hulsman e Nils Christie para além da finalidade abolicionista:

No entanto, para além da mera crítica negativa ou de representar apenas uma proposta utópica, é possível entrever possibilidades concretas de estruturação de um mecanismo de resolução de conflitos pautado pelas críticas abolicionistas, em especial desde as contribuições de Hulsman e Christie. Uma vez desvinculadas da proposta final do abolicionismo – a abolição da pena de prisão ou do sistema penal como um todo -, as suas críticas passam a assumir um caráter inovador, com amplas

possibilidades de leitura, conduzindo à necessidade de buscar uma alternativa para essa estrutura ineficaz, sem, no entanto, descuidar das armadilhas que os diversos reformismos, sob o mesmo e idêntico argumento, trazem consigo (ACHUTTI, 2016, P. 115).

De certa maneira é consenso entre os autores da justiça restaurativa que a teoria oriunda da criminologia crítica exerce forte influência nos valores e nas ideias que pautam as práticas e a teoria da justiça restaurativa (ZEHR, 2008, PALLAMOLLA, 2009, ACHUTTI, 2012, ACHUTTI, 2016, BRAITHWAITE, 2003, DUFF, 2003, ELLIOT 2018, DALY, 2003, WALGRAVE, 2003). O nome mais relevante nesse sentido é o de Nils Christie. Christie publicou o célebre texto *Conflitos como propriedade* em 1977 (*Conflicts as property*) em que discorre sobre um modelo diferente de resolução de conflito em que não implique, no estado ou em profissionais ligados a ele, a usurpação da propriedade do conflito, não mitigando a autonomia das pessoas nele envolvidas. Isso significa dizer que Christie (1977) aponta para a cooptação do estado da tutela conflitiva; indicando que, ao profissionalizar, institucionalizar e cooptar para si o conflito, o Estado acaba por não atingir um modelo de resolução capaz de satisfazer as pretensões das partes envolvidas, gerando dor, sofrimento e destruindo as relações comunitárias. Sugere um modelo comunitário autocompositivo com características oriundas da prática cível de resolução de conflitos voltado para as necessidades da vítima (PALLAMOLLA, 2009, P. 41).

O modelo proposto por Christie (1977) não constitui em si um modelo restaurativo, mas seus questionamentos são base e referência até hoje na teoria restaurativa como fomentador das diretrizes dessa abordagem de resolução de conflito. Ele aponta que o estado e os profissionais são ladrões do conflito, definindo as diretrizes e a forma de condução da resolução deste, enquanto as partes assistem à margem de tudo que acontece. Alega ainda que o foco centralizado no ofensor e na culpa/autoria mitigam as possibilidades de ver no conflito um potencial transformador, e a profissionalização acaba por dificultar um enfrentamento real aos motivos da transgressão, visto que todo o sistema dificulta a responsabilização direta dos ofensores e os próprios advogados, ao cooptarem ou roubarem o conflito das partes, direcionam e escolhem os fatos e as dinâmicas que devem ser observadas dentro do processo penal (CHRISTIE, 1977, P.4).

Louk Hulsman (1993) é outro nome apontado por autores como Daniel Achutti (2012 e 2016) e Raffaella Pallamolla (2009) como importante contribuição às concepções da justiça restaurativa. Estes autores discorrem que Hulsman (1993) buscou desconstruir a definição de delito, apontando a sua natureza social e não ontológica, buscou encontrar uma nova linguagem

para se referir às situações conflituosas ao invés de utilizar crime e delito. Ao delimitar o conflito à nomenclatura crime, o estado limita quem pode atuar e quem detém o monopólio sobre suas diretrizes, mitigando a possibilidade de outros profissionais que não do direito, de participarem e contribuírem com perspectivas que não sejam meramente legais e jurídicas.

Sobre a teoria de Hulsman (1993), pontua Achutti (2012):

Uma das maneiras para concretizar a desconstrução da categoria *delito* e viabilizar a adoção de outros mecanismos de controle social seria a adoção de um novo vocabulário para abordar a questão criminal e as engrenagens oficiais: a linguagem delimita o sistema e mascara a realidade, de forma a (a) excluir qualquer tentativa de utilização de mecanismos diversos aos oficialmente existentes; e (b) de definir os conflitos não a partir do ponto de vista dos envolvidos, mas a partir da prévia estruturação legal desses conflitos, tidos oficialmente como *delitos*.(...) Tais definições, uma vez que realizadas anteriormente à ocorrência do conflito, não permitem a construção coletiva acerca da situação e de suas circunstâncias: a única leitura possível é a leitura jurídico-penal. Em um contexto de organização formal em que a própria definição preliminar do caso (geralmente, realizada pela polícia e pelo Ministério Público) não está à disposição das partes, as consequências do julgamento, naturalmente não serão colocadas em discussão. (ACHUTTI, 2012, P. 4 E 5).

Ao propor uma mudança de linguagem, Hulsman (1993, ACHUTTI, 2016) propõe uma abordagem mais ampla na resolução do conflito, pois, ao abrir o espectro de compreensão para outras fontes de conhecimento que não o direito, outras respostas também serão capazes de suprir a punição como forma de coibir e controlar as transgressões legais, aqui vistas como transgressões ao convívio social. A mudança de nomenclatura também favorece o debate de outras variáveis presentes no conflito, ao focar apenas na transgressão legal, ignora-se a gama de circunstâncias sociais, políticas e afetivas que envolvem a trama conflitiva (PALLAMOLLA, 2009). Nesse sentido, a transgressão não é ao Estado e sim às pessoas, por isso não pertence ao Estado a tutela exclusiva de resolução dos conflitos. Sua desconstrução abre margem para uma mudança que seria capaz de romper com o binômio crime-castigo e oferecer uma série de possibilidades diferentes para encerrar e resolver as situações sem precisar recorrer ao encarceramento de pessoas (ACHUTTI, 2012).

Pallamolla (2009) aponta que as contribuições abolicionistas são frutíferas ao debate restaurativo, mas as críticas coesas acabam por torná-la utópica em função de a crítica não vir acompanhada de uma proposta tangível de substituição do modelo punitivo atual. Desta forma, ao propor o fim do sistema penal, a teoria abolicionista acaba por não enfrentar as dificuldades reais de implementação, tais como se administraria os conflitos sem a interferência e gerência do Estado, por exemplo. Longe de querer defender o modelo atual, porém a crítica aqui é no sentido de reconhecer as dificuldades atuais e propor resultados tangíveis à realidade dos

variados sistemas penais. Pallamolla (2009, P. 45), ao citar a obra de Aniyar de Castro, aponta a preocupação desta autora em relação à teoria de Hulsman ao ser aplicada nas sociedades latino americanas. Para que a teoria abolicionista seja alcançável minimamente, se estaria falando de uma sociedade com uma democracia consolidada, na qual os cidadãos tivessem autodeterminação e gerenciamento independente do Estado, fato este que não corresponde à precariedade dos modelos de justiça na América Latina e em suas relações de poder e colonialidade (PALLAMOLLA, 2009).

Sobre as críticas às ideias abolicionistas, Pallamolla (2009) defende que:

Não há dúvidas que as ideias abolicionistas foram importantes em razão de apresentarem críticas às formas de reação ao delito de caráter punitivo e, também, impulsionarem reformas no sistema penal. Entretanto, o radicalismo de suas ideias, tidas como utópicas, deu lugar a outras críticas por parte de criminólogos céticos que não acreditam no poder de resolução de conflitos da comunidade e por parte de juristas que alegam que tal modelo suprime os direitos e garantias do acusado existentes no processo penal (PALLAMOLLA, 2009, P. 44)

Assim, apesar das limitações e das finalidades da teoria abolicionista, é inegável a contribuição do abolicionismo penal para a superação do pensamento etiológico que enxergava o crime e o delito como algo ontológico, diferente das demais condutas. Identificar a necessidade de dar mais atenção aos envolvidos no conflito, discutir a propriedade deste, bem como ver no processo a possibilidade de transformação são características extremamente relevantes para a teoria restaurativa como se verá a seguir.

3.2 Justiça Restaurativa: um conceito aberto e plural

O modelo atual de justiça e resolução de conflitos é fruto de uma longa construção histórica que se insere em um espaço geográfico, político e social específico e que representa, portanto, uma das inúmeras e variáveis possíveis expressões de justiça nas relações humanas (ACHUTTI, 2016). Nesse sentido, Daniel Achutti (2016, P. 53) argumenta que, por mais que façamos o exercício de pesquisa e levantamento histórico, não podemos saber com precisão todas as formas utilizadas nas sociedades antigas para resolver conflitos. Tal imprecisão é oriunda da informalidade que permeia as relações humanas e que foi através do Estado, seja absolutista ou não, enquanto instituição jurídica reguladora, que passamos a ter mais registro e domínio dos mecanismos de contenção e relação com as transgressões sociais.

Segue narrando que, ao encarar o modelo atual como um fator dinâmico, fica mais compreensível e tangível o exercício de reflexão de sua possível superação e que, justamente por reconhecer seu caráter transitório, o seu questionamento é necessário e salutar. O processo penal então é um modelo escolhido para determinar fatores delimitados como relevantes para a resolução do conflito, mas não é e não pode ser o único, nesse sentido Achutti (2016 p. 53) argumenta que:

(...) o processo penal moderno é o resultado de um longo processo histórico, cujas circunstâncias específicas (políticas, econômicas, culturais etc.) fizeram com que fosse escolhido como o *método* adequado para a averiguação de delitos e seu(s) autor(es). Trata-se, portanto, de um *caminho* que, ao longo dos séculos, moldou-se e estruturou-se conforme os interesses dominantes e as peculiaridades de cada sociedade (ACHUTTI, 2016, P. 53).

Assim, ao encarar o processo penal dessa forma, como um método, uma escolha ou um caminho e, por isso, passível de absorver as dinâmicas desiguais de relação de poder de cada sociedade, fica mais tangível o questionamento sobre a inevitabilidade de sua aplicação como única e exclusiva fonte de resolução de conflitos (PIRES, 2004). É de extrema importância o exercício retórico e reflexivo sobre sua estrutura para evitar o engessamento de suas práticas (ACHUTTI, 2016).

Diante disso, as inúmeras e variadas críticas feitas ao sistema punitivo e modelo retributivo, como já visto aqui, reverberam em uma série de teorias que buscam refletir como seria possível a aplicação de uma interferência estatal que fosse minimamente justa e capaz de garantir um sentimento de satisfação e justiça entre os envolvidos. Nesse ponto, Howard Zehr (2008) argumenta que é preciso se reavaliar as lentes que enxergam o evento danoso, e por isso precisa-se entender o crime não como uma violação às leis, à sociedade ou ao estado, mas sim às pessoas e as suas relações diretas, os primeiros envolvidos no conflito.

Em seu cerne o crime é, portanto, uma violação cometida contra outra pessoa por um indivíduo que, por sua vez, também pode ter sido vítima de violações. Trata-se de uma violação do justo relacionamento que deveria existir entre indivíduos. O crime tem ainda uma dimensão social maior. De fato, os efeitos do crime reverberam, como ondas, afetando muitos outros indivíduos. A sociedade é uma parte interessada no resultado, e portanto tem um papel a desempenhar. Não obstante, essa dimensão social não deveria ser o ponto inicial do processo. O crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos contra o Estado. Ele é em primeiro lugar uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir(...) Essa dimensão interpessoal do crime nos lembra que o crime envolve um conflito. (ZEHR, 2008, P.172).

Segue discorrendo (ZEHR, 2008) a importância do trabalho de Louk Hulsman(1993), já apontado no item anterior deste capítulo, sobre as tensões problemáticas ao definir a palavra crime como única capaz de delimitar o conflito, e que ao fazer isso se invisibiliza uma série de

outras situações que também geram grande impacto na sociedade e na vida privada. Assim, Zehr (2008) concorda com Hulsman (1993) ao definir que uma mudança de crime para *situações problemáticas* englobaria uma série de outros conflitos, mas, ao contrário de Hulsman, aponta que o termo soa muito vago e passível de expandir a atuação estatal e entende como é difícil de ver a transformação na prática, visto que o problema não é apenas a nomenclatura, mas toda a abordagem e metodologia que lida com o conflito, independente de chamá-lo de crime ou não.

Assim, Zehr (2008) argumenta que não concorda com o uso do termo crime, mas, na ausência de um termo melhor, entende ser necessário pontuar suas limitações e mesmo assim utiliza-lo, visto ser essa a linguagem do modelo que vivenciamos enquanto sociedade, não tendo, portanto, como fugir dessa realidade. Para Zehr (2008, p. 173), o crime envolve violações que precisam ser sanadas e estas representam pelo menos quatro dimensões básicas do mal cometido: (1) à vítima, (2) aos relacionamentos interpessoais, (3) ao ofensor e (4) à comunidade. Narra ainda que a lente retributiva¹⁷ foca apenas no aspecto e na dimensão social do crime, tornando a comunidade algo abstrato e fluido, bem como o estado como vítima, o comportamento danoso como uma violação às regras, e termina por enxergar irrelevante a relação da vítima com o ofensor.

Diante dessas constatações, a teoria restaurativa surge da insatisfação e da necessidade de refletir as práticas criminais no modelo vigente nas sociedades ocidentais, com caráter plural e inacabado, como Lode Walgrave bem define (2008, p. 11), “justiça restaurativa é um produto inacabado”.

A professora doutora em criminologia, Elizabeth M. Elliot (2018), em seu livro *Segurança e Cuidado*, ao tentar delimitar ou definir um conceito de justiça restaurativa, aponta para a dificuldade de conceituação de uma teoria unitária. Tal dificuldade se dá às múltiplas formas de práticas restaurativas vivenciadas em diferentes contextos no mundo todo. O termo passou, assim, a significar uma infinidade de filosofias, práticas, teorias, princípios e programas (ELLIOT, 2018).

Johnstone e Van Ness (2007) também discorrem nesse sentido, argumentando que a diversidade da justiça restaurativa se reflete na fluidez de sua teoria e de suas concepções e

¹⁷ Para melhor aprofundamento sobre a *lente* e o modelo retributivo, ver o primeiro capítulo deste trabalho.

ainda afirmam que definir a justiça restaurativa não é uma simples questão de taxonomia, mas sim de se avaliar se a prática que se intitula restaurativa se encontra nos padrões restaurativos¹⁸.

Elliot (2018) segue ainda dizendo que esse caráter dinâmico é o que caracteriza a justiça restaurativa e que cada definição não exclui a existência de outra. Por um lado, a multiplicidade de definições enriquece o debate acerca do que é justiça restaurativa, mas, ao mesmo tempo, aponta a autora, vulnerabiliza a prática, deixando-a passível de manipulação e deturpação (ELLIOT, 2018).

Ao mesmo tempo que os teóricos entendem que a justiça restaurativa é um terreno fértil e plural, e, portanto, de difícil definição objetiva e metodológica, a falta de uma definição coesa e sedimentada vulnerabiliza toda a sua estrutura. Pallamolla (2009), nesse sentido, argumenta que a falta de definição ocasiona duas críticas pertinentes: (1) cria o risco de que práticas que não sejam restaurativas se apropriem do nome e sirvam para gerar avaliações negativas sobre as práticas, deturpando sua finalidade e (2) dificulta que os programas sejam avaliados, pois a falta de critérios e concepções deixa livre para que cada vivência seja regida por regras e valores específicos, não se sabendo ao certo o que se pretende alcançar com eles (PALLAMOLLA, 2009, P. 54)

Walgrave (2008, p.18) aponta três motivos cruciais que deixam claro que a justiça restaurativa precisa ser clara quanto a sua conceituação. O primeiro motivo diz respeito ao potencial coercitivo que a matéria criminal acaba por concentrar, devendo manter-se aglutinada e com certos limites. Sobre esse ponto argumenta que, enquanto a justiça restaurativa tenta ao máximo evitar a coerção, ela opera em um campo onde eventualmente a coerção é uma ferramenta utilizada e, por isso, manter uma definição solta pode ser extremamente prejudicial. O segundo motivo apontado por Walgrave (2008, p. 18) é que quanto mais extenso o conceito menos significado ele terá, visto que abarcará um série de definições e no fim das contas não definirá nada, seguirá sem uma base sólida, por isso, urge ser definido coesamente. E o terceiro motivo apontado pelo autor diz respeito à pesquisa, visto que um conceito frouxo dificulta metodologicamente que cientistas estudem a matéria, por o modelo de conhecimento focar na objetividade e em uma metodologia definida; assim, a fluidez e a não definição coesa da justiça restaurativa fragilizariam tanto a prática quanto a teoria.

A justiça restaurativa surge do anseio de uma nova abordagem sobre o crime, entendendo-o como dano e buscando uma nova perspectiva dos efeitos gerados pelo ato

¹⁸ (...) the judgement about whether a particular practice or situation is properly characterized as 'restorative justice' is not simply a matter of taxonomy, it is a matter of evaluation. The question is whether a particular practice or agenda meets the *standards* of restorative justice (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007, P. 6).

conflituoso. Surge também como necessidade de satisfazer as pretensões não satisfeitas pelo sistema retributivo, motivo pelo qual vem sendo cooptado por este. Dessa forma, ao mudar a abordagem, a justiça restaurativa propõe também uma mudança de observação. Ao olhar para o dano, debruça-se sobre todos os seus possíveis desdobramentos que estão para além das relações processuais. Assim, toda a trama de análise do fenômeno crime é alterada (ELLIOT, 2018).

As raízes ancestrais das práticas restaurativas são ponto de reflexão de muitos autores, que buscam fontes não europeias de sociedade e culturas originárias dos territórios colonizados como o exemplo dos navajos na América do Norte e dos maoris na Nova Zelândia, porém nesta análise nos concentraremos nas raízes modernas da justiça restaurativa sob prejuízo de fugir ao objetivo desta pesquisa.

Walgrave (2008, p. 14) define que as raízes modernas da justiça restaurativa reaparecem com o latente argumento neo-liberal do *Welfare State* que foca na individualização exacerbada das responsabilidades nas sociedades, diluindo e afastando as comunidades cada vez mais fluidas e abstratas dentro do estado moderno.

O entendimento e a necessidade atual de se refletir o sistema e o modelo de justiça criminal e gerenciamento de conflitos surge, na modernidade, com pelo menos três movimentos, que Walgrave (2008) aponta como importantes para a justiça restaurativa, o primeiro é o movimento negro, que, ao se articular e apontar o estado como um projeto de genocídio e encarceramento negro, busca outros caminhos para lidar com a criminalização da população negra; o segundo é o movimento de proteção às vítimas, que traz o questionamento de o modelo atual reiteradamente ignorar a importância a vivência da vítima dentro do processo penal; e o movimento feminista que lutou pra incluir suas demandas dentro do ordenamento jurídico; e o terceiro movimento seria o comunitarismo que trouxe a possibilidade de descentralizar do estado algumas necessidades latentes nas comunidades.

Walgrave (2008, p.11) contribui dizendo que a justiça restaurativa é, ao mesmo tempo, um movimento social com diferentes graus de autocrítica e um domínio de pesquisa científica com diferentes níveis de adequação metodológica. Delimita ainda que é um campo em si, buscando por um caminho construtivo de lidar com as implicações do crime, mas também parte de uma ampla pauta socioética e política.

Walgrave (2008, p. 18) é categórico ainda quando diz que não é possível uma definição geral de justiça restaurativa, mas, assim como muitos outros teóricos (BRAITHWAITE, 2003, STRANG, 2003, PALLAMOLLA, 2009, WALGRAVE, 2008, SHAPLAND, 2003, HUDSON, 2003, ACHUTTI, 2016), se utiliza da definição de certa forma já consolidada na doutrina, dada

por Tony Marshall (1996, p. 37) em que a “justiça restaurativa é um processo onde todas as partes envolvidas em uma ofensa particular se reúnem para coletivamente resolver como lidar com os desdobramentos e as implicações da ofensa para o futuro¹⁹”.

Howard Zehr (2017) complementa, com base na definição de Marshall (1996), e define justiça restaurativa como:

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível (ZEHR, 2017, P. 54).

Pode soar contraditório haver um consenso de definição quando também é consenso entre os autores que não há uma definição específica, e de fato o é. Porém, os teóricos da justiça restaurativa não se isentam de criticar a definição dada por Marshall, apesar de identificarem que ela consegue balizar entendimentos de certa forma já sedimentados na teoria restaurativa. As críticas feitas por Braithwaite (2003, p. 11) ressaltam que a definição dada por Marshall é ampla e vaga, não definindo quem ou o quê, nem como deve ser restaurado, nem tampouco diz quais são os princípios ou valores centrais da justiça restaurativa, sendo uma definição generalizada. Walgrave (2008, p. 18 e 19) aponta que enxerga pelo menos dois problemas; o primeiro é que o autor não menciona se o produto/resultado do processo deve ser reparativo ou restaurativo, pois estes são diferentes. Afirma que, por exemplo, se o processo levar ao entendimento que para se redimir de um crime de furto o ofensor deva sair na rua vestindo uma camiseta com o slogan “eu sou um ladrão”, este resultado não pode ser chamado de restaurativo, mesmo havendo uma ideia de reparação, ela é desproporcional e mitiga os valores preceituados nas diretrizes balizadores da justiça restaurativa que são os direitos humanos. O segundo problema é o fato de que Marshall (1996) define justiça restaurativa necessariamente como um encontro entre as partes, o que nem sempre precisa acontecer para que a dinâmica seja restaurativa, visto que é possível haver restauração com outros atores envolvidos no conflito, tais como a comunidade e os programas de apoio às vítimas.

Walgrave (2008) também critica a definição trazida por Zehr (2017) acima transcrita, apontando que, mesmo afirmando a necessidade de *endireitar as coisas* trazendo uma dimensão reparativa à definição, assim como Marshall(1996) , Zehr (2017) exclui parcialmente as ações

¹⁹ “Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future” (MARSHALL, 1999, P. 37).

que não são baseadas em deliberações e segue sendo uma definição baseada essencialmente no processo.

Seguindo ainda nas definições conceituais sobre justiça restaurativa, a psicóloga e professora Mônica Mumme (2016), expoente da prática restaurativa no Brasil, entende justiça restaurativa como:

A Justiça Restaurativa – no resgate das potencialidade e fragilidades da condição humana- busca respostas para o desenvolvimento de alternativas diante de atos conflituosos e violentos praticados na interação das pessoas no exercício da convivência. É uma forma de pensar, refletir e investigar sobre a construção das relações nas dimensões relacionais, institucionais e sociais. É uma maneira de agir diante dos desafios da convivência, a partir da concepção plena da responsabilidade individual e coletiva. Resgata a humanidade, por meio de procedimentos restaurativos, que possibilitam às pessoas identificarem seus sentimentos e suas necessidades, afetados em uma situação conflituosa ou violenta e, a partir desse reconhecimento, encontrar soluções coletivas para a transformação da situação em uma outra maneira de conviver. (MUMME, 2016, P. 89)

Achutti (2016), ao se referir à obra de Van Ness e Strong (Achutti, 2016, p. 60), aponta que estes autores identificam que não há um órgão que defina exatamente o que é justiça restaurativa, e sua descentralização ocorre em função da sua característica peculiar de surgir através das práticas para depois buscar uma consolidação teórica. Aponta também que, por ser difundida em diversos locais do mundo, seus valores e suas práticas também são múltiplos e o que é considerado restaurativo hoje surgiu de forma independente às práticas e à própria teoria, por isso sua característica inacabada: as práticas ainda estão sendo balizadoras da teoria e de suas implicações. Essa problemática será tratada no capítulo seguinte.

John Braithwaite (2003, p.1) entende a justiça restaurativa como uma transformação radical na forma como lidamos com a justiça, visando mudar não apenas o sistema criminal, mas sim todo o sistema legal, nossas formas de viver em família, no trabalho e nossas práticas políticas, sendo uma luta constante para evitar injustiças e, portanto, enxergar a finalidade da justiça restaurativa limitada apenas ao sistema criminal é empobrecer a sua missão. Ele aponta ainda que a justiça restaurativa aspira oferecer um guia prático de como podemos levar uma boa vida como cidadãos democráticos lutando contra as injustiças. Nesse aspecto, a justiça restaurativa tem uma implicação muito mais ampla do que meramente procedimental às violações legais.

Para Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (2007), a justiça restaurativa representa um movimento social global com uma imensa diversidade interna. Discorrem que numa perspectiva ampla a finalidade da justiça restaurativa é a de transformar a maneira como as sociedades contemporâneas enxergam e respondem ao crime e às formas relacionadas de

comportamento problemático. Numa perspectiva mais específica, a justiça restaurativa busca substituir nosso sistema criminal altamente profissionalizado com um modelo de justiça baseado na comunidade e no controle social moralizador (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007).

Quanto às tentativas de conceituação da justiça restaurativa, Braithwaite (2003) questiona se a busca por definição é sobre uma criminologia da justiça restaurativa, uma jurisprudência restaurativa ou algo diferente cujas reais dimensões ainda não se entende. As diversas perspectivas abrem margem para vários entendimentos e práticas, porém, devem balizar valores e princípios específicos para guiarem minimamente as práticas.

Desta forma, a teoria restaurativa entende que é necessário delimitar sua atuação e sua teoria, enquanto ao mesmo tempo ambas se desenvolvem simultaneamente, transformando a justiça restaurativa em um campo fértil para debate e retórica.

3.2.1 As concepções e os princípios balizadores da justiça restaurativa

Como pôde-se perceber, a justiça restaurativa é um conceito inacabado (WALGRAVE, 2008), aberto e desenvolvido com base na experiência (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007, PALLAMOLLA, 2009). Walgrave (2008) aponta para duas percepções da justiça restaurativa, uma voltada para os valores e outra para o processo (Walgrave, 2008, p. 16). As duas percepções diferem quanto a finalidade; a que se volta para os valores tem um aspecto mais amplo e engloba conflitos fora do sistema penal, enquanto a que é focada no processo se concentra no procedimento utilizado para lidar com as implicações futuras do dano.

Johnstone e Van Ness (2007, Walgrave, 2008) apresentam a justiça restaurativa como uma teoria com um conceito profundamente contestado, afirmando que é sujeita a inúmeros debates e diferentes versões e perspectivas. Discorrem que a justiça restaurativa é um conceito aberto e, portanto, passível de alterações e apontam para o fato de que novas práticas podem ir surgindo e alterando o entendimento que se tem sobre justiça restaurativa. Nesse sentido, narram que, inicialmente nas décadas de 70 e 80, a justiça restaurativa era focada na prática vítima-ofensor com a participação de um facilitador e praticada na América do Norte, depois no início dos anos 90 surgiram as conferências na Nova Zelândia e na Austrália, que incluíam a participação também da comunidade, bem como alguns anos depois os círculos de construção de paz realizados pelos povos originários na América do Norte foram sedimentando o entendimento de que é através da prática que a justiça restaurativa se entende enquanto teoria,

por isso seu caráter altamente contestado e voltado para as práticas (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007).

Argumentam que, apesar de diversificadas, entre as práticas existem características e abordagens que as aproximam, e apontam para três concepções norteadoras da justiça restaurativa: (a) a concepção do encontro, (b) a concepção reparadora e (c) a concepção transformadora (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007).

A concepção do encontro é, segundo Pallamolla (2009, p. 55), a que melhor representa uma das ideias centrais do movimento, quando afirma que a vítima e o ofensor e demais partes envolvidas devem encontrar um espaço de encontro para diálogo de suas necessidades, não tão formal, rígido e profissionalizado como os fóruns e tribunais. Achutti (2016, p. 66) aponta também que esta concepção do encontro dá ênfase na liberdade de manifestação dos envolvidos para a resolução dos conflitos, dando autonomia para as partes. Essa concepção é a que mais dialoga com a definição preceituada por Marshall (1996). Zehr (2008, p. 176) também argumenta que o encontro entre a vítima e o ofensor é capaz de gerar a experiência de justiça e que esta é uma necessidade básica para a humanidade e para as partes não basta apenas a sentença, mas sim a vivência com algo próximo a esta realização. Larrauri (2004 apud Pallamolla, 2009, p. 56) argumenta que:

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. (...) Não é suficiente que haja justiça, é preciso *vivenciar* a justiça (LARRAURI, 2004, P. 445, APUD PALLAMOLLA, 2009, P. 56).

Desta forma a concepção do encontro entende necessário devolver a tutela conflitiva às partes para que estas tenham responsabilidade e participação ativa no exercício da justiça, sendo atores importantes no diálogo e na construção de um conjunto de metas e formas de garantir a justiça e a satisfação de forma subjetiva às partes. Johnstone e Van Ness (2007) argumentam que o encontro é importante, pois entendem que para as partes é um *direito* à participação significativa no processo de resolução de conflito. Pallamolla (2009) adverte que esse modelo tem riscos e alguns problemas que não foram resolvidos (característico de uma teoria inacabada) podem emergir durante o diálogo, mitigando-o, como por exemplo a profissionalização (cooptação da justiça pelos profissionais da área, tais como advogados, promotores, defensores públicos e juízes).

Outrossim, ao propor uma nova perspectiva de análise sobre o dano, a justiça restaurativa busca uma compreensão subjetiva dos atores envolvidos no conflito. Ao olhar para

a vítima e dar-lhe o poder de fala e aos outros o de escuta, a justiça restaurativa retira o papel secundário que a justiça retributiva, inserida na lógica da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004), atribuiu à vítima.

Elliot (2018) discorre:

No Sistema de Justiça Criminal, a “vítima”, o “ofensor”, a comunidade e o governo tem cada qual o seu papel. No entanto, o holofote está voltado para o ofensor e o governo, enquanto a vítima e a comunidade exercem papéis coadjuvantes, se forem incluídos. Em JR o foco é diferente para cada um dos participantes; além disso, os papéis fundamentais são frequentemente desafiados por exceções específicas. As questões “Quem sofreu o dano?” e “Como foram afetados” posicionam as vítimas no centro teórico da resposta da JR. As vítimas tem oportunidade de contar suas histórias a fim de oferecer ou obter apoio para sua própria recuperação, para superar o medo gerado pelo dano e para participar integralmente do processo de tomada de decisão que produzirá planos de reparação. De modo similar, os ofensores participam, contando suas histórias, com o apoio de pessoas de sua escolha, e se envolvem no desenvolvimento de acordos reparadores. A comunidade é representada por aqueles que apoiam as vítimas e os ofensores, por outros que podem ter sido afetados (como as testemunhas) e por facilitadores voluntários treinados em participar de processos comunitários. O governo se envolve principalmente nas questões de financiamento e encaminhamento, embora nos encontros da Justiça Criminal o espectro do Sistema Retributivo do governo permaneça em segundo plano (por exemplo, pronto para reassumir o controle caso as partes que sofreram o dano rejeitem o processo restaurativo, ou caso as partes condenadas pelo cometimento dos danos deixem de cumprir os acordos) (ELLIOT, 2018, P.111).

A autora observa que é importante frisar que não se trata apenas de olhar para o crime como uma transgressão legal, mas sim como o rompimento da paz social, ou pelo menos da expectativa dela, e que isso necessariamente envolve comunidade, instituições, vítima e ofensor, todos aqueles que pertencem à comunidade. Os impactos do dano vão muito além do processo penal; de atribuir uma pena à um responsável de ter realizado alguma ação típica, antijurídica e culpável; eles expressam a vontade de, ao invés de encontrar o responsável, chegar a pelo menos três objetivos; o primeiro é atentar sempre para a necessidade de os participantes estarem envolvidos; o segundo é a cura dos danos em sentido amplo, em todas as camadas que este atingir e o terceiro seria um processo que incorpora e reflete os valores, expectativas, perspectivas centrais da comunidade envolvida no conflito (ELLIOT, 2018).

Desta forma, ao mudar a perspectiva sobre o dano que o crime causou, mudam-se também as formas de se resolver tal conflito. Isto porque, ao entender que o conflito é de propriedade das partes, empoderam-se os autores para, juntos, encontrarem uma solução que satisfaça os anseios dos envolvidos, tanto direta como indiretamente, e não somente haver a definição de uma pena, sobre a qual nem a vítima nem o ofensor detêm qualquer poder de escolha e decisão (ELLIOT, 2018).

A segunda concepção, a da reparação, defende que o dano causado à vítima deve ser reparado (ACHUTTI, 2016, P. 66). Zehr (2008, p. 176) argumenta que não é possível retornar à situação antes do conflito, mas é necessário fazer o esforço para reparar minimamente os desdobramentos causados pelo dano gerado na ofensa. Dessa forma o autor aponta que, diferentemente do modelo retributivo, quando um dano é cometido, deve-se perguntar “o que pode ser feito para reparar e corrigir a situação? Ao invés de se questionar o que deve ser feito ao ofensor pela ofensa perpetrada por ele. Nesse diapasão, a concepção da reparação envolve um rompimento com certos entendimentos sobre o que precisa e pode ser feito para restabelecer os relacionamentos quando alguém comete um crime contra alguém (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007).

Nesse sentido, as palavras do professor Howard Zehr nos são pertinentes:

Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Ator de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar (ZEHR, 2008, P. 176)

O autor segue discutindo que o primeiro objetivo da justiça restaurativa deve ser a reparação e cura das vítimas, enquanto o segundo objetivo e preocupação da justiça deveria ser sanar o relacionamento entre vítima e ofensor. A justiça começaria assim avaliando as necessidades das partes envolvidas no conflito (ZEHR, 2008, P. 180).

Pallamolla (2009, p. 58) argumenta que a concepção do encontro foca nos valores restaurativos, enquanto a concepção da reparação foca nos princípios restaurativos e aponta os princípios elencados nessa concepção: a justiça deve propiciar a cura dos envolvidos no conflito (vítima, ofensor e comunidade), todos devem ter a oportunidade de participar e se envolver no processo de justiça e conseqüentemente a necessidade de refletir e repensar os papéis e os mecanismos de responsabilidade de todos os atores envolvidos, estado e partes, bem como a reponsabilidade do governo na promoção da justiça.

A terceira concepção apontada por Johnstone e Van Ness (2007) é a concepção da transformação. Diferente das duas primeiras, essa tem um foco mais abrangente e entende que toda a sociedade deve-se voltar para garantir a justiça como um valor coletivo, ou seja, o potencial transformador da justiça restaurativa não deve ser limitado apenas ao processo penal e aos conflitos com a lei, mas à toda a sociedade civil como mecanismo de diminuir danos. A concepção transformadora diz respeito assim a um modelo de convívio, também chamado de

modelo holístico (PALLAMOLLA, 2009, P. 59). Kay Pranis (2006, p. 583) defende que justiça restaurativa é um modelo de justiça construída sobre relacionamentos corretos e responsabilidade mútua. A concepção transformadora da justiça restaurativa transborda o debate criminal e contencioso e reflete um desejo de sociedade mais justa e capaz de articular seus problemas e conflitos de forma responsável.

Por fim, é mister apontar que essas três concepções, apesar de serem distintas, não se excluem, muito pelo contrário, podem inclusive se sobrepor, e ao mesmo tempo que diferem também se aproximam em suas finalidades, visto todas ensejarem uma resolução restaurativa dos conflitos em sociedade (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007, WALGRAVE, 2008).

Achutti (2016, p. 67) é categórico ao afirmar que as três concepções não se excluem e não seria correto e preciso afirmar qual concepção irá predominar ou não no caso concreto, muito menos definir que, se por ventura se aplique a concepção do encontro, nesta não estará contida a perspectiva da reparação. Nesse sentido Johnstone e Van Ness (2007, p.17) argumentam que:

Há, claramente, consideráveis coincidências entre estas três concepções. Na verdade, há uma base comum suficiente para considerar os defensores de cada concepção como membros do mesmo movimento social, ao invés de membros de movimentos sociais distantes que, por algum motivo, vieram a se misturar (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007, P. 17)²⁰

Os autores supracitados ainda argumentam que o estudo da justiça restaurativa não deve perder tempo buscando resolução dessas diferenças entre as concepções, e sim buscar uma profunda apreciação dos conceitos e dos caminhos em comum que os aproximam, buscando cada vez mais compreender os conflitos de forma melhor que se compreende hoje.

O professor e criminólogo Gordon Bazemore (2006) argumenta que a justiça restaurativa possui três grandes ideias que compõem a base de uma teoria restaurativa e os delimita como princípios fundamentais. Os três princípios apontados por ele seriam: reparo, envolvimento das partes interessadas, transformação dos papéis da comunidade e do governo na resposta ao crime. Tais princípios distinguem claramente a justiça restaurativa de outros modelos de resolução de conflitos.

Desenvolve ainda o argumento de que o princípio da reparação teria cinco dimensões e que sugere resultados que são individuais, múltiplos e coletivos. A primeira dimensão é a de

²⁰ Clearly, there are considerable overlaps between these three conceptions. In fact, there is sufficient common ground to regard advocates of each conception as members of the same social movement, rather than as members of quite different social movements which have somehow become entangled (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007, P. 17).

reparar aquilo que foi quebrado, seja por compensação material ou esforço direcionado à reparação da vítima ou comunidade. A segunda dimensão é do reparo como satisfação das partes interessadas, que consiste em buscar suprir as necessidades emocionais dos envolvidos. A terceira dimensão é a do reparo como afirmação da norma ou expressão do dano como transgressão à coletividade e seu bem-estar; a quarta dimensão se caracteriza pelo reparo aos relacionamentos, medido geralmente pelo respeito mútuo e pelas conexões estabelecidas durante o processo e, por fim, a quinta e última dimensão do reparo que seria o reparo como prevenção do crime, mensurado pela capacidade da comunidade de dirimir desigualdades e a criminalidade de um modo geral e amplo (BAZEMORE, 2006).

Em vista dessa argumentação, a perspectiva de Bazemore (2006) ao delimitar o que Johnstone e Van Ness (2007) definem como concepções da justiça restaurativa de princípios restaurativos dissolve, aparentemente, as tensões criada por estes, visto não ser mais necessário encontrar pontos de equilíbrio ou encontro, em função da sua desnecessidade, afinal, todos constituem princípios balizadores, não precisando um preponderar sobre o outro ou que os autores precisem se articular em que concepção se enquadram mais que outras. Porém Johnstone e Van Ness (2007), apesar de argumentarem que existem mais características que unem do que divergem as concepções, indicam que as tensões são fruto da diversidade de práticas, e afirmam que as delimitações em concepções são tentativas de demonstrar os focos principais de cada perspectiva, sem necessariamente argumentar que uma perspectiva invalidaria a outra.

Assim, Bazemore (2006) afirma que não são concepções excludentes, mas sim princípios que devem ser avaliados e estudados juntos, pois tem mais potencial transformador juntos do que separados ou perdendo-se tempo argumentando quem ou que concepção prevalece na teoria restaurativa.

Essa perspectiva, inclusive, é notável em seu texto, quando o autor discorre sobre o princípio da reparação do dano afirmando a importância do encontro entre as partes e os envolvidos para que haja um terreno fértil para a reparação do dano em sentido amplo. Ou seja, fica evidente o diálogo entre as três concepções e a importância de entendê-las como princípios que somam e não se excluem (BAZEMORE, 2006, P. 605-606).

Outrossim, é interessante ressaltar dentro da teoria abordada por Bazemore (2006) que o terceiro princípio por ele apontado (transformação na comunidade, papéis do governo e relacionamentos) articula a ideia de que a justiça restaurativa é oriunda do reconhecimento dos limites e da incapacidade do estado em lidar de forma coesa com a resposta ao crime e seus desdobramentos. Ao reconhecer tal incapacidade, reflete-se também sobre os papéis da

sociedade civil na contenção e na administração dos conflitos, compreendendo a justiça restaurativa como um esforço coletivo para dirimir desigualdades (BAZEMORE, 2006, P. 606).

Para consolidar e finalizar o debate aqui suscitado sobre os significados da justiça restaurativa, Pallamolla (2009) expõe que:

Portanto, não existe uma única resposta para a pergunta ‘o que significa justiça restaurativa’ e sim várias respostas: para alguns ela será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção da justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente (PALLAMOLLA, 2009, P. 59-60).

3.2.2 Os valores restaurativos

John Braithwaite (2003, p.1), criminólogo australiano, entende justiça restaurativa como uma luta constante contra injustiça e seus desdobramentos, utilizando-se de uma abordagem restaurativa para focar na redução da injustiça e, portanto, enxerga-la apenas como uma ferramenta de diminuição de reincidência ou mero programa da justiça criminal é empobrecer seu potencial transformador e revolucionário.

Nesse diapasão o autor busca criar parâmetros metodológicos para as práticas de justiça restaurativa, buscando uma resposta mais coerente que se afaste e evite ao máximo a abordagem meramente punitiva ou qualquer outra forma de resposta estigmatizadora (BRAITHWAITE, 2003, P. 1).

Segue argumentando que não existe um mapa de como uma prática ideal de justiça restaurativa deve ser conduzida e estruturada e por isso propõe um conjunto de valores norteadores das práticas que informam uma visão guia para a reforma restaurativa, mas ainda assim reforça que tal modelo é uma grande aventura de pesquisa em desenvolvimento e consequentemente cheia de altos e baixos (BRAITHWAITE, 2003, P. 4).

Desenvolve assim um conjunto de valores norteadores, enquanto esclarece que cada caso concreto pode ter valores diferentes centralizados a depender da demanda, como, por exemplo, um processo de crime de ódio e intolerância religiosa pode focar mais em valores religiosos, enquanto em um processo em que houve *bullying* na escola, os valores centrais serão o desenvolvimento pleno da criança e assim por diante (BRAITHWAITE, 2003, P. 7-8).

Outrossim, Braithwaite (2003, p. 8) defende a existência de três grupos de valores que devem nortear e ser balizadores das práticas restaurativas. O primeiro grupo compreende os valores prioritários para evitar qualquer tipo de opressão e violação de direitos dentro das práticas restaurativas (*constraining values*). São, portanto, salvaguardas procedimentais em um contexto onde há ameaça à liberdade de forma significativa, funcionando como valores obrigatórios e até mesmo impostos (PALLAMOLLA, 2009, P. 62; ACHUTTI, 2016, P. 70).

Neste primeiro grupo estão elencados os seguintes valores:

(a) Não dominação (*non-domination*): Braithwaite (2003) argumenta que um programa não é restaurativo se falha ao prevenir a dominação e que esta é uma prática comum e esperada dentro da dinâmica restaurativa, mas deve, de preferência, ser conduzida e prevenida pelos próprios participantes. Caso o mediador/facilitador perceba a dominação de algum participante coagindo e mitigando o empoderamento das partes²¹, pode sugerir a desconstrução de forma gentil. Argumenta ainda que a desigualdade de poder é um fenômeno estrutural e, portanto, seria ingenuidade esperar diluí-lo ou conte-lo apenas dentro da prática restaurativa, mas deve-se conduzir ao máximo os diálogos na tentativa de fortalecer a fala de todos, antes, durante e depois das práticas restaurativas (BRAITHWAITE, 2003, P. 9).

(b) Empoderamento (*empowerment*): Segundo Braithwaite “não-dominação implica em empoderamento” (2003, p. 9). Aponta que comumente compreende-se a não dominação com passividade, quando na verdade em nada tem a ver, muito pelo contrário, o empoderamento é uma via de mão dupla, a qual implica uma responsabilização, envolvimento e uma participação ativa e prepondera sobre os valores do segundo e terceiro grupos. O autor aponta por exemplo que empoderamento se sobrepõe ao perdão, se porventura uma vítima decide odiar o ofensor, idealmente deve-se empodera-la a fazê-lo, isso partindo do pressuposto de que todo o processo restaurativo foi feito com sucesso. Nesse sentido, empoderamento tem preferência ao perdão, por exemplo (BRAITHWAITE, 2003, P.10). Pallamolla (2009, p. 62) argumenta que o empoderamento deve ocorrer para fomentar as partes a expressarem realmente o que desejam e se sentirem livres para sentir como entendem que os danos podem ser restaurados.

(c) Honrando os limites (*honouring limits*): Define que de forma alguma as práticas e decisões devem levar os participantes a dinâmicas degradantes e humilhantes como forma de reparar o dano (BRAITHWAITE, 2003, P. 10).

²¹ Empoderamento aqui entendido como participação ativa das partes dentro do processo de resolução de conflito e prática restaurativa.

(d) Escuta respeitosa (*respectful listening*): É um valor que trabalha diretamente com a não dominação e o empoderamento, visto que é necessário que as partes falem e sejam ouvidas. Quem, porventura, se negar a ouvir e honrar este valor não tem condições de permanecer dentro da prática restaurativa, pois vai mitigar outros valores essenciais para a prática existir (BRAITHWAITE, 2003, P. 10). Se porventura algum participante insistir, caberá ao mediador intervir e suspender a prática até que sejam garantidos e mantidos os valores dentro da dinâmica (ACHUTTI, 2016, P.71).

(e) Preocupação igualitária com os participantes (*equal concern for all stakeholders*): Braithwaite (2003, P. 10) faz questão de enfatizar que a justiça restaurativa deve focar de forma igualitária em todas as partes envolvidas no dano e na transgressão social, sejam vítimas, ofensores, comunidade, ou qualquer parte que tenha sido afetada. Aponta ainda que são moralmente inaceitáveis os programas que utilizam as vítimas para coagir a recuperação dos ofensores. Argumenta ainda que preocupação igualitária não significa ajuda na mesma proporção, significa que as necessidades de todos os envolvidos serão prioridade durante o processo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009, P. 63).

(f) *Accountability/ appealability*²²: Trata-se de um princípio que segundo Braithwaite (2003, p. 10) deveria ser aplicado à qualquer prática restaurativa independente de ser matéria criminal ou não, o direito de apelar à uma resolução restaurativa na justiça, recorrendo do acordo na justiça, ou inclusive de se negar à participar e recorrer à corte e ao processo comum retributivo (ACHUTTI, 2016, P. 71).

Nesse ponto Braithwaite (2003) argumenta que é fundamental que se tenham pesquisas e discussões sobre as práticas restaurativas, e que, nesse espectro, a confidencialidade é prejudicial, visto tornar a prática hermética apenas aos que participam dificultando avaliações e debates acadêmicos sobre o tema. Fundamental também que haja um apoio jurídico que seja capaz de informar e orientar as partes quanto à seus direitos, seja nas práticas restaurativas, seja fora delas (BRAITHWAITE, 2003, P. 10-11).

(g) Respeito aos valores preceituados nas convenções, nos tratados e nas declarações internacionais de Direitos Humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração dos Princípios básicos da justiça para vítimas de crime e abuso de poder (BRAITHWAITE, 2003; PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2016).

²² Os termos escritos pelo autor não têm tradução exata no português, mas o entendimento aproximado seria para *accountability* – prestação de contas e responsabilização, e para *appealability* – recorribilidade ou possibilidade de recorrer em juízo.

O segundo grupo preceituado por Braithwaite (2003) combina os valores em que as partes são autorizadas, num sentido de expectativa social, a ignorar, e que ao fazê-lo não significa que devam abandonar a prática restaurativa, mas talvez dar mais tempo para que sejam trabalhadas oportunidades em que tais valores floresçam. São os *maximizing values*, valores objetivos e subjetivos que envolvam cura/restauração, que podem surgir como reparação pecuniária ou como restauração da dignidade, compaixão e apoio social. Tais valores não podem ser obrigados pela sua natureza subjetiva, mas se relacionam diretamente ao dano e por isso podem ser suprimidos em função do empoderamento apontado no primeiro grupo (BRAITHWAITE, 2003; PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2016).

Sobre o Estado prover apoio social, Braithwaite (2003, p. 12) discorre que é fundamental e necessário que o Estado proporcione apoio e suporte para que seja possível desenvolver todas as capacidades humanas dentro do processo restaurativo, e diz que esse princípio é indispensável em função de expor a necessidade de dar a devida importância à transformação bem como à restauração ou aos valores de cura. Segue arguindo que providenciar apoio social para desenvolver as capacidades humanas é uma forma para transformar a justiça restaurativa em uma ferramenta de enfrentamento do *status quo* (BRAITHWAITE, 2003).

O terceiro grupo que Braithwaite define é uma lista de valores que incluem: remorso sobre a injustiça, pedido de desculpas, censura do ato, perdão e piedade (BRAITHWAITE, 2003, P. 12). Argumenta que os valores deste terceiro grupo não se pode pedir ou coagir, devem emergir durante o processo restaurativo como possibilidades de se superar o dano sofrido. Que perdão, piedade e desculpas são presentes, e só fazem sentido quando surgem de forma espontânea, pois, além de ser moralmente questionável exigir isso dos participantes, destruir-se-ia o poder moral e reparatório do perdão ao ser feito de forma fraudulenta (BRAITHWAITE, 2003, P. 12-13).

Assim, resume que os primeiros valores devem ser honrados e reforçados como necessários e imprescindíveis à prática restaurativa, o segundo grupo de valores que devem ser encorajados a emergir nos processos restaurativos, enquanto o terceiro grupo de valores são aqueles que não se deve exigir nem demandar dos participantes, são resultados de práticas restaurativas que foram satisfatórias (BRAITHWAITE, 2003, P. 13).

Sobre o conceito que desenvolve sobre vergonha reintegrativa²³, Braithwaite (2003) argumenta que não inclui no rol apontando como um valor, pois não o considera como tal, acredita que a vergonha reintegrativa é o espaço e as condições onde podem florescer

²³ *Reintegrative shaming* no inglês (EUA).

sentimentos de remorso, desculpa, censura do ato, perdão, piedade e tantos outros sentimentos que advenham do reconhecimento do dano à alguém (BRAITHWAITE, 2003, P. 13).

Achutti (2016, p. 72), ao falar da obra de Van Ness e Strong (2010, p.48-50), relata que estes autores, ao invés de dividirem os valores em três grupos, organizaram-nos em dois, na seguinte forma:

- (a) o primeiro grupo, denominado valores normativos, seria composto da seguinte maneira: (i) responsabilidade ativa, (ii) vida social pacífica, (iii) respeito e (iv) solidariedade. Este grupo abarca os valores emergentes em Braithwaite e o tipo de comunidade e de relacionamentos que a justiça restaurativa aspira (...)
- (b) o segundo grupo, composto de dez valores operacionais, inclui os valores do segundo e do terceiro grupos da classificação de Braithwaite, sugeridos da seguinte forma pelos autores: (i) reparação, (ii) assistência, (iii) colaboração, (iv) empoderamento, (v) encontro, (vi) inclusão, (vii) educação moral, (viii) proteção, (ix) reintegração, e (x) resolução (ACHUTTI, 2016, P. 72).

Para Howard Zehr (2017, p. 49) a justiça restaurativa traz cinco princípios ou ações chave:

- 1 – Focar, antes de tudo, os danos e consequentes necessidades da vítima, mas também da comunidade e do ofensor.
- 2 - Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade).
- 3 – Utilizar processos inclusivos, cooperativos.
- 4 – Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade.
- 5 – Buscar reparar os danos e endireitar as coisas na medida do possível (ZEHR, 2017, P. 49)

Segue argumentando ainda que o valor imprescindível para as práticas restaurativas é o respeito, e que se não há respeito em sentido amplo, para com todos os envolvidos, com todas as relações, danos, perspectivas, olhares, falas, dores, desamparo, não há justiça plena, e, portanto, para que ela se concretize é fundamental que o respeito seja um valor máximo balizador de suas práticas (ZEHR, 2017, P. 52-53).

Pallamolla (2009, p. 65), ao citar a obra de Johnstone e Van Ness (2007, p. 7-8), aponta para os seis fatores elencados por estes autores que devem estar presentes nas práticas restaurativas, como a existência de um procedimento relativamente informal capaz de acolher todas as partes envolvidas no dano, bem como suas demandas e desdobramentos; foco no empoderamento das pessoas que foram afetadas pelo crime; compromisso daqueles que conduzam as práticas em criar espaços acolhedores para que sentimentos de responsabilização possam ocorrer; assim como, também, o compromisso em garantir que as decisões sejam guiadas por valores consolidados na sociedade como valores que regem relações harmoniosas e respeitadas; garantir o máximo possível a satisfação das necessidades das partes e focar na construção de relações saudáveis capazes de reparar o dano ocorrido. Argumenta assim que:

Pode-se afirmar, com base nos fatores elencados por Johnstone e Van Ness, que os processos restaurativos devem enfatizar: o dano sofrido pela vítima e suas necessidades dele decorrentes; a responsabilização do ofensor para que repare o dano; o empoderamento das partes envolvidas, sempre com base em valores como respeito e inclusão e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito (PALLAMOLLA, 2009, P. 66).

Em contrapartida, Walgrave (2008) argumenta que não existem valores restaurativos no sentido estrito da palavra. Segundo o autor, valores são crenças sociais sobre as quais a justiça restaurativa não tem como ter monopólio, não havendo, portanto, como ter valores próprios, visto estes serem frutos de uma construção social e refletirem dinâmicas muito específicas ao contexto de cada sociedade. Não seria justo dessa forma argumentar que os mesmos valores utilizados em determinado processo restaurativo em uma sociedade terão os mesmos impactos se porventura vierem a ser aplicados em outra sociedade com outras vivências. Defende assim que não inclui em sua teoria tais valores, pois eles lidam com matérias diversas além da justiça restaurativa, com diferentes contextos, atores e propósitos e vindica-los como propriedade não reflete sua finalidade e sim seus meios, justo por serem fluídos e corresponderem ao contexto de cada vivência (WALGRAVE, 2008).

3.3 Principais práticas restaurativas

Lode Walgrave (2008) expõe que a justiça restaurativa não representa um anseio ou uma criação acadêmica e teórica para lidar com os desdobramentos do crime e do dano, surge, antes de tudo da prática, onde praticantes criativos vem tentando satisfazer as necessidades das partes dentro do processo, buscando uma abordagem mais justa e respeitosa para esse caminho.

Atualmente são muitas as práticas restaurativas que surgem, e cada uma expressa uma perspectiva da filosofia da justiça restaurativa, no entanto, Walgrave (2008) atenta para o fato de que nenhum modelo, inclusive os abaixo elencados, garante que as práticas funcionem de forma restaurativa. Isso significa que as práticas podem ser nomeadas e até norteadas pelos valores da justiça restaurativa, mas é preciso muito mais do que nomenclatura e filosofia para que sejam implementadas e tragam os resultados esperados e desejados às partes e aos facilitadores, bem como aos pesquisadores também. É necessário que haja a aplicação dos princípios, dos valores balizadores, atentando constantemente para o caráter transformador da dinâmica restaurativa. Desta forma, implica em um comprometimento com a mudança de

abordagem em sentido amplo. Assim, neste item iremos analisar alguns modelos sugeridos e analisados pelo autor.

3.3.1 Apoio à vítima

Apoio à vítima compreende uma série de medidas e dinâmicas para auxiliar às pessoas que foram vítimas de crimes a seguirem adiante, Walgrave (2008) discorre que esta prática se diferencia da compensação à vítima do modelo retributivo, pois, diferente desta, foca além das reparações materiais oriundas do dano e busca compreender a real dimensão na vida da pessoa.

Segue argumentando que o apoio à vítima deve ocorrer em todas as circunstâncias, visto que em grande parte dos crimes não há necessariamente um ofensor ou não raramente este não é condenado ou encontrado, significando que, independente da existência ou não de um ofensor, o tratamento às vítimas deve ser pauta e foco do modelo restaurativo. Focar nas vítimas significa se debruçar sobre suas necessidades e dar o devido direcionamento, seja assistência social, psicológica ou simplesmente escuta ativa durante o processo para entender as dimensões que os danos tiveram em sua vida (WALGRAVE, 2008).

Walgrave (2008) segue narrando que, se porventura não se encontra o ofensor, isso não significa que não poderá haver compensação. Comumente se enxerga o crime como uma conduta individualizada, porém as implicações do dano oriundo do crime reverberam na vida coletiva dos indivíduos e na experiência de vivência em coletividade. Assim, reparação pode vir de todos, não é obrigação exclusiva do ofensor.

Desta forma, sugere o autor que apoiar e definir as condições para o máximo de restauração possível para as vítimas deve ser a primeira preocupação da intervenção pública quando vislumbra uma transgressão legal, e não tratar o cuidado e apoio às vítimas como algo ornamental e acessório do processo penal (WALGRAVE, 2008).

3.3.2 Mediação vítima-ofensor:

A mediação vítima-ofensor é considerada um dos primeiros arquétipos da prática da justiça restaurativa (WALGRAVE, 2008; ACHUTTI, 2016), visto ser uma das práticas mais

antigas dentro da história recente da justiça restaurativa, sendo utilizada como modelo de resolução de conflitos desde a década de 80 em países como Canadá, Finlândia e Noruega.

Segundo Walgrave (2008), nesta mediação, um facilitador imparcial (mediador) convida as partes protagonistas após o dano para que se comuniquem umas com as outras, buscando uma restauração, compensação ou restituições de acordo com as necessidades de ambas as partes. Pontua fortemente que nesse caso o mediador funciona apenas como um facilitador da dinâmica e não pode e não deve interferir nem fazer sugestões sobre como as partes podem conduzir seus sentimentos e desdobramentos do encontro restaurativo (Walgrave, 2008). Segue discorrendo que alguns programas focam na cura emocional e mental, enquanto outros focam nas compensações materiais.

Achutti (2016) discorre que este modelo por ser o primeiro utilizado como prática restaurativa, muitas vezes é confundido com a própria justiça restaurativa, ao invés de um modelo de aplicação, mas que, com o tempo e o aprofundamento na literatura e na prática, hoje se tem a concepção consolidada de que seria raso e superficial utilizar apenas essa prática como capaz de definir toda a teoria.

Walgrave (2008) inclui que esse entendimento foi superado visto que neste modelo se preza pelo encontro entre as partes diretamente envolvidas, quando no conceito da justiça restaurativa a participação da comunidade e outras partes é fundamental e igualmente necessária. Nesse sentido, Achutti (2016) diz que, em função das suas limitações, hoje não é mais possível sustentar a ideia de que a justiça restaurativa seja identificada apenas como mediação.

3.3.3 Conferência restaurativa:

Walgrave (2008) aponta que este modelo de conferência é endereçado por muitos como a *prática mais restaurativa de todas* e que é muito utilizado na Ásia e na Oceania. Inclusive discorre que esse modelo é o modelo de justiça da infância e juventude na Nova Zelândia e se caracteriza pelo encontro da vítima, do ofensor, ou seja, das partes diretamente afetadas pelo crime, bem como dos apoiadores (*supporters*) ou da rede de apoio para que juntos possam encontrar uma solução construtiva para os problemas e danos causados pela ofensa.

Na versão original (*Family group conferences – FGC*) que foi incluída em 1989 na Nova Zelândia, funciona de forma que todo o modelo criminal voltado para infância e juventude deve,

antes de entrar no sistema retributivo, obrigatoriamente tentar a conferência restaurativa como prática resolutive de conflito. Só após o insucesso da prática é que pode seguir para o modelo retributivo de justiça. Walgrave (2008) demonstra que esse modelo inicialmente não tinha um enfoque restaurativo aberto, visava uma resposta mais acolhedora à juventude que cometia ofensas na Nova Zelândia e representava uma forma de lidar com a ofensa dentro dos padrões e dinâmicas maoris, população originária da Nova Zelândia. A experiência salutar na Nova Zelândia é um exemplo frutífero de que é possível um modelo inteiro de justiça pautado nos valores e nas dinâmicas restaurativas, respeitando as circunstâncias, os valores, a cultura e diversidade de cada grupo social que recorre ao sistema de justiça (WALGRAVE, 2008).

3.3.4 *Círculos de sentença e cura*

Essas práticas estão intimamente ligadas com práticas ancestrais de resolução de conflito dos povos originários do Canadá e dos Estados Unidos, consiste em dois círculos, o primeiro de cura, onde busca-se restaurar a paz e o equilíbrio entre os entes afetados pelo conflito e o segundo, os círculos de sentença, funcionam como uma *comunidade de co-julgamento* e acontecem na presença de um juiz (WALGRAVE, 2008, P.36-37).

O processo deliberativo pode ser intenso e precisar de vários encontros para acontecer, e pela disponibilidade e intensidade que estas práticas trazem consigo, Walgrave (2008) discorre que, se balizadas por princípios e valores restaurativos, podem significar a aplicação da justiça restaurativa em amplo aspecto, visto incorporarem as partes diretamente envolvidas, a comunidade e a possibilidade de se estender além do tempo limitado do processo criminal comum (WALGRAVE, 2008, P. 36).

3.3.5 *Comitês de Paz*

Os comitês de paz possuem duas missões: a primeira é a de pacificação (*peacemaking*), que visa resolver demandas particulares de conflito na comunidade e a segunda é a construção de paz (*peacebuilding*), cuja finalidade é lidar com problemas mais amplos da comunidade entre si e entre comunidade e estado. Walgrave (2008) argumenta que essa prática dialoga com os círculos de sentença e cura, pois tem foco na comunidade, e suas dinâmicas reverenciam a forma coletiva de deliberar as circunstâncias advindas do conflito. Porém, discorre ainda (WALGRAVE, 2008) que os comitês de paz diferem dos demais modelos por buscar uma estratégia deliberativa de governança local em circunstâncias em que a comunidade passa por

um governo transitório ou fraco ou circunstâncias que ensejam uma estabilidade legal fruto de disputas de poder, auxiliando no processo de justiça de transição.

Como ferramenta de fortalecimento das comunidades em circunstância de enfraquecimento do poder estatal/governo, os comitês de paz funcionam formando pacificadores (*peacemakers*) que são informados das tecnologias, princípios e abordagens restaurativas e visam facilitar, na comunidade em que são introduzidos, formas de fomentar a força popular para guiar e conduzir a governança popular enfraquecida. São programas a longo prazo e lidam com questões mais amplas da comunidade, não necessariamente lidam apenas com crimes, inclusive lidam com conflitos muito antes de estes irem para o sistema de justiça comum (WALGRAVE, 2008; ACHUTTI, 2016).

3.3.6 *Conselhos de cidadania*

Esse modelo também é conhecido como *conselhos comunitários de cidadania* e funciona de forma que o conselho se reúne com as partes condenadas em crimes de menor potencial ofensivo em encontros onde se deliberam sobre as formas de reparar o dano causado, o que pode incluir uma série de ações (pedido de desculpas, serviço comunitário e até tratamento).

Um crítica feita por Walgrave (2008) é que comumente esses conselhos não refletem a diversidade da comunidade e acabam por reverberar concepções limitadas, também critica que a maioria dos conselhos foca na reparação apenas e acaba negligenciando a vítima, e a crítica mais contundente à esse modelo é que algumas práticas não são de fato deliberativas e as decisões tomadas ficam sob o crivo do conselho, o que segundo Walgrave (2008) pode minar a proposta restaurativa, visto o empoderamento das partes ser um princípio fundamental.

3.3.7 *Serviço comunitário*

Walgrave (2008) discorre que esse modelo é intrinsecamente diferente dos demais, pois enquanto os outros modelos criam formas deliberativas de decidir como reparar e lidar com o dano advindo da ofensa, este modelo é uma finalidade ou resultado (*outcome*) e faz parte ou

não do acordo que emerge das práticas restaurativas, podendo também advir de um processo criminal comum.

Segue discutindo que nem todos os teóricos de justiça restaurativa entendem o serviço comunitário como um modelo de prática restaurativa, visto comumente ser imposta de forma não restaurativa pelos modelos de justiça criminal (WALGRAVE, 2008). De fato, comumente é utilizado como punição dentro do modelo tradicional de justiça, mas Walgrave (2008) argumenta que isso não impede que seja deliberado coletivamente como um possível resultado restaurativo para a comunidade, por exemplo, e que o fato de ser utilizado pelo modelo tradicional de resolução de conflito não inviabiliza de ser utilizado dentro dos valores e princípios restaurativos. Nesse sentido pode-se utilizar o argumento de Zehr (2008) ao falar que devemos mudar as lentes que enxergam o crime para entender os possíveis desdobramentos que a justiça restaurativa propõe. Assim, a prática pode ser entendida restaurativa quando respeitados os valores e princípios, sendo fruto de deliberação coletiva entre os envolvidos no dano, atentando para as necessidades das partes interessadas.

3.3.8 Outras práticas

Walgrave (2008) discorre que várias outras práticas podem compor esse rol de práticas restaurativas, mas uma chama atenção que é a penetração dos princípios da justiça restaurativa em iniciativa de promoção da paz após grandes violações de direitos humanos, fundamentando os modelos de justiça de transição, e nesse sentido aponta para a Comissão da Verdade e Reconciliação pós-apartheid na África do Sul.

Narra ainda que essas tentativas se caracterizam pela luta pelo reconhecimento dos danos em sentido amplo, e não apenas materiais, implicando a responsabilização das partes responsáveis, bem como, tratando toda a comunidade afetada pelo dano coletivo. Trata-se de um projeto de reestruturação social e não tem impacto pontual em um crime apenas, mas reflete todo o anseio e a necessidade de uma comunidade ou sociedade de sobreviver após um crime de grande amplitude contra a humanidade, como o apartheid na África do Sul (WALGRAVE, 2008).

Howard Zehr (2017, p.77) propõe analisar as práticas de justiça restaurativa dentro de um *continuum restaurativo* que pode variar de acordo com a intensidade da prática e das dinâmicas aplicadas variando o grau entre totalmente restaurativa, majoritariamente

restaurativa, parcialmente restaurativa, potencialmente restaurativa e pseudo ou não restaurativa. Para ajudar a compreender a intensidade da realização das práticas, Zehr (2017) sugere 7 perguntas balizadoras para mensurar as práticas:

- 1 – O modelo dá conta de danos, necessidades e causas, para todos os envolvidos?
- 2 – É adequadamente voltado para as necessidades daqueles que foram prejudicados?
- 3 – Aqueles que causaram dano são estimulados a assumir responsabilidades?
- 4 – Os interessados relevantes estão sendo envolvidos?
- 5 – Há oportunidade para diálogo e decisões participativas?
- 6 – Todas as partes estão sendo respeitadas?
- 7 – O modelo trata todos igualmente, levando em conta e cuidando dos desequilíbrios de poder? (ZEHR, 2017, P. 77).

Walgrave (2008, p.41), ao discorrer sobre o trabalho de McCold e Watchel (2002), atenta para as classificações dos tipos e graus das práticas restaurativas e aponta para as três dimensões: reparação da vítima, comunidade de cuidado e reconciliação e responsabilidade do ofensor. Assim podem-se distinguir as práticas totalmente restaurativas (círculos e conferências), as quase sempre restaurativas (apoio às vítimas, restituição às vítimas e comunidades terapêuticas) e as parcialmente restaurativas (serviço comunitário). Enquanto essas dimensões ajudam a entender as práticas restaurativas e seu alcance, elas não devem ser usadas de forma rígida a definir e limitar esses processos, buscando sempre ampliar e implementar de forma restaurativa, utilizando os valores e princípios como norteadores para adequar às demandas da comunidade e das partes diretamente envolvidas (WALGRAVE, 2008).

3.4 Momentos de inserção processual

Pallamolla (2009) relata que a não existe ainda um modelo de justiça pautado na justiça restaurativa e, portanto, suas práticas implicam necessariamente em criar um diálogo com o modelo de justiça criminal vigente. Dessa forma, as práticas são tratadas dentro do modelo retributivo, permeando as dinâmicas deste modelo e se inserindo nas diversas fases do processo penal (ACHUTTI, 2016).

Assim, analisando o processo penal, Pallamolla (2009, p. 99) indica, seguindo como base um estudo realizado sobre as práticas restaurativas pela ONU²⁴, quatro fases em que as práticas restaurativas podem se inserir:

²⁴ *Handbook on Restorative Programmes*, 2006.

- (a) Fase pré-acusação ou fase policial: o encaminhamento pode ser feito pela polícia ou pelo Ministério público, nesta etapa, normalmente, a prática restaurativa representará uma alternativa ao processo penal comum e, se o resultado deliberado for acordado, o Ministério público poderá arquivar o caso;
- (b) Fase pós acusação: normalmente antes do oferecimento da denúncia pelo MP à justiça criminal;
- (c) Fase judicial: etapa do juízo, pode acontecer a qualquer momento depois do acolhimento da denúncia pelo juiz competente até a sentença. Normalmente o encaminhamento é feito pelo tribunal;
- (d) Fase pós-judicial: quando entrar na fase de execução da pena, podendo ser alternativa à pena de cárcere, como também parte dela ou somada à de prisão. O encaminhamento é feito pelos órgãos correccionais ou pelo próprio órgão prisional.

Para Achutti (2016, p. 85):

Conforme cada caso e de acordo com o resultado do encontro restaurativo, as consequências serão distintas, e podem resultar na extinção do processo criminal; na suspensão condicional do processo ou da pena; e no arquivamento do inquérito policial ou da queixa, caso o ofensor cumpra o acordo. Além desses efeitos, o acordo, caso cumprido, poderá influenciar a decisão judicial, e caberá ao juiz, em caso de condenação, optar ou não pela redução da pena, pela sua substituição ou, ainda, por isentar o condenado de cumpri-la.

Pallamolla (2009) leva adiante a discussão e fala sobre as dificuldades de implementação da lógica restaurativa nos países em que se prepondera a tradição do *civil law* (caso do Brasil), visto o princípio da legalidade preponderar e acabar dificultando o uso de políticas restaurativas, pois o procurador não tem poder discricionário de encaminhar o processo diretamente para a justiça restaurativa, como ocorre nos países onde prepondera a jurisdição de *common law*. Assim, o terreno da prática restaurativa ainda busca como se adequar dentro do paradigma retributivo, vislumbrando uma possibilidade de implementação, mas sempre com limitações e restrições em função de o modelo preponderante ter diferenças substancialmente significativas quanto aos valores e princípios restaurativos.

Desta forma, entendendo os conceitos, valores e princípios que diferem as práticas e os modelos restaurativos do modelo retributivo, passamos à análise da relação da justiça

restaurativa com a punição, bem como as considerações finais acerca dos pontos elencados neste texto até agora, buscando entender se são modelos realmente opostos.

4. A PUNIÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

4.1 Punição como um meio, restauração como uma meta²⁵

Para os críticos da justiça restaurativa, a conceituação e a construção desta, criam uma polarização entre o modelo retributivo que não corresponde à realidade e apontam para alguns problemas latentes ao se adotar essa perspectiva: a simples polarização dificulta a aproximação das qualidades sobre as quais ambos modelos podem dialogar, enrijece e simplifica o modelo retributivo, cria a falsa ideia de que tudo que não for restaurativo não é bom e desconsidera outros modelos e formas de resolução de conflito (PALLAMOLLA, 2009).

Nesse sentido, buscando elucidar pontos em comum e dissoantes, é interessante debater o entendimento de punição, conforme já discutido neste trabalho, mas aqui sob o viés e contraponto com o diálogo restaurativo.

Conforme avalia Pires (2004), a racionalidade penal moderna, por ser um subsistema complexo, introjeta e naturaliza a compreensão de que a pena aflitiva corresponde à resposta esperada ao crime (indissociabilidade), o que acaba por gerar a impressão de que todo o modelo retributivo gira em torno da pena aflitiva.

Klaus Gunther (2007, p. 137) argumenta que se alega a necessidade da pena em pelo menos quatro justificativas: a primeira enxerga o mal menor em comparação com uma necessidade de punição, a segunda, vê a pena como meio de proteção para a comunidade, a terceira crê na pena como uma medida pedagógica em um processo de aprendizagem moral e já na quarta justificativa, o modelo retributivo espera que com a pena haja a correção de uma distribuição injusta na sociedade.

A pena, e assim a punição, visto sua arguida indissociabilidade (PIRES, 2004), corresponde à uma linguagem, que se comunica através da norma, buscando uma série de justificativas e finalidades de controle social e individual pela transgressão legal. Gunther (2007) discorre sobre a real necessidade de se comunicar através da punição, argumentando que, se a finalidade é comunicar, existem formas melhores de se fazê-lo e conclui que não

²⁵ Referência explícita à frase de Lode Walgrave: *Punishment as a mean, restoration as a goal* (WALGRAVE, 2008, P. 49)

existem justificativas racionais para a pena nesse modelo aflitivo, devendo-se, portanto, analisar as causas e o meio onde ocorre sua emergência nas sociedades contemporâneas.

André Giamberardino (2015, p. 68) discorre que, sob uma perspectiva sobretudo filosófica, o próprio entendimento de pena, dentro do modelo retributivo, parece se confundir com o de pena retributiva, e a define como: (a) imposição de um dano, ou seja, deve ser aflitiva; (b) de forma intencional; (c) esta intenção deve ser exatamente retribuir e reprovar um ato cometido; (d) de forma oficial e autorizada.

Dessa forma, retomamos a pergunta feita anteriormente, na introdução deste trabalho, existem diferenças entre os modelos retributivo e restaurativo na abordagem com a punição? Tentaremos debater algumas perspectivas sobre o assunto na tentativa de elucidar alguns pontos.

Na perspectiva de Joanna Shapland (2003) as diferenças essenciais entre o modelo retributivo e o restaurativo não são as comumente apontadas pelos teóricos, tais como a subparticipação da vítima, ao olhar no passado ao invés de nos desdobramentos do futuro, etc. Discorre ainda que, da mesma forma que a justiça restaurativa vem sendo caricaturada, o modelo retributivo também, e aponta que existem diferenças chave entre as duas e que estas diferenças se relacionam muito mais ao processo do que ao resultado. As práticas restaurativas são capazes de lidar com uma série de sentimentos e demandas emocionais que ensejam um sofrimento muitas vezes maior de responsabilização e reparação que uma compensação em uma perspectiva retributiva é capaz de gerar (SHAPLAND, 2003).

Shapland (2003) defende que não há necessariamente uma diferença entre os resultados da justiça restaurativa e da retributiva; reconhece, claro, que os resultados das práticas restaurativas têm sido muito mais abrangentes e imaginativos do que nas práticas retributivas, mas argumenta que isso se dá muito mais por falta de imaginação e articulação política e legislativa, do modelo retributivo certamente, do que de uma incapacidade sistêmica inerente.

O processo difere no sentido de que todos os agentes que lidam com os processos têm finalidades diferentes e expectativas diferentes quanto a seus resultados. Dentro da perspectiva retributiva a finalidade da pena assume um caráter punitivo, independente do ofensor e da vítima, enquanto na prática restaurativa, o consentimento, construído através do processo deliberativo, seria decisivo no entendimento da punição.²⁶

Segue argumentando que, seguindo sua linha de raciocínio, ou seja, reconhecendo que justiça restaurativa e retributiva podem ter os mesmos resultados, devemos então reconhecer e

²⁶ *There is no reason why all elements which have been produced as restorative outcomes could not be legislative sentences (SHAPLAND, 2003, P. 201).*

aceitar que a justiça restaurativa exerce um poder coercitivo individual em relação ao ofensor (SHAPLAND, 2003). Tal coerção é no sentido de que a prática irá necessariamente ensejar uma demanda por reparação, e o ofensor não tem como se esquivar disso, independente do modelo que o acolha. Discorre que, por mais que conferências e círculos funcionem e sejam restaurativos, deliberativos, ou seja, as partes concordem com os resultados, eles serão onerosos e podem muitas vezes ser mais onerosos que sentenças. Defende também que a diferença entre os modelos é o consentimento do ofensor e afirma, ainda, que “*consentimento implica na habilidade de sair da situação sem prejuízo. Os processos jurídicos raramente provêm essa oportunidade*²⁷” (SHAPLAND, 2003, P. 209).

Lode Walgrave (2008) entende que a questão sobre punição na justiça restaurativa se encontra no entendimento desta. Argui que para muitos autores, tais como Anthony Duff (2003), a justiça restaurativa não funciona como uma alternativa à punição, mas sim como uma punição alternativa. Discorre que esse entendimento varia da concepção de que o fardo (*burden*) decorrente da responsabilização (pressão) é considerado uma punição. Afirma ainda que a punição tem três elementos que a distinguem: um tratamento severo²⁸, a intenção de impor o tratamento, e a vinculação do tratamento com o mal cometido (WALGRAVE, 2008, P. 48).

Portanto, discorre que a grande diferença se encontra na intencionalidade, ou seja, as obrigações dolorosas advindas das práticas restaurativas não são consideradas punições, pois não há a intencionalidade em gerar um mal vinculado à transgressão (WALGRAVE, 2008). No entanto, Walgrave (2008) é bem categórico quando afirma que, por mais que não haja intencionalidade na dor, ela vai existir e, portanto, é imprescindível que haja consciência da existência dela como parte do processo de reparação.

Nesse caso, a intenção é o ponto crucial. A tentativa de igualar toda obrigação dolorosa como punição pelo ato errôneo é baseada no equivoco de determinar a “localização psicológica” da dor. A chave está na cabeça daquele que impõe a punição, e não na mente daquele que é punido: é o punidor que julga uma ação como errônea e deseja infligir sofrimento ao infrator. Mesmo se um jovem infrator considere a punição como um evento que traz prestígio à sua reputação perante seus pares, ainda assim será um ato punitivo. A recíproca também é verdadeira: se ele sente dificuldade em cumprir a obrigação de reparação do dano, para ele o ato é “punitivo”. Mas, na verdade, se a intenção do juiz não foi causar sofrimento ao jovem infrator, o ato não é punitivo, pois representa a oportunidade de prestar a sua contribuição ao processo de reparação de sua má atitude (WALGRAVE, 2006, P. 435).

²⁷ *Consenting implies the ability to walk out of the situation without prejudice. Justice processes rarely provide that opportunity (SHAPLAND, 2003, P. 209).*

²⁸ Traduzido do inglês *hard treatment* que diz respeito a uma forma mais rígida e dura de lidar com o ofensor.

Elizabeth Elliot (2018) corrobora a perspectiva de Walgrave (2008) e discorre que, independente da nossa visão sobre punição, fica evidente que, na prática, ela é utilizada e entendida como uma forma intencional de gerar um mal, e pior, o Estado pode e é legitimado a infligir dor quando entender pertinente.

Walgrave (2008) continua sua avaliação discutindo que a punição é um meio, enquanto a reparação é uma meta. Discorre que a punição é utilizada como forma coercitiva de comunicar desaprovação, controle social, entre muitas outras finalidades, sendo o principal meio de intervenção da justiça criminal e utilizada como ferramenta para estes fins.

A prática restaurativa, ao contrário, visa compreender as circunstâncias do dano e seus desdobramentos na tentativa de repará-lo de forma responsável e íntegra. A sua finalidade é a promoção da justiça e dos direitos humanos para todos os envolvidos, direta e indiretamente envolvidos no conflito.

Isto, no entanto, não significa rejeitar qualquer abordagem necessária da justiça criminal. O que se nega é a punição como resposta *a priori* ao crime, não todo o modelo de justiça. Não tem como a justiça restaurativa ter a pretensão de eliminar completamente a justiça criminal, pois existem inúmeros princípios, modelos e interesses no sistema de justiça criminal que devem ser mantidos e levados a sério, inclusive nas práticas restaurativas (WALGRAVE, 2008).

Walgrave (2008) debate que a diferença de entendimento entre os modelos se baseia no fato de que, para o modelo retributivo, a punição é arbitrária, e não comunica a mensagem que pretende, ela constitui uma ameaça e não um convite ao ofensor a se tornar menos violento ou não infringir a norma. Nos tribunais, por exemplo, argumenta que prevalece a confrontação ao invés da tentativa de comunicação. De fato, há uma comunicação na sentença sim, Walgrave (2008) diz que essa comunicação alcança o público em geral, mas falha miseravelmente em comunicar com o ofensor, que se vê intimidado e coagido pelo Estado.

Sobre a dificuldade em comunicar o que a pena e a punição supostamente deveriam, Gunther (2006) argumenta que o medo e o horror, oriundos das penas aflitivas, não são capazes de encorajar ninguém à mudança, muito pelo contrário, acabam por gerar reações de defesa, nas quais o ofensor nega a injustiça que causou, reforçando seu comportamento violento ou tentando neutralizá-lo por meio de justificativas ou desculpas (GUNTHER, 2006, 196).

Walgrave (2006) defende assim que:

Na justiça criminal, contudo, a priorização da opção punitiva compromete o estabelecimento de um processo comunicativo efetivo e construtivo. É possível que o conteúdo da sentença penal comunique claramente a mensagem de desaprovação do

ato para o público em geral, mas sem dúvida ela não é adequada à comunicação com os atores centrais do episódio criminal, notadamente vítima e infrator. A promoção de processos comunicativos eficientes requer ambientes adequados. O ambiente criado no tribunal não é favorável pois, diante de um juiz que ao término da sessão irá decidir o tipo e o grau do tratamento a ser aplicado, o confronto prevalece sobre a comunicação. A mensagem moralizante não encontra ressonância nos ouvidos do infrator que, por sua vez, tenta se livrar com a punição mais branda possível. O infrator não tem ouvidos para qualquer proposta restauradora, ele é mero objeto da atitude ameaçadora. A opção prioritária pela imposição de um tratamento severo é o maior obstáculo à comunicação positiva (WALGRAVE, 2006, P. 437).

Outrossim, os argumentos levantados por Walgrave (2003, 2006 e 2008) levam ao entendimento de que o que diferencia punição dentro da justiça restaurativa e da retributiva é a intencionalidade. Ou seja, é possível sim haver punição na justiça restaurativa, entendendo-se punição como um sofrimento, mas é efeito colateral, não intencional, não sendo, portanto, a finalidade da prática, tal como é no modelo retributivo (GIAMBERARDINO, 2015).

É importante ressaltar que para Walgrave (2008) a punição - que por não ser intencional não é entendida como punição -, na justiça restaurativa, é fruto de um processo de respeito mútuo a todos os envolvidos, e as deliberações foram feitas em conjunto. Pressupondo que todo o processo foi realizado de forma horizontal e íntegra, o enfrentamento da responsabilidade e seus desdobramentos pode ser ainda mais doloroso do que uma pena no modelo retributivo.

É nesse sentido que Walgrave (2008) fala que de certa forma pode haver punição e seu efeito é colateral. O autor ainda aponta que a justiça restaurativa não é uma opção *soft*, e que, ao contrário do modelo retributivo, que evita o confronto ao máximo, as práticas restaurativas visam o enfrentamento de todas as circunstâncias que podem emergir: são pessoais, diretas e profundamente emocionais (Walgrave, 2008).

Já na avaliação de Hirsch, Ashworth e Shearing (2003), ao proporem o modelo restaurativo que denominam de *making amends model*, discorrem que a diferença de entendimento quanto à punição diz respeito ao modelo em que é aplicada. Por exemplo, argumentam que, no modelo retributivo, a punição é em um formato autoritário, impositivo, e que envolve um discurso moral que não é negociável; enquanto no modelo proposto por eles, o procedimento é negociável entre a vítima e o ofensor, sendo a sanção uma forma de mostrar preocupação e respeito aos interesses da vítima e de reparar as consequências decorrentes do dano gerado com a ofensa.

Avaliam ainda que, apesar de diferirem quanto à forma de deliberar sobre a punição, autoritária ou negociável, o modelo restaurativo é retributivo no sentido de que a resposta é diretamente vinculada à transgressão, à ofensa, tal qual é no modelo retributivo (HIRSCH, ASHWORTH E SHEARING, 2003).

Continuam as observações afirmando que, apesar de diferir em inúmeros aspectos do modelo retributivo, o modelo proposto pelos autores envolve uma imposição e a defendem em dois argumentos: o primeiro, que é a necessidade de chamar atenção e indicar que houve uma ofensa, e que isto implica necessariamente um julgamento da conduta do ofensor e de seu comportamento, e segundo porque qualquer disposição que advenha das práticas restaurativas e, portanto, tenha finalidade de reparar vai, de alguma forma, privar algo na vida do ofensor, seja propriedade, tempo, liberdade, e que vai depender do que for deliberado, mas implica assumir uma responsabilidade (HIRSCH, ASHWORTH E SHEARING, 2003).

Reconhecer que há uma imposição, portanto, implica também um fardo justificatório para sua existência legítima, devendo haver boas razões para sua aplicação como a melhor alternativa, para que esta seja imposta de forma justa e respeitosa. Hirsch, Ashworth e Shearing (2003) argumentam ainda que o caráter impositivo não pode ser mitigado ao argumentar que o ofensor deve consentir com a imposição. Defendem que o ofensor não pode simplesmente escolher não acontecer nada com ele, não haver nenhuma forma de responsabilização pela ofensa cometida. Portanto, se houver recusa ao consentimento, no sentido de participar das práticas e manipular o sistema para não se responsabilizar, caberá a aplicação de qualquer outro modelo de resolução de conflito que o possa aguardar no sistema criminal de justiça.

Fica de certa forma evidente, na teoria dos autores Hirsch, Ashworth e Shearing(2003), que o entendimento de consentir a uma imposição diz respeito a entender que houve uma transgressão, que esta fere um entendimento coletivo de sociabilidade e que a resolução dessa irá necessariamente implicar a assunção de uma responsabilidade da parte do ofensor. Não se trata de igualar, ou gerar um mal para compensar, mas de neutralizar o mal que foi feito propiciando a oportunidade de o ofensor indicar o caminho mais respeitoso para isso (Walgrave, 2008).

Entretanto, em contraponto às ideias aqui vistas até agora, o criminólogo Antony Duff (2003) alega que busca reconciliar as duas teorias e diz que restaurativistas estão certos em querer restaurar, enquanto os retribucionistas estão igualmente corretos em argumentar que se deve sofrer a punição que se merece, e que estas metas não são excludentes. Muito pelo contrário, Duff (2003) argumenta que a justiça restaurativa não é só compatível com a retributiva, como ela exige a retribuição.²⁹

Duff (2003) discorre que, quando se fala em um modelo retributivo, logo se cria uma imagem vingativa, punitiva exacerbada, algo sobre sanar o mal com o mal, e de fato não há

²⁹ *Restoration is not only compatible with retribution: it requires retribution (DUFF, 2003, P. 43).*

como defender essa abordagem. Entretanto, aponta que existe uma verdade moral no *slogan* retributivo no que tange à afirmação “*o culpado merece sofrer*”, e no caso da justiça criminal, cabe ao estado proporcionar o sofrimento na medida merecida (DUFF, 2003, P.48).

Na defesa do sofrimento merecido, Duff (2003) elucida que o *slogan* retributivo diz que o ofensor merece sofrer, mas não especifica o quê e aponta para dois tipos de sofrimento que entende legítimos que o ofensor sofra: o primeiro sofrimento é o remorso, Duff (2003) entende que o ofensor deve reconhecer e entender a dimensão do mal que fez e que é necessariamente um processo doloroso. O segundo tipo de sofrimento é que o ofensor merece sofrer censura dos outros e que, se levada a sério, também é intensamente dolorosa. Discorre que há um terceiro tipo de sofrimento também que é a reparação, um tipo de fardo (*burden*) a ser carregado pelo ofensor.

Duff (2003) defende que, ao contrário de Walgrave (2008) que diz que a punição não deve ser proposital e sim acessória, ou efeito colateral, a reparação deve ser penosa e representar um fardo, e é nessa forma que irá suprir o propósito da justiça restaurativa. Ou seja, Duff (2003) entende que há uma intencionalidade sim em infligir um sofrimento, mas que esse sofrimento é direcionado para reparar e tentar reduzir danos dentro da lógica construtiva da justiça restaurativa.

Pallamolla (2009), ao definir os argumentos de Duff (2003), discorre que:

Para Duff, a punição do ofensor é um tipo de reparação que somente ele pode prover à vítima frente ao dano (harm) causado e sua atitude delitiva (wrong). Duff entende que o *slogan* retribucionista de que ‘o culpado merece sofrer’ está correto e, portanto, existem sofrimentos (como remorso, censura dos demais e a carga da reparação) pelos quais o ofensor merece passar(...) Não se trata, portanto, de infligir qualquer sofrimento ao ofensor, mas “induzir a um tipo apropriado de sofrimento – o sofrimento intrínseco em confrontar e arrepende-se de um delito e repará-lo”³⁰(PALLAMOLLA, 2009, P. 76).

Mediante o exposto, fica evidente que não existe um entendimento sedimentado entre os autores acerca do que a justiça restaurativa entende como punição ou como resposta à ofensa. É sabido que a maioria identifica que na responsabilização existe uma dor, seja ela intencional (DUFF, 2003) ou não (WALGRAVE, 2008), consentida (SHAPLAND, 2003) ou negociável (HIRSCH, ASHWORTH E SHEARING, 2003), mas que a grande diferença reside nos princípios e valores que guiam as dinâmicas, visto que as práticas restaurativas têm como

³⁰ *To induce an appropriate kind of suffering – the suffering intrinsic to confronting and repenting one’s own wrongdoing and to making reparation for it (DUFF, 2003, P. 53-54).*

finalidade o respeito às partes e a reparação do dano (ELLIOT, 2018), enquanto o modelo retributivo enxerga na pena a comunicação do que pretende coibir (GUNTHER, 2007).

Nesse diapasão é perceptível que a fluidez dessas concepções acerca da punição dentro do modelo restaurativo expõe a fragilidade e a vulnerabilidade de se ter um conceito aberto e tão controverso como se tem na justiça restaurativa (JOHNSTONE E VAN NESS, 2007). A pluralidade de entendimentos é salutar ao exercício retórico, ao entendimento e aperfeiçoamento das práticas, mas as dificuldades em se estabelecer parâmetros metodológicos ou entendimentos mais sedimentados leva a percepções distorcidas que podem mitigar os espaços de atuação da justiça restaurativa e reduzi-la a meros programas acessórios dentro do modelo retributivo (PALLAMOLLA, 2009).

4.2 Uma dicotomia superada e considerações finais

A justiça restaurativa se apresenta como uma possibilidade de enfrentar o crime e seus desdobramentos de forma respeitosa e reconhecendo as camadas afetivas e emocionais que pertencem à trama conflitiva entendendo como fundamental a escuta ativa, a participação das partes envolvidas e a reparação.

No início deste trabalho levantamos o questionamento se a justiça restaurativa representaria uma possível superação à racionalidade penal moderna, bem como se é apenas mero programa de justiça criminal. Tentaremos concluir aqui alguns apontamentos sobre esses questionamentos.

Howard Zehr (2008), em seu livro *Trocando as Lentes*, traça, inicialmente, uma narrativa que cria a ideia de oposição e dicotomia entre a justiça restaurativa e o modelo retributivo. Como vimos no item anterior, existem muitas questões que são capazes de refutar esse raciocínio, tais como a imposição de uma punição, seja ela intencional (Duff, 2003) ou não (Walgrave, 2008), colateral ou não, entre outros fatores. O próprio Zehr (2008, 2017), no posfácio da terceira edição do livro, argumenta que não sustenta mais a ideia de que são modelos com dicotomias tão marcadas e aponta três dimensões que reiteram essa avaliação.

A primeira diz respeito ao fato de que, tanto no modelo retributivo quanto no restaurativo, há a expectativa de “igualar o placar”, repousando a diferença naquilo que irá igualar esse placar. Para Zehr (2008), a teoria retributiva acredita que a dor irá vindicar o crime cometido, porém essa abordagem se apresenta contraproducente para todas as partes envolvidas. Já na prática restaurativa, a vindicação seria oriunda do reconhecimento do dano

sofrido e pela tentativa genuína de incentivar os ofensores a assumirem a responsabilidade pelo mal, e o esforço no compromisso em tratar o comportamento desviante.

A segunda diz respeito à vivência prática do autor (ZEHR, 2008). Este percebeu que existem muitos sistemas jurídicos que não têm o modelo democrático fortalecido, tal como os países da América Latina, e por isso as salvaguardas legais oriundas do modelo retributivo representam uma segurança jurídica necessária contra arbitrariedades, e defende que nessas circunstâncias deve-se balancear o lado legalista com o lado restaurativo de modo a obter um resultado o mais restaurativo possível. Defende ainda que:

Como mencionei antes, ao trabalhar em regiões do mundo onde não existe um sistema legal que funcione bem e onde inexistente uma tradição clara de direitos humanos, percebi que precisamos de sistemas judiciais bem estruturados que ajudem a salvaguardar esses direitos e a estabelecer algum tipo de “verdade” quando tais direitos estão sendo negados. Não se pode presumir que esses sistemas existam sempre. Contudo, também é preciso ver claramente os pontos fracos da abordagem legalista ocidental e trabalhar no sentido de obter, do nosso sistema e nos casos dos quais cuidamos, processos e resultados que sejam tão restaurativos quanto possível (ZEHR, 2008, P. 260).

Assim, é preciso entender que, por mais que se pense em um modelo diferente do modelo retributivo, a condução atual de resolução de conflitos, bem como salvaguarda de valores e princípios enquanto norma, é feita pelo estado e este se utiliza do modelo retributivo imbuído na racionalidade penal moderna, tal qual Pires (2004) defende.

Dessa forma, entendendo que a justiça restaurativa faz necessariamente um diálogo e uma inserção dentro da racionalidade penal moderna, busca-se entender como pode a justiça restaurativa se inserir a ponto de não se diluir dentro do modelo retributivo?

Joanna Shapland (2003) discorre que a justiça restaurativa precisa se decidir quanto a sua atuação: ou nega completamente o modelo de justiça criminal e se torna um sistema paralelo (assim como a justiça cível é um), ou decide conviver no modelo retributivo onde seria um mero programa de justiça criminal.

Segue discutindo que a justiça restaurativa deve entender onde e como pretende atuar, e define três possibilidades que representam o desafio atual deste modelo de justiça e que seriam: se tornar um modelo principal, um modelo paralelo ou um meio termo. Shapland (2003) alega que o modelo paralelo, apesar de ser extremamente importante e de mostrar que existem saídas fora do modelo criminal (tal como modelos de justiça comunitária) e que elas irão continuar existindo, deve assumir um caráter principal dentro do modelo de justiça criminal (e nesse intento cita o modelo da Nova Zelândia), pois é assim que a justiça restaurativa pode ter algum impacto.

Enuncia, porém, que a grande maioria das práticas ocorrem dentro dos modelos retributivos, como ferramentas destes, e, acaso o resultado seja satisfatório, passa a ter relevância no processo. Discorre que a possibilidade de o modelo restaurativo causar um grande impacto no sistema de justiça é se tornando uma prática principal, e qualquer outra forma gradual de inserção vai mitigar e distanciar a mudança que a justiça restaurativa se propõe (SHAPLAND, 2003, P.212).

Assiste razão quando aponta que o modelo retributivo acaba por cooptar, tal como apontado por Elliot (2018), algumas características do modelo restaurativo e reduzindo-o a uma mera prática punitiva diferenciada, esvaindo seu potencial revolucionário. Braithwaite (2003) aponta justamente nesse sentido que, ao se negar a essência transformativa em sentido amplo que a justiça restaurativa se propõe, perde-se muito de seu potencial e ela é reduzida a simples práticas diluídas em um contexto punitivo.

Ao mesmo tempo vale lembrar o que foi pontuado por Walgrave (2008) quando discorre que a justiça restaurativa não pode simplesmente excluir ou retirar o modelo retributivo do exercício, e muito disso diz respeito ao fato de que o modelo retributivo garante salvaguardas legais que são fundamentais ao exercício das práticas restaurativas e à efetivação dos direitos humanos dentro destas.

Nesse sentido retomamos à pergunta feita na introdução: é possível superar a racionalidade penal moderna pelo viés restaurativo?

Pelos pontos e argumentos levantados nesta dissertação: não. Isso não significa dizer, porém, que não existam justificativas racionais suficientes para alterar substancialmente algumas dinâmicas do modelo retributivo, mas significa antes de tudo dizer que a racionalidade penal moderna não é em seu todo rechaçável. Muito pelo contrário, conforme foi apresentado aqui, em muito representa a segurança jurídica, através de princípios como proporcionalidade, legalidade, bem como a possibilidade de administração dos conflitos nas sociedades contemporâneas através da tutela estatal.

Álvaro Pires (2004) fundamentou de forma brilhante que a racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal, pois invisibiliza a possibilidade de se enxergar uma outra abordagem possível à administração da punição e do crime em nossas sociedades. O obstáculo epistemológico na racionalidade também cria dificuldades para outras ciências de enxergar o crime fora das categorias de pensamento produzidas e legitimadas por ela própria. Ou seja, a própria tentativa em justificar a justiça restaurativa como uma forma de efetivar os Direitos Humanos, que são categorias e

salvaguardas oriundas da racionalidade penal moderna, já expõe essa fragilidade e esse obstáculo (PIRES, 2004).

Outrossim é salutar o questionamento no que tange à necessidade de superar a lógica da racionalidade penal moderna. Como foi bem apontado pelos autores no item anterior, é possível criar um diálogo entre o entendimento de punição e a forma de conduzir a responsabilização do ofensor de forma íntegra e respeitosa.

Walgrave (2008) aponta para o fato de que a retribuição atenta para três elementos: a culpabilidade do comportamento transgressor é claramente expressa, a responsabilidade do ofensor é indicada e o desequilíbrio moral é reparado. Cita, então, que a justiça restaurativa comunga desses mesmos elementos, mas a diferença é que o faz de forma construtiva, e debate que o punitivismo retribucionista é baseado no conceito de uma responsabilidade passiva. As consequências são impostas ao ofensor por um terceiro, enquanto na justiça restaurativa essa reponsabilidade é ativa, deliberada e participativa. Nela, o ofensor, bem como o ofendido têm suas vozes ouvidas e consideradas.

Assim, por mais que a justiça restaurativa não enseje o rompimento ou a superação com a racionalidade penal moderna, isso não significa dizer que não tem um potencial transformador e revolucionário no que tange à administração dos conflitos nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido parece assistir razão a Braithwaite (2003) quando ele argumenta que não adianta nos desesperarmos com o punitivismo emergente em uma prática restaurativa, seria ingenuidade esperar que não fossemos punitivos, o que se espera com a justiça restaurativa é que sejamos menos punitivos ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para um política criminal do encontro. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>. Acesso em: 21/07/2019.

_____. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ASSUNÇÃO, Cecília Pereira de Almeida e YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa**: um conceito em desenvolvimento. In GRECO, Aimée e Outros. **Justiça Restaurativa em ação**: prática e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (Org.). **Justiça para o século 21: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

BRAITHWAITE, John. **Principles of restorative justice**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice**: Competing ou Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.1-20.

_____. **Entre a proporcionalidade e a impunidade**: confrontação- verdade- prevenção. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 371-388.

_____. **Emancipação e Esperança**. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 389-410.

CHRISTIE, Nils. **Conflict as property**. In the British Journal of Criminology, Vol. 17, No. 1, January 1977. Disponível em: <https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2015/10/nils-christie-conflicts-as-property.pdf>. Acesso em: 21/07/2019.

DALY, Kathleen. Mind the Gap: Restorative Justice in Theory and Practice. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice**: Competing ou Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 219-236.

DIGNAN, Jim. **Towards a Systemic Modelo of Restorative Justice**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice**: Competing ou Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.135-156.

DUFF, Antony. **Restoration and Retribution**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice**: Competing ou Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.43-59.

ELLIOT, Elizabeth M. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

FAUSTO, Boris. **Imigração**: cortes e continuidades. In NOVAIS, Fernando A. e SCHWARCZ, Lília Moritz. **História da Vida Privada no Brasil**: Contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade E Racionalidade De Resistência**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>. Acesso em 21/07/2019.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 1ªed. 2015.

GUNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I**. Revista Direito GV, v.2, n. 2, 2006, p-187-204. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35149/33933>. Acesso em 19/08/2019.

_____. **Crítica da Pena II**. Revista Direito GV, v.3, n.1, 2007, p.137-150. Disponível em : https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp137-150.pdf. Acesso 19/08/2019.

HUDSON, Barbara. **Victims and Offenders**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice**: Competing ou Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.157-194.

HULLSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o Sistema penal em questão. Niterói, RJ: Luam, 1993.

JOHNSTONE, Gerry, VAN NESS, Daniel W. **Handbook of restorative justice**. Portland, USA. Willan Publishing, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza, DESLANDES, Suely Ferreira e GOMES, Romeu. **Pesquisa Social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 28ª ed., 2009.

MUMME, Monica. **Justiça Restaurativa**: um caminho de valor social que acontece no coletivo. In PELIZZOLI, Marcelo L.(Org.) **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul, RS: Educus; Recife, PE: UFPE, 2016, pp. 87- 112.

NORA, Pierre. **O Acontecimento e o Historiador do Presente**. In LE GOFF, Jacques, LADURIE, Le Roy, DUBY, George e Outros. **A Nova História**. Lisboa: Edições 70, LDA, 1991, pp. 45-55.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM. 1ª ed, 2009.

PELIZZOLI, Marcelo L. **Cultura de Paz Restaurativa**. In PELIZZOLI, Marcelo L.(Org.) **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul, RS: Educus; Recife, PE: UFPE, 2016, pp. 13- 45.

PINTO, Simone Matos Rios. **Justiça Restaurativa na ótica da Teoria do Discurso**. Belo Horizonte: TJMG, 2017.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. *Novos Estudos*, N. 68, Março de 2004. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em 19/08/2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

_____. **Justiça restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia**. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 583-596.

ROBERTS, Paul. **Restoration and Retribution in International Criminal Justice: An Exploratory Analysis**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice: Competing ou Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.115-134.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **Pesquisa em Justiça Restaurativa**. In PELIZZOLI, Marcelo L.(Org.) **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul, RS: Educus; Recife, PE: UFPE, 2016, pp. 113- 128.

SCURO NETO, Pedro. **Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes**. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 543-566.

SHAPLAND, Joanna. **Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?** In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice: Competing ou Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.195-218.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de Justiça Restaurativa**. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp.455-490.

_____. **Justiça Resturativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VAN NESS, Daniel. **Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognising de Aims and Limits of Restorative Justice**. In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice: Competing ou Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.157-176.

VON HIRSCH, Andrew, ASHWORTH, Andrew, SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a Making Amends Model?** In VON HIRSCH, Andrew e

Outros. **Restorative justice and criminal justice: Competing ou Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.21-41.

WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain.** In VON HIRSCH, Andrew e Outros. **Restorative justice and criminal justice: Competing ou Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp.61-78.

_____. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship.** Cullompton, Devon, UK: Willan Publishing, 2008.

_____. **Imposição da Restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime.** In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança.** Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 433-454.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2015.

_____. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa. In SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança.** Brasília- DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 411-418.

United Nations Office on Drugs and Crime. Handbook on Restorative Programmes. Criminal Justice Handbook Series, New York: United Nations, 2006. Disponível em:

ANEXO

Os princípios Restaurativos em conformidade com a resolução 2002/12 das Nações Unidas

Os valores e princípios elencados no segundo capítulo deste trabalho são de extrema importância para o debate acadêmico e prático, buscando um entendimento que aproxime teoria de prática de forma coesa. Nesse sentido, é extremamente importante avaliar e analisar a determinação estabelecida pelas Nações Unidas e assinada por países membros que consolida os entendimentos sobre os valores e as práticas restaurativas.

Este documento representa o reconhecimento da relevância e difusão das práticas restaurativas como meios legítimos de resolução de conflitos. A característica do documento não é de ordem impositiva, muito pelo contrário, não tem caráter obrigatório, mas sim, funciona como um guia básico das práticas e dinâmicas restaurativas para que os países interessados possam usar como guia para sua implementação (PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2016).

O documento consta de vinte e três valores, princípios referentes à operacionalidade da justiça restaurativa e se divide em cinco seções: (i) terminologia, (ii) utilização de programas de justiça restaurativa, (iii) operação dos programas restaurativos, (iv) desenvolvimento contínuo de programas da justiça restaurativa e (v) cláusula de ressalva que diz respeito ao fato de que os princípios e valores elencados no documento não devem afetar nenhum direito do ofensor ou da vítima já preceituado no ordenamento jurídico aplicado, nacional e/ou internacional.

(i) TERMINOLOGIA:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.

O escopo limitado dessa definição trazida pelo primeiro artigo reflete a fluidez e a dificuldade em se definir hermeticamente uma única concepção de justiça restaurativa. A definição ampla ainda abre margem para inserção e outros significados e práticas que porventura venham a ser aperfeiçoados e entendidos como práticas restaurativas (ACHUTTI, 2016). Van Ness (2003) argumenta que essa definição faz mais sentido e ganha mais substância quando avaliada em conjunto com os próximos dois artigos a seguir.

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Van Ness (2003) argumenta que esse artigo carrega uma definição expansiva, pois incorpora todos os possíveis elementos de acordo entre as partes incluindo as demandas dos ofensores e da comunidade e não apenas da vítima. Argui ainda que todos os acordos oriundos de práticas restaurativas estão sujeitos a esses princípios básicos.

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim como promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Van Ness (2003) aponta que essa definição contempla a definição trazida por Marshall (1996) e já discutida no início deste capítulo, mas traz termos diferentes e específicos, incluindo a previsão de um facilitador/mediador para intermediar a dinâmica restaurativa.

4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

A utilização do termo partes é mais ampla e engloba todos aqueles que participaram do evento danoso ou que de alguma forma se relacionam com ele, portanto, não se trata apenas de definir um polo de culpa e responsabilidade objetiva, mas entender quem foi afetado pelo dano causado e qual relevância a parte terá para a restauração do dano sofrido. Destaca também a importância da comunidade dentro do processo restaurativo (VAN NESS, 2003).

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

Quinto e último artigo desse bloco fala sobre o facilitador, Van Ness (2003) argumenta que esse termo foi escolhido ao invés de mediador, por que na prática restaurativa de conferência ou dos ciclos, não se usa o termo mediador e sim facilitador.

(ii) Utilização de programas de justiça restaurativa:

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional

Essa definição, como aponta Van Ness (2003), não significa dizer que os efeitos e as formas de resolução serão iguais, independente de qual momento for realizada a prática restaurativa dentro do processo. Aponta inclusive que, se a prática for realizada antes da sentença, pode ter influência sobre esta, mas se porventura for realizada após a sentença, não faria sentido revogá-la ou alterá-la. Nesse sentido é importante entender que existem práticas restaurativas independente de suas implicações processuais, visto a prática não se resumir apenas ao processo criminal.

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

Van Ness (2003) discorre que é fundamental para a prática restaurativa que as partes assumam com respeito e honestidade sua responsabilidade no dano cometido, logo, se não há indício suficiente de autoria nem consentimento, não há a possibilidade de usar a justiça restaurativa como prática resolutiva de conflito. Relata ser igualmente importante que a instituição responsável pela prática restaurativa deixe muito claro que a qualquer momento as partes podem requerer sair do processo restaurativo, e que a vontade e o respeito são balizadores dessas práticas.

Quanto à proporcionalidade e razoabilidade das obrigações, elas balizam o que já foi previamente debatido neste trabalho sobre a necessidade de aplicar obrigações que não sejam desumanizantes, degradantes e desrespeitosas para os envolvidos (BRAITHWAITE, 2003).

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

O reconhecimento entre a vítima e o ofensor dos fatos que geraram o dano é fator primordial para que haja possibilidade de haver a prática restaurativa, sem o senso de que houve um laço rompido, não há como se alimentar um espaço de construção de diálogos e responsabilidades. Van Ness (2003) delibera que esse artigo difere o que aconteceu da culpa legal, e argumenta serem duas coisas bem distintas e por isso não devem ser utilizados como forma de mitigar o senso de responsabilidade do ofensor, intimidando-o ou coagindo-o com uma possível punição retributiva, acaso o processo restaurativo não surta efeito.

9. As disparidades que impliquem desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

Van Ness (2003) discorre que este artigo traz um debate interessante sobre relações de poder dentro das práticas restaurativas, ele argumenta que nem sempre é possível se equilibrarem as desigualdades e que as vezes talvez seja interessante ponderar a que ponto não vai interferir no resultado de forma negativa a ponto de, se for o caso, desistir da prática

restaurativa em função de o desequilíbrio de poder entre as partes mitigar os valores básicos e necessários ao processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

Esse artigo deriva da desigualdade de relação de poder e implica a proteção das partes para evitar qualquer outro dano oriundo do crime em função de uma possível ameaça à segurança de um de seus participantes (ACHUTTI, 2016).

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

Van Ness (2003) diz que esse artigo existe em função do reconhecimento de que a inviabilização do processo restaurativo não apaga a necessidade de uma restauração, bem como de um acompanhamento daqueles que foram afetados e sofreram algum dano com a transgressão legal.

(iii) Operação dos programas restaurativos:

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;*
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;*
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;*
- d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa;*
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.*

Van Ness (2003) argui que a flexibilidade e informalidade nas dinâmicas restaurativas têm resultados salutares no que tange à satisfação das partes em suas pretensões sobre justiça e reparação, porém, essa flexibilidade pode por em risco e vulnerabilizar direitos e interesses menos protegidos. Igualmente importante a preocupação quanto à possibilidade de a

flexibilidade e informalidade acabarem por mascarar a falta de treinamento e a má formação e atuação com as práticas restaurativas. Nesse sentido Van Ness (2003) argumenta que é fundamental que não apenas os interessados estejam atentos e cientes aos valores e princípios restaurativos, mas a proteção de certos direitos deve passar pelo envolvimento do poder legislativo e executivo.

Sobre esse artigo, Achutti (2016, p. 77) argui que:

Estas regras são de fundamental importância, pois enquanto a informalidade e a flexibilidade dos encontros restaurativos facilitam a elaboração de um acordo pelas partes, ao mesmo tempo permitem que a proteção aos direitos individuais possa ser assegurada. Além disso, a preocupação com os casos após a realização do processo restaurativo igualmente demanda um cuidado especial, pois como qualquer repartição (pública ou privada), diversas pessoas terão acesso aos documentos dos casos e poderão ter atitudes indesejadas ou antiéticas. Essas considerações levaram a Resolução a adotar as recomendações de disciplinar, em termos gerais, os modos de gerenciamento dos programas, incluindo, caso necessário, a edição de leis específicas para regular e proteger os direitos e os interesses das partes (ACHUTTI, 2016, P. 77).

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.

b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;

c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

Achutti (2016) discorre que este artigo estabelece que as partes devem e têm direito a serem orientadas e a terem acompanhamento jurídico durante todo o processo. Tal definição é fundamental para garantir que as partes estejam cientes das implicações e dinâmicas da prática restaurativa, evitando que sejam manipuladas, induzidas ou coagidas a tomarem alguma atitude que não tenham real dimensão do que se trata.

14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

Van Ness (2003, p. 171) discorre que esta previsão existe em função de fomentar e facilitar a troca de informações dentro das práticas restaurativas, uma forma de garantir que o ambiente é seguro e acolhedor e que não haja implicações da lógica retributiva de culpa, por exemplo, que possam mitigar essa liberdade.

Pallamolla (2009, p. 94) defende que, diferentemente do sistema criminal atual, o modelo restaurativo não tem o mesmo caráter público de seus procedimentos³¹, e apenas quando as partes concordarem é que pode ser revelado seu conteúdo. Trata-se de dar autonomia para as partes, na decisão e na manutenção das diretrizes decididas.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

Sobre esse artigo Pallamola (2009) defende que ele articula a ideia de impossibilitar o *bis in idem*, ou seja, que o ofensor seja condenado duas vezes pela mesma conduta danosa. Na verdade este artigo preceitua o reconhecimento da prática restaurativa com mesmo poder e eficácia do modelo retributivo, conferindo inclusive mesmo valor legal (VAN NESS, 2003).

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

A dificuldade em realizar a dinâmica restaurativa e seus efeitos não deve e não pode ser usada como justificativa ou valor dentro do processo criminal subsequente à prática. Essa vedação dialoga com o princípio da confidencialidade debatido no artigo 14, visto que a dinâmica restaurativa tem a característica de se dispor a ser um espaço seguro de acolhimento de demandas afetivas, emocionais, como também objetivas. Logo, utilizar esse espaço seguro para legitimar uma punição mais severa é antiético e vedado por esta disposição (VAN NESS, 2003; PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2016).

³¹ Nesse sentido Pallamolla (2009) argumenta que a confidencialidade não impede que as partes falem ou comuniquem informações do processo se acaso quiserem, mas impede que seja midiaticizada a dinâmica restaurativa, como no modelo retributivo, e que as partes sejam expostas nos meios de comunicação, que acabam por estereotipá-las e estigmatizá-las.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

Esta disposição combinada à anterior defende a ideia de que o processo restaurativo que porventura não obtenha sucesso, seja por fatores alheios às partes ou por dificuldades de implementação, não deve e não pode ser usado para agravar a pena, se porventura seja instaurado um processo convencional retributivo. Achutti (2016, p. 78) defende que “por não se tratar de uma decisão judicial, não poderá ensejar uma sentença penal mais severa, em caso de condenação”.

Van Ness (2003) discorre que a razão utilizada para agravar uma possível condenação, acaso o acordo não seja cumprido, implica necessariamente uma avaliação concreta e subjetiva da culpa do ofensor ou vítima quanto à responsabilidade pelo insucesso da implementação do acordo restaurativo. Essa abordagem dificulta a consolidação da justiça restaurativa, pois, como argumenta o autor, uma forma de evitar as interferências indevidas dos tribunais nas dinâmicas informais da justiça restaurativa é tratar seus fracassos como uma oportunidade para se retomarem os procedimentos normais do sistema de justiça.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

Estes dois artigos lidam com o papel fundamental do facilitador nas práticas restaurativas. Uma das maiores dificuldades enfrentadas atualmente se dá justamente na necessidade de formação continuada e senso crítico das ações dos responsáveis pelos programas de justiça restaurativa.

Van Ness (2003) relata categoricamente que os facilitadores devem vir de grupos minoritários étnico e racial e não apenas dos grupos dominantes da comunidade e da cultura local. Além das habilidades necessárias para as dinâmicas, como escuta ativa, abertura para lidar com as emoções dos outros, acolhimento e conhecimento das dinâmicas e práticas restaurativas, Van Ness (2003) pontua a importância da diversidade dos facilitadores para

representar de forma coerente a sociedade, e não apenas grupos privilegiados que possuem um entendimento limitado e que, em regra geral, reproduz as concepções desiguais do *status quo*.

(iv) Desenvolvimento contínuo de programas da justiça restaurativa:

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

Esse artigo constitui um conselho e não uma imposição, sugerindo aos Estados Membros que busquem entender as dimensões e possibilidades de resultados das práticas restaurativas, significa assim uma sugestão para adoção de outras formas de resolução de conflito e dispõe que para sua aplicação deve-se atentar para a importância da informação (ACHUTTI, 2016).

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles têm em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados Membros devem por isso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

Esses dois artigos discorrem sobre a importância da avaliação dos programas de justiça restaurativa para que sua implementação não seja realizada de forma inconsistente e acabe reverberando em práticas não restaurativas e conseqüentemente deturpe a funcionalidade da teoria e suas possibilidades de atuação. Zehr (2006), nesse sentido, argumenta que práticas como as restaurativas exigem clareza quanto aos princípios e aos valores adotados, bem como um real comprometimento de ser guiado por eles durante os processos restaurativos, se

permitindo reavaliar e refletir sobre possíveis mudanças ou adaptações ao longo do processo que visem respeitar e manter os princípios e valores balizados. Argumenta, pois, pela adoção de um conjunto de “diretrizes transformativas” (ZEHR, 2006, P. 414) que implicam uma posição mais restaurativa em relação ao conhecimento, aos sujeitos e aos papéis desenvolvidos nas práticas.

(v) *Cláusula de ressalva:*

23. *Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.*

Essa cláusula de proteção visa esclarecer e garantir que os processos restaurativos não sejam utilizados para mitigar nenhum direito das partes em qualquer momento processual. Tal previsão visa garantir o entendimento de que as práticas restaurativas chegam para aumentar o leque de possibilidades de resolução de conflito e não constituem um entrave à aplicação de direitos individuais.

Sobre esse assunto, Pallamolla (2009), ao referenciar a obra de Sherman e Strang (2007, p. 45), discorre que:

A respeito dessa cláusula, é oportuno fazer referência ao estudo feito pelo *Smith Institute* da Inglaterra, coordenado pelos pesquisadores Sherman e Strang, que analisou a justiça restaurativa no Reino Unido e em outros países e constatou que ela não é incompatível com as leis (*rule of law*); muito pelo contrário, os resultados sugerem que, devido à satisfação dos usuários da justiça restaurativa, ela tende a reforçar as leis. Assim, o que a justiça restaurativa oferece é uma alternativa para interpretar a estrutura legal, desenvolvida ainda no tempo da revolução industrial, através de uma política pública de segurança (*public safety strategy*) para a era pós-industrial, capaz de alcançar melhores resultados com os mesmos princípios assegurados nas leis, “provendo mais oportunidades para perguntas e respostas, face a face ou, em outro sentido, ela pode realmente fazer a lei mais acessível para as pessoas” (PALLAMOLLA, 2009, P. 98).

Assim, a Resolução n. 2002/12 da ONU visa apenas introduzir os princípios básicos norteadores das práticas restaurativas, para incentivar, instigar e auxiliar os países interessados a acolherem essa perspectiva de resolução de conflito e buscarem um caminho diferente para a criminalidade e as demandas sociais dentro do sistema de justiça da modernidade (ACHUTTI, 2016).