



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**REFREAMENTO DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA
POR MEIO DA ÊNFASE À PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA
RESTAURATIVA**

Linha de pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPTÃO

**REFREAMENTO DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA
POR MEIO DA ÊNFASE À PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA
RESTAURATIVA**

ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPÇÃO

Dissertação para o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Área de Concentração:

Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa:

Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

Orientadora:

Prof. Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

A851r Assumpção, André Del Grossi
Refreamento da racionalidade penal moderna por meio da ênfase à participação comunitária restaurativa / André Del Grossi Assumpção; orientadora Samia Saad Gallotti Bonavides - Jacarezinho, 2023.
145 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2023.

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Racionalidade penal moderna. 4. Justiça restaurativa. 5. Práticas restaurativas. I. Bonavides, Samia Saad Gallotti, orient. II. Título.

CDD: 341.4323

TERMO DE APROVAÇÃO DE DEFESA

ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPÇÃO

REFREAMENTO DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA POR MEIO DA ÊNFASE À PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA RESTAURATIVA

Este documento de dissertação foi julgado adequado no exame de qualificação para a obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada pela Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES – UENP (Presidente)

Prof. Dr. VLADIMIR BREGA FILHO - UENP

Prof. Dra. CRISTINA REGO DE OLIVEIRA – NOVA *School of Law*

DEDICATÓRIA

Dedica-se este estudo primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade do convívio com pessoas que têm inspirado e feito possível cada nova realização.

Dedica-se com especial gratidão à minha família querida que desde sempre tem nos dado tanto carinho incondicional, ilustrando na prática cotidiana a importância da vivência do ser humano em sua expressão coletiva.

Nomino especialmente nesta oportunidade meus pais José e Maria Helena, minha esposa Isabela e nosso rebento José Antônio, por tudo que são.

Amo-vos.

AGRADECIMENTOS

No âmbito acadêmico-profissional, registra-se agradecimento precípuo à Professora Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides, que representa um norte às práticas restaurativas no Ministério Público do Estado do Paraná e que teve participação imprescindível na produção deste texto, tanto a partir de suas aulas na disciplina *O uso político e estratégico do direito penal: reflexões sobre o sistema punitivo e a exclusão social; administração dos conflitos criminais*, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, quanto a partir da orientação diretamente realizada para a atividade de pesquisa.

Ressalta-se também a inteligência aguda transparecida nas aulas dos seguintes Professores e disciplinas correspondentes da Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná: Professor Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi (*O processo e a função política*), Professor Dr. Ilton Garcia da Costa (*Serviços públicos: novos contornos*), Professor Dr. Jorge Sobral da Silva Maia (*Bases epistemológicas e o sistema público como fundamentos para a análise do Direito*), Professor Dr. Valter Folletto Santin (*Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais*), Professor Dr. Vladimir Brega Filho e Professor Dr. Jairo Néia Lima (*Metodologia da Pesquisa Jurídica*); e, por ocasião da frequência a disciplina isolada do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Londrina, Professor Dr. Sérgio Alves Gomes (*Filosofia do Direito*).

Faz-se justa lembrança aos colegas discentes (entre alunos de mestrado e doutorado) que parearam de modo mais recorrente estudos das disciplinas, atividades de pesquisa e preparação de seminários no âmbito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, entre eles Adilto Luiz Dall'Oglio Júnior, Ana Cláudia Lorenzetti Mendes, Allaymer Ronaldo Régis dos B. Bonesso, Caio Márcio Loureiro, Florestan Rodrigo do Prado e Silvana Aparecida Plastina Cardoso, além do colega discente Lucas Rafael da Silva Delvechio e da Professora Mestre Patrícia Gasparro Sevilha Greco (estes dois últimos da Universidade Estadual de Londrina).

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. **Refreamento da racionalidade penal moderna por meio da ênfase à participação comunitária restaurativa.** Dissertação – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Curso de Direito – UENP, Campus de Jacarezinho, Jacarezinho/PR, 2023.

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar possibilidades de refreamento da racionalidade penal moderna – notadamente do isolamento do indivíduo em conflito com a norma – por meio da ênfase à participação comunitária restaurativa. Desenvolveu-se no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Paraná – UENP – sob a Área de Concentração intitulada Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, com Linha de Pesquisa - Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Sob o método hipotético dedutivo, está dividido em duas partes, a primeira dedicada ao exame preliminar das características e contradições fundamentais do direito penal convencional; e a segunda ao estudo das proposições restaurativas contemporâneas que prenunciam melhores expectativas de conexão prudente do controle do fenômeno delituoso com a realidade das injustiças sociais e interesses da comunidade. Revisitaram-se os elementos do pensamento penal clássico, historicamente marcado pela reprovação moral e sentido expiatório, coerente com o pensamento contratualista sobre o Estado Moderno entre os Séculos XII e XVIII (ainda que combinadas às teorias científicas do Positivismo Criminológico a partir do Século XIX). Relembrou-se também a crítica sociológica de Durkheim e desenvolvida pelo neomarxismo, para evidenciar o sentido oculto inerente à economia política das punições (na expressão de Foucault), com apoio em conceitos como a *labelling approach* de Becker e a injustiça epistêmica de Fricker. Renunciando ao projeto pouco sustentável do Abolicionismo, porém, tangenciamos os limites do Minimalismo e do Garantismo Penais (na esteira de Ferrajoli). Na segunda parte deste estudo, examinou-se a via alternativa das práticas restaurativas, partindo de suas bases teóricas e precedentes históricos. Elencaram-se seus princípios, tanto a partir do pensamento consectário à doutrina pioneira de Howard Zehr - quanto a partir da normatização que foi instituída no contexto da pena jurídica brasileira. Delineou-se também sua sustentação epistemológica. A seu tempo, as modalidades mais comuns de práticas restaurativas foram ventiladas e conectadas a diversos mecanismos do direito positivo brasileiro em vigor, evitando-se o trauma do rompimento completo da Legalidade penal. Por fim, o último capítulo aponta alguns dos riscos relacionados ao tema. Conquanto não se apresentem como projeto acabado de superação do sistema penal tradicional, práticas restaurativas poderão ser introduzidas com vantagem para restabelecer a conexão entre o fenômeno delituoso e seu contexto social, coletivo, ao menos refreando-se a espiral punitiva correspondente.

Palavras-chave: Direito Penal; Criminologia; Racionalidade penal moderna; Justiça restaurativa; Práticas restaurativas.

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. *Restricting modern criminal rationality through an emphasis on restorative community participation*. Dissertation – Center for Applied Social Sciences, Postgraduate Program in Legal Science – Law Course – UENP, Jacarezinho Campus, Jacarezinho/PR, 2023.

ABSTRACT

The present study aims to examine possibilities for curbing modern criminal rationality – notably the isolation of the individual in conflict with the law – through an emphasis on restorative community participation. It was developed in the Master's Course of the Postgraduate Program at the Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – under the Concentration Area entitled Theories of Justice: Justice and Exclusion, with Research Line - Jurisdiction, Fundamental Rights and Effectiveness of Justice. Under the hypothetical deductive method, it is divided into two parts, the first dedicated to the preliminary examination of the fundamental characteristics and contradictions of conventional criminal law; and the second to the study of contemporary restorative propositions that foreshadow better expectations of a prudent connection between the control of the criminal phenomenon and the reality of social injustices and community interests. The elements of classical criminal thought were revisited, historically marked by moral disapproval and expiatory sense, consistent with thinking about the Modern State between the 12th and 18th centuries (although combined with the scientific theories of Criminological Positivism from the 19th century onwards). Durkheim's sociological criticism and developed by neo-Marxism were also recalled, to highlight the hidden meaning inherent to the political economy of punishments (in Foucault's expression), with support from concepts such as Becker's labeling approach and Fricker's epistemic injustice. Renouncing the unsustainable project of Abolitionism, however, we touch the limits of Minimalism and Penal Guaranteeism (in the wake of Ferrajoli). In the second part of this study, the alternative path to restorative practices was examined, starting from its theoretical bases and historical precedents. Its principles were listed, both based on thinking in line with Howard Zehr's pioneering doctrine - and based on the standardization that was established in the context of the Brazilian legal scene. Its epistemological support was also outlined. In time, the most common types of restorative practices were ventilated and connected to various mechanisms of Brazilian positive law in force, avoiding the trauma of the complete rupture of criminal legality. Finally, the last chapter highlights some of the risks related to the topic. Although it does not present itself as a finished project to overcome the traditional penal system, restorative practices can be introduced with advantage to reestablish the connection between the criminal phenomenon and its social, collective context, at least curbing the corresponding punitive spiral.

Keywords: *Criminal Law; Criminology; Modern criminal rationality; Restorative justice; Restorative practices.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
------------------------	-----------

Parte I

O sistema punitivo no umbral do estado democrático de direito.....	15
---	-----------

1 Noções fundamentais sobre a construção da racionalidade penal moderna.....	16
---	-----------

1.1 O crime como pecado na Escola Clássica.....	20
---	----

1.2 O crime como anomalia biopsíquica sob o Positivismo Criminológico.....	25
--	----

1.3 O isolamento do indivíduo ante a redução do fenômeno delituoso.....	29
---	----

2 O contraponto da crítica sociológica.....	35
--	-----------

2.1 O abolicionismo neomarxista.....	38
--------------------------------------	----

2.2 <i>Labelling approach</i> e o mito da igualdade judiciária.....	44
---	----

2.3 Minimalismo e garantismo penal nas democracias constitucionais.....	49
---	----

Parte II

Justiça restaurativa como abertura comunitária ao sistema punitivo convencional.....	56
---	-----------

3 O que é justiça restaurativa e para que serve.....	57
---	-----------

3.1 Antecedentes e contextualização normativa.....	63
--	----

3.2 Princípios fundamentais restaurativos.....	70
--	----

3.3 O problema do método e dos distintos paradigmas epistemológicos.....	79
--	----

4 Práticas restaurativas e vias normativas à participação comunitária.....	87
---	-----------

4.1 Modalidades de práticas restaurativas.....	88
--	----

4.1.1 Conferência vítima-ofensor.....	89
---------------------------------------	----

4.1.2 Mediação e conciliação.....	92
-----------------------------------	----

4.1.3 Conferência de grupo familiar.....	94
--	----

4.1.4 Conferência comunitária e círculos de sentença.....	95
---	----

4.2 Cláusulas abertas à participação comunitária em acordos penais.....	98
---	----

4.2.1 Composição civil.....	99
-----------------------------	----

4.2.2	Transação Penal.....	101
4.2.3	Suspensão condicional do processo.....	102
4.2.4	Acordo de Não Persecução Penal.....	103
4.3	Esclarecimento e conscientização dos membros de conselhos populares.....	105
4.3.1	Conselho da comunidade.....	105
4.3.2	Conselho de segurança.....	106
4.3.3	Conselho penitenciário.....	108
4.4	Providências concomitantes à persecução penal.....	108
4.4.1	Requisição de serviços em matéria de violência doméstica.....	109
4.4.2	Priorização de medidas ressocializadoras para a igualdade racial.....	111
4.4.3	Teoria da coculpabilidade da sociedade organizada.....	113
4.4.4	Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC.....	115
5	Breve crítica aos riscos das práticas restaurativas comunitárias.....	117
5.1	Mistificação e colonização das práticas indígenas.....	118
5.2	Riscos à privacidade pelo escrutínio comunitário de dados pessoais.....	121
5.3	Estímulo à repressão sobre comportamentos antes indiferentes ao sistema penal.....	123
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
	REFERÊNCIAS.....	132
	LEGISLAÇÃO E ATOS INSTITUCIONAIS.....	142

INTRODUÇÃO

O tema da Justiça Restaurativa avançou tremendamente nas últimas décadas e já se diz que é impossível desconsiderá-lo, ante sua grande presença no cenário internacional.¹ O texto que se tem em mãos é resultado de reflexões em torno da imperiosidade de revisão da prática judiciária penal brasileira para *atenção à perspectiva comunitária do fenômeno delituoso*, com apoio no ordenamento jurídico em vigor, de modo a refrear os mecanismos de isolamento do indivíduo em conflito com a norma que são característicos do sistema punitivo convencional.

Dividido em duas partes, o estudo tem como um primeiro objetivo geral examinar - senão de modo completamente manifesto e integral, ao menos de forma direta e de leitura o mais palatável possível - as características e contradições fundamentais da racionalidade penal moderna, seguindo-se como objetivo geral conseguinte identificar as principais proposições restaurativas contemporâneas e as oportunidades que prenunciam melhores expectativas de conexão prudente da atividade de controle do fenômeno delituoso com a realidade das injustiças sociais e interesses concretos da comunidade. Os objetivos específicos daí decorrentes apontam a perscrutar os contornos básicos do sistema punitiva tradicional e contemplar o meio pelo qual obscurecem a perspectiva coletiva do fenômeno delituoso, reduzindo-o ao campo da responsabilidade exclusiva de cada indivíduo. Em corolário a esses objetivos específicos, apresentam-se também outros que deles decorrem, correspondentes a revisitar o histórico e o sentido das práticas restaurativas segundo a doutrina e os atos promoção normativa já produzidos no contexto convencional internacional e no Brasil, para logo adiante esquadriñar as diferentes oportunidades do direito brasileiro para sua utilização como mecanismo de reconexão do controle social com sua perspectiva social, coletiva, com o menor trauma possível sobre a legalidade imanente.

Bem assim, em sua primeira parte, voltamos nossa atenção à configuração do pensamento penal clássico, historicamente marcado por alta carga de fundamentação moral e sentido expiatório, encontrando na pessoa em conflito com a lei essencialmente um “pecador” merecedor da reprovação pública por meio da imposição necessária da pena aflitiva. Ainda que o pensamento iluminista do século XVIII tenha propugnado por uma nova fundamentação racional (contratualista e na sequência jurídica autorreferencial) do exercício do poder

¹ O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD -, o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF - e a ONU Mulheres, ainda em 2012, já estimavam que a maioria dos seus Estados-Membros tinha 70% de todas as disputas resolvidas por meio de práticas de justiça informal (Gavrielides, 2019b, p. 23).

punitivo, a racionalidade penal moderna assume ela própria ares dogmáticos que depositam sobre a pena aflitiva carga altamente simbólica e desconectada com a realidade social. Como um ato de fé sobre a justiça e necessidade do castigo, que custa a ser “dessacralizado”, encerra as possibilidades do diálogo social sobre o fenômeno delituoso e flerta de modo useiro e vezeiro com tendências autoritárias.

É notável o quanto da ficção contratualista dos teóricos do Estado Moderno se transmudou à legitimidade última da intervenção punitiva enquanto produto de exercício racional abstrato. A imputação moral clássica, residente sobre a presunção pictórica do completo livre arbítrio e da igualdade de todos perante o Estado e o direito, opera, nesse sentido, uma redução do fenômeno delituoso à esfera de responsabilidade exclusivamente *individual* da pessoa em conflito com a lei.

Ainda que os clássicos tivessem como mérito o estabelecimento de limites legais e de proporcionalidade à carga punitiva, impressionados que estavam com as arbitrariedades do poder despótico dos príncipes, a racionalidade penal moderna não é neutra e generaliza valores hegemônicos em detrimento das contradições e das necessidades da vida real. Despreza, de modo geral, os processos sociais de criminalização e presume o interesse público na punição aflitiva do ofensor para intimidação, pessoal ou coletiva.

Em um segundo tempo ainda contido na primeira parte do texto, o leitor será lembrado sobre a crise da Metafísica e as novas descobertas baseadas no conhecimento empírico do século XIX, à medida que novas disciplinas como a Biologia e a Psicologia examinaram fatores determinantes do comportamento social. Superando-se a pura e simples afirmação abstrata do livre arbítrio, geraram-se perspectivas etiológicas ao estudo do delito que por si só poriam em dúvida a coerência e validade científica das asserções dos clássicos.

Salientaremos, entretanto, como a perspectiva de pesquisadores afetos ao chamado Positivismo Criminológico implicaria novas contradições no controle do fenômeno delituoso a partir da relativização de garantias inerentes à disciplina legal rígida dos clássicos, sem romper, porém, aspectos centrais da racionalidade penal moderna. Entre as características marcantes do pensamento positivista, manter-se-ia especialmente o foco sobre a pessoa do *indivíduo* frente ao Estado e o desprezo sobre necessidades concretas da comunidade.

No terceiro ponto da primeira parte, noticiaremos os movimentos de Criminologia Crítica que resultaram da consciência da funcionalidade do delito para coesão social e desvendaram o sentido simbólico de controle de categorias debilitadas na distribuição das potências políticas e econômicas. Esse novo contexto crítico inaugurado com Durkheim e que se desenvolveu especialmente a partir de autores de abordagem neomarxista, constitui o mote

e bússola que orienta todo este estudo – filiado à consciência do sentido prático e transformador das teorias sociais e do Direito em si.

Desse modo recordaremos as críticas inerentes à *labelling approach* de Becker e à injustiça epistêmica de Fricker, que demonstram bem no plano teórico o fato instintivamente já conhecido dos agentes judiciários, no sentido de que a Justiça – apreciada no contexto das relações sociais concretas - não é cega ou, se o é, usa de costume vibrar sua espada com mais força contra os corpos que encontra desprovidos de armadura (para assim usar uma figura de linguagem que nos parece apropriada ao sentido ficcional do pensamento penal clássico). Refletiremos, então, sobre o apelo do Abolicionismo próprio daqueles que *diriam à Thémis em guerra que simplesmente pare (!) e tangenciaremos a proposta intermediária do Minimalismo Penal, para simples redução do alcance e intensidade das respostas penais (no que se insere a teoria restritiva do garantismo penal de Ferrajoli).*

Como já se disse, a segunda parte deste estudo é dedicada mais propriamente à via alternativa das práticas restaurativas. Em meio ao crescimento do interesse internacional pelos meios consensuais de conflitos e substitutivos à tradicional pena de prisão, a chamada justiça *restaurativa* se contrapõe à justiça *retributiva* precisamente como instrumento que colabora para a relativização do foco exagerado sobre a pessoa *individualizada* do ofensor e à exigibilidade da imposição de pena aflitiva. Pautada sobre a experiência de comunidades tradicionais, práticas restaurativas têm sido desenvolvidas e teorizadas com interesse crescente sempre de modo a promover o recondicionamento dos vínculos sociais, enfatizando a um só tempo o *empoderamento da vítima e do próprio ofensor*, com a consideração de interesses múltiplos de grupos familiares e comunitários que também resultam vulnerados pelo fenômeno delituoso.

Na leitura dessa segunda parte do texto, aliás, encontrar-se-ão indicações que se pretendem sejam elucidativas sobre suas origens e princípios norteadores, com o exame imprescindível de sua coerência epistemológica. Se bem que a mudança de paradigmas não ocorre de modo sempre conclusivo e linear, transparece no caso investigado como uma tendência *imparável*, à medida que o esgotamento da resposta clássica não atende mais à necessidade de coesão social em um mundo cada mais exigente de pluralismo e politização dos instrumentos jurídicos. Soluções alternativas são imprescindíveis, ao tempo em que o crescimento circular da lógica punitiva já não sustenta a si mesmo e resulta consenso sobre a imprescindibilidade de – ao menos - refreá-lo.

As modalidades mais comuns de práticas restaurativas também serão ventiladas e conectadas aos mecanismos do direito positivo brasileiro em vigor que admitiriam o seu

desenvolvimento sem o trauma do rompimento completo da Legalidade penal. Isso permitiria conciliar as preocupações dos adeptos do Garantismo Penal com o estímulo à autocomposição restaurativa alternativa. De todo modo, a plena adequação de instrumentos judiciais formais para a promoção de práticas restaurativas (em sua essência devotadas ao informalismo) é com certeza um ponto ainda em aberto que continuará sendo objeto de debate constante, por tempo imprevisível e talvez enquanto durar o próprio sistema penal, em razão dos riscos que envolve.

Assim, precisamente porque não se trata de soluções acabadas, procuramos também enfatizar algumas das preocupações mais destacadas sobre o eventual uso açodado de práticas alternativas ao sistema penal convencional. O último capítulo da segunda parte do texto sinalizará três desses perigos: *a uma*, o que a justiça restaurativa possa representar aos povos tradicionais, *a duas*, os riscos à preservação da intimidade dos envolvidos e, *a três*, as chances de que a relativização de garantias penais clássicas termine por estimular o crescimento do controle social punitivo para alcançar condutas hoje meramente indiferentes penais.

A respeito de aspectos *técnicos* do estudo, consigna-se que o método observado para sua produção correspondeu ao hipotético-dedutivo, de natureza eminentemente teórico-propositiva, amparado pela concatenação de bibliografia e legislação de interesse. Pela natureza do objeto e por razões que deverão ser mais bem assinaladas por ocasião do exame da fundamentação metodológica das próprias práticas restaurativas, não houve inclusão de dados de pesquisa empírica, embora tenham-se aproveitado *cum grano salis* dados estatísticos mais propriamente *informativos* que explicativos (ver-se-á).

As considerações estão alinhadas aos estudos realizados pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Paraná – UENP – sob a Área de Concentração intitulada Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, com Linha de Pesquisa - Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Por meio da análise de suas fontes, perceber-se-á facilmente a adoção do referencial teórico próprio às teorias críticas do sistema penal, ou o que mais propriamente se intitula como Criminologia Crítica, na esteira das lições consolidadas em diferentes textos publicados pela Professora Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides e das produções bibliográficas de outros notáveis docentes que de algum modo colaboraram para o amadurecimento das ideias aqui demonstradas, já referenciados por ocasião dos agradecimentos acima dispostos.

Importa consignar que, especialmente na primeira parte do texto, foram desenvolvidos e/ou sumarizados – conforme a pertinência – alguns assuntos dos quais já tivemos oportunidades de nos ocupar em ocasiões precedentes, na edição de nosso livro

Poder Punitivo e Defesa Social (Assumpção, 2020) e nosso mais recente *Reflexões sobre uma nova hermenêutica constitucional*, esta última uma obra coletiva em que tivemos a grande felicidade de participar como coautor de dois capítulos e coorganizador dos trabalhos de autores talentosos ao lado da estimada amiga Professora Mestre Patrícia Gasparro Sevilha Greco (Greco; Assumpção, 2022).

Por fim, como não poderia deixar de ser, enfatiza-se que o convite à leitura deste texto é um convite ao diálogo. Já se ressaltou acima (e voltará a ser objeto de admissão) que *a justiça restaurativa envolve riscos, i.e. não é perfeita* e não se pretende livre de erros. Por isso mesmo, nenhuma ponderação aqui documentada é esperada como imune à crítica. Sabe-se que a preservação de qualidade do diálogo acadêmico – principalmente em ciências sociais – ilumina a necessidade de manter sempre vivo o debate das ideias e, se por um instante temos o bastão da fala², é inexorável que logo o passamos adiante.

² O *objeto de fala* é um instrumental simbólico empregado em conferências restaurativas em modalidade circular, passado a cada interlocutor de modo pausado e voluntário, para diminuição salutar do ritmo do discurso e estímulo da escuta ativa e da reflexão no exercício do diálogo, favorecendo a compreensão entre os participantes (assunto de item específico do Capítulo 4).

PARTE I

**O SISTEMA PUNITIVO NO UMBRAL DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

O antecedente histórico imediato à composição da racionalidade penal que experienciamos ainda nos dias de hoje corresponde ao estabelecimento europeu do Estado Moderno em superação aos principados da Idade Média. Com a concentração de poderes sobre a figura do Príncipe, os atos desviantes haviam sido outrora reconhecidos como ofensa direta à ordem estabelecida pelo Soberano, que assumira a posição de principal interessado na retaliação intimidatória contra os seus desafiantes. Para Michel Foucault, “O direito de punir seria, então, um aspecto do direito do Soberano de fazer guerra contra seus inimigos [...]”³ e ⁴.

A ênfase na afirmação de garantias legais em contraposição às arbitrariedades do poder monárquico acompanhou a transferência das forças hegemônicas da nobreza feudal para as potências capitalistas, conforme o desenvolvimento de modo geral lento e intermitente (marcado por alguns eventos de caráter mais propriamente revolucionário) do Estado em sua concepção moderna. Esse trânsito foi pautado pela revisão de noções fundamentais de Soberania nacional e afirmação da supremacia do direito positivo sobre bases racionais, com grande ênfase sobre a atividade do Poder Legislativo.

Conforme Sérgio Adorno, a partir das lições foucaultianas extraem-se sinteticamente quatro momentos da transição que se iniciou ainda no século XII e se consolidou no século XVIII: *primeiro*, houve uma progressiva expropriação do direito dos indivíduos sobre a resolução de conflitos, a partir do estabelecimento de uma força externa que os superasse e reclamasse para si a legitimidade exclusiva para tanto; *segundo*, desenvolveu-se a figura do procurador, enquanto representante do Soberano, encarregado da persecução correspondente; *terceiro*, a infração assume contornos novos, não se identificando mais como ofensa à autoridade soberana (v.g. referindo-se à figura pessoalizada), mas como “fratura nas relações entre o indivíduo e sociedade” (i.e. nos termos definidos pela norma); e, *por último*, a punição

³ Tradução livre do original: “*Le droit de punir sera donc comme un aspect do droit que le souverain détient de fair la guerre à ses enemis [...]*” (Foucault, 1975, p. 59).

⁴ “[...] É assim que, sob o Antigo Direito, os criminalistas se compraziam em repetir que a vingança era interdita aos homens, não podendo ser exercida senão pelo Rei ou por seus oficiais. Na própria Inglaterra, no período compreendido entre o século XII e o Século XVI, quando se constitui historicamente a ‘Common Law’, a noção de justiça penal se reveste de uma importância singular e se traduz ostensivamente pelos deslocamentos dos juizes itinerantes, representantes do Rei ou da Curia Regis; e, durante todo esse período, se desenvolve já a idéia de paz do Rei, a King’s peace. Em todo o ‘direito comum’ da Europa continental, ao se superar o Feudalismo, afirma-se uma concepção análoga, que conduz finalmente a uma repressão implacável do atentado perpetrado contra a ordem estabelecida pelo Soberano e à aparição de penas e suplícios próprios a ‘aterrorizar os criminosos’. A justiça é então uma obra de ‘política’, na acepção exata da palavra.” (Ancel, 1979, p. 226-227).

penal se consolidou a partir da transição da noção de culpa desde o campo da moralidade religiosa para a moralidade secular, jurídica (Adorno, 1999, p. 132)⁵.

Nessa época, o pragmatismo moral dos príncipes feudais foi evidenciado ilustrativamente pelo famoso opúsculo *Il principe*, apresentado originalmente em 1513 pelo italiano Niccolò Machiavelli (1469-1527), que pôs de público sem pudores as técnicas de dominação violenta que o príncipe deveria aplicar para manter-se pessoalmente na posição de mando. Esses imperativos eram pouco relacionados às aspirações superiores do ideal de justiça e mais dirigidos à preservação de *sua ordem* no espaço de seu reinado. Com Machiavelli, a concepção específica de *virtù* se distancia da noção antiga grega. Os valores de bondade e piedade, por exemplo, somente deveriam ser observados se fossem convenientes para obtenção da obediência popular. Nesse quesito, aliás, melhor seria que o monarca fosse temido por sua crueldade, desnudando-se o uso arbitrário da violência. Diria ele que um príncipe não deveria se preocupar com a infâmia de ser cruel e ponderava: “Uma disputa surge disso: se é melhor ser amado do que temido, ou se é o inverso. A resposta é que seria apazível ser ambos; mas porque é difícil reuni-los, é muito mais seguro ser temido do que amado, quando um dos dois falta.”⁶.

A exposição da hipocrisia violenta absolutista caiu como uma luva para o novo arranjo de forças que avançava na Europa, com a ascensão da burguesia no contexto de uma nova economia mercantil, motivando um interesse crescente por novas teorias fundamentadoras do Estado e do Direito que encampassem ideais superiores de justiça e os vinculassem à posição igualitária dos cidadãos e a limites peremptórios contra os excessos da violência política. A preferência aos nobres é descartada nesse novo cenário e a conformação da sociedade resulta explicada (em sentido real ou figurado, conforme o autor) por meio da invocação do *pacto social* de todos para bem viver sob o império racional do direito, ao qual o próprio Soberano deveria respeitar⁷.

⁵Um dos exemplos demonstrativos de quão antiga é a busca pela contenção da arbitrariedade monárquica corresponde à vetusta instituição da garantia do Tribunal do Júri pelo Rei João Sem Terra, em 1215, por sua famosa *Magna Charta Libertatum*, que admitia (por sua liberalidade) o julgamento dos homens livres por um conselho de pares ou conforme a lei do país (ao lado de garantias de ordem tributária e econômica, como convém frisar) (Pound, 1965, p. 45).

⁶Tradução livre do italiano: “[...] *Nasce da questo una disputa: s’elli è meglio essere amato che temuto, o e converso. Rispondesi che si vorrebbe essere l’uno e l’altro; ma perché elli è difficile accozzarli insieme, è molto più sicuro essere temuto che amato, quando si abbia a mancare dell’uno de’ dua.*” (Machiavelli, 1961, p. 60-61).

⁷“Não se trata mais, no caso, de lutar contra o crime, marginalizando o criminoso, mas, ao contrário, submetendo-o a uma lei que determina a um tempo a infração cometida e a sanção aplicável. Passa-se do domínio da política discricionária ao da regulamentação legal. Essa concepção se manifesta com toda sua força no final do século XVIII com o movimento filosófico e com os esforços empreendidos em favor da legalidade dos delitos e das penas [...] (Ancel, 1979, p. 227-228).

A afirmação da racionalidade penal moderna, de consequência, está envolta em seu momento originário de modo inextricável pela fundamentação contratualista do Estado Moderno a partir de estudos de filósofos como Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel von Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704), do Barão de Montesquieu (1689-1755) e de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), entre outros.⁸

A partir desses estudos, o apego às garantias oriundas do pensamento racional e assentadas pela produção legislativa do Estado constituiria de modo mais acelerado o fundamento básico das características da chamada Escola Clássica do Direito Penal. Seu ideário se fez altamente afiliado à *legalidade* estatal e inspirada por critérios *absolutos* de justiça desde um ponto de vista abstrato de moralidade e utilidade social por intimidação (individual e coletiva)⁹.

Mais próximo do tempo presente, a busca pela racionalidade do sistema punitivo - e de todo o direito - seria também revisitada (e refundada) exclusivamente sobre o pensamento racional sem nem mesmo a exigência teórica da invocação do contrato social legitimador, conforme as importantes ideias de Immanuel Kant (1724-1804) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Ressalvando-se que essas proposições serão novamente ventiladas mais adiante, no próximo item, antecipa-se que ao primeiro caberia a sustentação da retribuição moral por imperativo categórico e ao segundo a exigência de recomposição do ordenamento pelo caráter inexorável da sanção ao infrator. Ainda que o neokantismo e posições hegelianas sejam novamente inspiradoras de correções ao texto normativo, reside aí um aspecto importante da consolidação da racionalidade penal moderna que ainda observamos de modo tão renitente¹⁰.

Sem prejuízo de seus propósitos declarados de garantia contra os abusos violentos dos déspotas absolutistas, porém, a racionalidade penal inerente que resultou da transição do

⁸Para nem todos os autores o estado natural e o contrato social assumiram o mesmo significado e extensão. Assim, se para Hobbes presumia-se que os cidadãos entregavam toda sua soberania ao Estado para que os pudesse proteger mesmo com direito de morte, Spinoza reforçava a existência de liberdades mínimas inalienáveis de cada pessoa e que iriam compor o conteúdo mínimo de direito racionalmente fundado segundo a utilidade social do Estado (Assumpção, 2020, p. 30-33).

⁹ Para boa definição do conceito, assinala-se que, conforme o criminólogo Álvaro Pires, o termo *racionalidade penal* comporta dois sentidos: um primeiro teórico e formal, sistema de pensamento próprio da justiça criminal em distinção a outros sistemas; e um sentido empírico e descritivo, inerente à forma concreta de racionalidade moderna, de que ora se trata (Pires, 2004, p. 40-41).

¹⁰ Neste ponto vale anotar que todas as variações do pensamento racional moderno partilham elementos de Direito Natural, mas partem de bases fundamentais que as distinguem de seus primórdios antigos. Antônio Braz Teixeira classifica as concepções jusnaturalistas, fundamentalmente, em: (a) essencialista ou substancialista - que se subdivide em cosmológica, teológica e antropológica ou racional; (b) formalista; e (c) existencialista (Teixeira, 2006, p. 191). Se, por um lado, a Antiguidade encontrava o fundamento do Direito Natural na ordem dos Cosmos ou na vontade dos Deuses, as novas proposições iluministas enfatizaram sua base antropológica racional e, com Kant, inaugurou-se uma proposição formalista, embora ainda característica do jusnaturalismo. Sobre o tema: (Assumpção; Delvechio, 2022, p. 16).

regime feudal ao novo contexto da exploração mercantil capitalista naturalmente cristalizou no texto legal os valores que são mais caros às novas forças hegemônicas. Esses valores foram fortemente encampados por meio da ênfase ao direito natural, agora fundado sob o pensamento ilustrado do período moderno¹¹.

A nova ordem jurídico-penal resultaria legitimada, de consequência, na afirmação da racionalidade superior que lhe emprestaria base motivadora sobre a única resposta justa e necessária ao fenômeno delituoso (v.g. única racionalidade admitida). Por um lado, a afirmação dessa racionalidade enfatizava a liberdade de cada indivíduo ao assumir o pressuposto da igualdade de todos e da reprovabilidade da vontade livre pontualmente dirigida a fazer o que é errado. Conecta-se o livre arbítrio ao merecimento da pena, limitada está à gravidade da ofensa na forma prevista pelo Legislador, mas tudo segundo o ideal abstrato de justiça.

Entre as principais consequências da abstração da afirmação de liberdade e da justiça da pena que são inerentes ao ideário do pensamento legalista do sistema retributivo, um dos mais notáveis é o *isolamento do indivíduo* em conflito com a norma. A própria presunção do pacto social assim o determina, na medida em que agir contra o direito implicaria romper individualmente contra a agremiação. Desde esse ponto de vista, quem se afasta da comunidade se exclui voluntariamente e convoca para si o merecimento de castigo para preservação do respeito ao pacto que protege a vida social. Fecham-se os olhos, porém, à realidade concreta das diferenças sociais e à artificialidade das bases político-econômicas que fundamentaram a afirmação de tais ou quais valores encampados pelo direito positivo, não propriamente com amparo no Direito Natural fundado racionalmente, mas pela conveniência política das novas classes hegemônicas que deram forma ao Estado e o ocuparam segundo a racionalidade penal em sua concepção moderna.

Vejamos mais sobre como isso se desenvolveu e pôde sobreviver nos dias de hoje mesmo depois dos aportes científicos do Positivismo Criminológico do século XIX adiante.

¹¹ Sobre a forma quase *mágica* como as proposições do pensamento normativista produzem legitimação ao novo *establishment*: Nova Monreal, 1997, p. 69.

1.1 O crime como pecado na Escola Clássica

A despeito de ver-se instituída a afirmação racional do pacto social (hipotético ou imaginado como um antecedente real da agremiação humana), as formulações do sistema punitivo retributivo se pautam em sua formulação original por uma grande carga de reprovação moral individualizadora.

O ponto é bem demonstrado no pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679), autor de *Leviathan or The matter, form, and power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, do ano 1651, possivelmente o mais lembrado dos filósofos do Estado Moderno entre os nomes antes referidos. Conforme sua lição, indivíduos livres entregariam toda sua própria soberania ao governante para que pudesse protegê-los enquanto fosse possível dos perigos da convivência fora do Estado. A liberdade individual pensada por Hobbes era essencialmente aquela em sentido físico, de ver-se assegurado contra ataques inerentes ao estado de guerra de todos contra todos. Atento à gravidade do atentado contra essa organização protetora, a ofensa à lei instituída pelo Estado para garantir a convivência harmoniosa dos indivíduos era ainda identificada com uma grande carga de reprovação moral, não mais fundada diretamente na vontade divina, mas certamente equiparada a algum tipo de *pecado*, de modo que o autor do delito seria reconhecido antes de tudo como um *pecador*, embora nem todo pecado fosse sancionado pela lei. Subsistia uma relação entre as noções originárias de reprovação ao delito e moral religiosa no direito penal clássico característico do Estado moderno. Hobbes explicava precisamente assim a relação entre crime e pecado: “Um crime é um pecado que consiste no cometimento (por ação ou palavra) do que a lei proíbe, ou na omissão do que ela ordenou. Então, todo crime é pecado; mas nem todo pecado é um crime. [...]”¹².

Como tal, o pecador seria *merecedor* de justo castigo por meio da pena legitimamente aplicada pelo Estado, cuja incidência seria de toda forma necessária à preservação da sociedade. Embora se enfatizasse o sentido moralizador da incriminação, destacava-se o aspecto laico da punição criminal, cuja *execução* seria moldada não à expiação religiosa da culpa do pecado, mas atenderia à necessidade racional de bem dispor os indivíduos à obediência da lei. Diria que: “A PUNIÇÃO é um mal infligido pela autoridade pública àquele que fez ou omitiu o que é julgado pela mesma autoridade como uma

¹² Tradução livre do original: “A Crime is a sin consisting in the committing (by deed or word) of that which the law forbiddeth, or the omission of what it hath commanded. So that every crime is a sin; but not every sin a crime. [...]” (Hobbes, 1994, p. 190-191).

transgressão da lei, a fim de que a vontade dos homens possa assim ser melhor disposta à obediência.”¹³.

Claro que a invocação de critérios de justiça e necessidade tinha um sentido relevantíssimo à época, porque representava uma proposta limitadora do poder arbitrário dos príncipes na refundação das estruturas políticas sob o palio do Estado Moderno então nascente. Ao público, aliás, se diz que essas ideias fizeram muito sucesso com ênfase no famoso livreto de Cesare Bonesana Beccaria (1738-1794), *Dei delitti e delle pene* (1764), que propôs reformas restritivas ao exercício do poder punitivo dos monarcas absolutistas ressaltando, precisamente, a necessária proporcionalidade das penas em decorrência de correspondência de justiça entre o agravo praticado e o mal infligido em punição, ao mesmo tempo em que se tornou famosa sua defesa da abolição à penda de morte (pela contrariedade que gera no desestímulo de crimes muito graves) e a imperiosidade da sanção a cada delito. Dizia que “A certeza de um castigo, ainda que moderado, fará sempre uma impressão maior que o temor de um outro mais terrível unido à esperança da impunidade”¹⁴.

Antecipava de modo sucinto, nesse ponto em especial, um aspecto importante da racionalidade jurídica que seguiria até os dias de hoje como elemento fundamental da racionalidade penal moderna. É que, com Immanuel Kant (1724-1804), autor de *Kritik der reinen Vernunft* (A Crítica da Razão Pura) (1781) e *Kritik der praktischen Vernunft* (Crítica da Razão Prática) (1788), o direito foi teoricamente refundado sobre categorias absolutas do pensamento, que não são afetadas pela experiência. Em sua Crítica da razão pura, assinalou a distinção entre leis morais e leis jurídicas, mas o fez a partir de aspectos formais, de modo que a moral para Kant se sustentasse por si mesma, de modo autônomo, *sem necessidade de outra fonte legitimadora*, o que implica assumir que o direito se impõe aos indivíduos por sua própria capacidade racional. Deduz daí a afirmação do livre arbítrio humano, à medida que o ser humano seria livre para raciocinar sobre o justo de modo (presumivelmente) independente dos estímulos do mundo sensível:

O conceito de liberdade é o único que nos permite não sair fora de nós mesmos para encontrar o incondicionado e inteligível para o condicionado e sensível. Pois é nossa própria razão quem, graças à suprema e incondicionada lei, se reconhece como o ser que cobra consciência de dita lei (nossa própria pessoa) em quanto pertence ao

13 Da mesma forma, a partir do original: “A PUNISHMENT is an evil inflicted by public authority on him that hath done or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law, to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience.” (Ibidem, p. 203, com destaque no próprio original).

14 Tradução livre do texto original: “La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell’impunità [...]” (Beccaria, 1973, p. 66).

mundo do entendimento puro e, certamente, até com a determinação do modo como pode ser ativo em quanto tal¹⁵.

Bem assim, acessível pelo exercício livre do pensamento que a todos se depreende como viável, não resulta necessária outra fundamentação à lei moral, nem ao direito, cuja obediência se impõe à consciência de todos de modo absoluto. Segundo a compreensão kantiana, a natureza humana não é acessível ao conhecimento (daí porque se afasta das proposições essencialistas do Direito Natural), mas cabe a cada indivíduo alcançar pela razão o *dever ser* sob a máxima generalidade, atendendo à proposta *age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza* (Teixeira, 2006, p. 216 e seguintes).

Fundada em si mesma e dotada de universalidade, a legitimação do direito pela consciência vem amparar a pretensão iniciada com os filósofos do Estado Moderno e tem o mérito de realçar a posição formalmente *igualitária* de todos os indivíduos frente ao direito, uma vez que são todos dotados da mesma liberdade racional que lhes permitiria distinguir o justo e escolher entre as opções apresentadas.

O perigo, no entanto, de esvaziamento de sentido concreto da norma jurídica que decorre da fundamentação racional kantiana chama a atenção de Giorgio Agamben, que correlaciona a exigência de respeito à norma por sua mera formalidade como fator de distanciamento entre o direito e a vida real. A legitimação do direito assim estabelecida de modo abstrato amaina o fôlego por sua realização material. Referindo-se ao exemplo dos contos kafkianos *Diante da lei* e *O Processo*, pondera que uma norma legitimada desse modo em si mesma resulta ao final descompromissada com a realidade e introduz uma relação paradoxal em que *ao mesmo tempo inclui, como também exclui*, os interesses que por ela caberia proteger¹⁶.

15 Tradução livre da publicação em idioma espanhol: “*El concepto de libertad es lo único que nos permite no salir fuera de nosotros para encontrar lo incondicionado e inteligible para lo condicionado e sensible. Pues es nuestra propia razón quien, gracias a la suprema e incondicionada ley, se reconoce como el ser que cobra conciencia de dicha ley (nuestra propia persona) en cuanto pertenece al mundo del entendimiento puro y, ciertamente, hasta con la determinación del modo como puede ser activo en cuanto tal.*” (Kant, 2010, p. 239).

16 No conto “Diante da Lei”, Kafka apresenta o dilema do camponês que busca o foro, mas é convencido pelo porteiro sobre a necessidade de atendimento a certos requisitos, embora na realidade a porta estivesse o tempo todo aberta. “A porta aberta, que se destina apenas a ele, o inclui excluindo-o e o exclui ao incluí-lo. [...] Quando o celebrante, no Processo, resume a existência do tribunal na fórmula: ‘O tribunal não quer nada de ti. Acolhe-te quando chegas, deixa-te partir quando saís’, é a estrutura originária do *nómos* que ele enuncia com estas palavras. [...] É em Kant que a forma pura da lei como ‘força sem sentido’ aparece pela primeira vez na modernidade. O que na Crítica da Razão Prática ele chama de ‘forma simples da lei’ (*die bloß Form des Gesetzes*, Kant I, p. 28) é, de fato, uma lei reduzida ao ponto zero de seu significado e que, no entanto, aplica-se como tal. [...]” Tradução livre do original: “*La porta aperta, che è destinata soltanto a lui, lo include escludendolo e lo esclude includendolo. [...] Quando il prete, nel Processo, compendia l’essenza del tribunale nella formula: ‘Il tribunale non vuole nulla da te. Ti accoglie quando vieni, ti lascia andare, quando te ne vai’, è la struttura originale del nómos che egli enuncia con queste parole. [...] È in Kant che la forma pura della legge come ‘vigenza senza significato’ appare per la prima volta nella modernità. Ciò che nella Critica della ragion pratica egli chiama*

Esse esvaziamento, aliás, aparece aprofundado pelo pensamento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), que conduziria o direito a uma posição ainda mais formalista. Ao mesmo tempo em que conferiria ao objeto da norma ética o *status* de realidade (*Realität*), ele explicava que tal *substância ética* vale por si mesma e independe de qualquer outra consideração fundamentadora (Hegel, 1991, p. 246-247). Apresentaria a natureza retributiva das punições como elemento fundamental de dignidade dos próprios condenados, à medida que se lhes dedicasse a expiação pela escolha de vulneração do direito. “Somente a pena retributiva, frisa Hegel, ‘tem em conta o delinquente em sua dignidade humana’, somente ela lhe outorga seu direito inalienável de ser castigado.”¹⁷.

As características da racionalidade moderna e as propostas de proporcionalidade, legalidade e humanismo fizeram parte da formulação do próprio Estado de Direito e, de consequência, as garantias daí decorrentes em matéria penal inspiradoras do chamado Direito Penal Clássico foram enunciadas em todas as principais cartas de direitos (com menção bastante destacada à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, em 26 de agosto de 1789)¹⁸.

A mesma afirmação de Legalidade estrita que representava uma garantia contra o poder despótico, porém, estabeleceu uma presunção absoluta de justiça e necessidade da pena aflitiva, pautada sobre apreciações abstratas do Legislador que ignoram as *injustiças* da realidade social concreta. Entre as características do Direito Penal clássico que àquele tempo se assentava, Foucault salientava a chamada Regra da Certeza Perfeita (*règle de la certitude parfaite*), pela qual toda projeção de uma hipótese delituosa deveria ser inexoravelmente vinculada à projeção bem definida dos inconvenientes que resultariam da iniciativa vedada.¹⁹

‘semplice forma della legge’ (die bloß Form des Gesetzes, Kant I, p. 28) è, infatti, una legge ridotta al punto zero del suo signifiacto e che, tuttavia, vige come tale. [...]’ (Agamben, 2012a, p. 60-61).

17 No original: “Solo la pena retributiva, subraya Hegel, ‘tiene en cuenta al delincuente en su dignidad humana’, solo ella le otorga su derecho inalienable a ser castigado.” (BLOCH, 1980, p. 125-128) “Mais ainda, a pena não pode nem sequer ser entendida como mera coação, vale dizer, somente como coação e não como expiação; já que como coação a pena cai plenamente sob o conceito ‘de uma mercadoria com a qual se poderia comprar outra coisa, a saber, o delito. Enquanto poder judicial, o Estado mantém um mercado com certas determinabilidades que se chamam delitos e que ele vende contra outras determinabilidades; e o Código Penal é a lista de preços’ [...]” Tradução direta do original: “Mas aún, la pena no puede siquiera ser entendida como mera coacción, es decir, solo como coacción y no como expiación; ya que como coacción la pena cae plenamente bajo el concepto ‘de una mercancía con la que se pudiera comprar otra cosa, a saber, el delito. En tanto que poder judicial, el Estado mantiene un mercado con ciertas determinabilidades que se llaman delitos y que él vende contra otras determinabilidades; y el Código Penal es la lista de precios’.” (Ibidem, p. 125-128).

18 A predeterminação da pena era um dogma fundamental da escola clássica do direito penal, pela qual se definia de antemão e de modo fixo na lei. Por um lado, atendia ao espírito expiatório da norma. Por outra parte, provinha também essa ideologia do sentido político de garantia dos direitos da pessoa contra excessos do Estado, mediante o estabelecimento de penas predeterminadas (Cuello Calón, 1974, p. 51).

19 “É preciso que a ideia de cada crime e as vantagens esperadas sejam associadas à ideia de uma pena específica e as desvantagens que daí decorrem: é preciso que, de um ao outro, o liame seja considerado necessário e que ninguém possa rompê-lo.” Do original: “Il faut qu’à l’idée de chaque crime et des avantages qu’on en attend, soit associée l’idée d’un châtiment déterminé avec les inconvénients précis qui en résultent: il

Desse modo se completa uma mudança fundamental de sentido do *ius puniendi* que até o século XII se via nascido do crime, mas *não impunha dever* ao Estado de punir seu desafianete, traduzindo um *direito-faculdade*, como expressão do princípio medieval da última instância (*ultima ratio*). Já sob a racionalidade penal moderna acabou convertendo-se em princípio *político* (dirigido ao Legislador ordinário), mais que princípio jurídico e não se apresenta como faculdade, mas como impositivo, de exercício estritamente necessário (em sentido semelhante: Pires, 2004, p. 43-44).

No sentido político, esses elementos cumprem acima de tudo um papel *estabilizador*, por meio da proteção a valores hegemônicos, atribuindo à norma assentada no texto legal uma aura de legitimidade capaz de desanimar os impulsos despertados em momentos de convulsão social. Eduardo Novoa Monreal ensina que “[...] ao cristalizar essas ideias nos códigos fundamentais, elas perdem a força pujante que levou ao triunfo da Revolução e se convertem em garantia de uma nova forma de vida, quieta e segura.”²⁰.

Sem bem que hoje se enfatizem os defeitos inerentes às teorias retributivas, suas proposições tiveram grande expressão pela ênfase à liberdade moral do indivíduo em conformar-se à norma e sobretudo pelo amparo de garantias fundamentais penais contra os excessos arbitrários do exercício do poder despótico. Esses princípios inspiraram legislações nacionais ao redor do mundo e o principal jurista vinculado ao pensamento penal clássico foi o italiano Francesco Carrara (1805-1888), que precisamente apoiava a fundamentação afirmadora do delito sobre a imputação moral do fato criminal ao delinquente e a necessidade de sua imposição coativa para preservação da vida em sociedade (Carrara, 2002, p. 31-33 e 84-85). Ilustrativamente, as lições de Carrara foram bastante influentes na redação do intitulado *Codice Zanardelli* - Código Penal italiano de 1889 -, texto normativo seminal que vigorou entre 1890 e 1930 e que consagrou o princípio da Legalidade estrita, mas de modo transversal consagrou também a obrigatoriedade da punição criminal, senão nos casos também estritamente autorizados pela norma (Itália, 1889)²¹.

faut que de l'un à l'autre, le lien soit considéré comme nécessaire et que rien ne puisse le rompre.” (Foucault, 1975, p. 113).

²⁰ No original: “[...] al cristalizar esas ideas en los códigos fundamentales, ellas pierden esa fuerza pujante que llevó al triunfo de la Revolución y se convierten en garantía de una nueva forma de vida, quieta y segura. [...]” (Novoa Monreal, 1997, p. 20-21).

²¹ Conforme os artigos 1º e 29 do Código Zanardelli, ninguém poderia ser punido por um fato que não fosse expressamente previsto como crime pela lei, nem com penas que não fossem estabelecidas por ela. Tampouco as penas poderiam ser aumentadas, nem diminuídas, nem comutadas, exceto nos casos expressamente previstos pela lei. No original: “1. Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite. [...] 29. Le pene non possono essere aumentate, nè diminuite, nè commutate, se non nei casi espressamente determinati dalla legge.” (Italia, 1889).

1.2 O crime como anomalia biopsíquica sob o Positivismo Criminológico

Em meio aos esforços racionalizadores do Estado e do Direito, novas descobertas científicas e o capitalismo industrial europeu avançaram com grande força especialmente a partir do século XIX, impulsionadas por novas descobertas das ciências da natureza.

No cenário inundado pelas novidades da Química e da Biologia, o livro *On the Origin of Species* (1859), de Charles Darwin (1809-1872), revelou uma nova perspectiva sobre o lugar da humanidade no mundo animal, como espécie desenvolvida a partir do fenômeno da evolução natural. Ora, a história natural do ser humano representou um duro golpe à imputação moral das ações humanas, à medida que sugeria que as formas de comportamento humano poderiam ser imanescentes à herança genética, assim como outras características da exterioridade física. Expressões por ele empregadas no campo da biologia passaram a ocupar a mente dos estudiosos do fenômeno delituoso, que projetaram refundar o entendimento sobre o apelo moral pautado na indemonstrável presunção do livre arbítrio.

Ademais das expressões da hereditariedade, o surgimento da Psicologia e da Psicanálise a partir de Sigmund Freud (1856-1939) também se fizeram especialmente relevantes para a crítica à presunção do livre arbítrio e correspondente dúvida sobre a legitimidade racional abstrata da imputação moral do delito e utilidade da pena afluiva.

No livro *Os instintos e seus destinos* (*Triebe und Triebchicksale*, de 1915), supõe que a repressão aos instintos não os elimina, senão que simplesmente intervém em sua relação com a esfera consciente da mente. Seguem no inconsciente de cada pessoa e são capazes de dirigir aspectos de seu comportamento. Notavelmente, não haveria uma fórmula geral que se aplique para todos, porque a maneira como isso se desenvolve é *individual* e, então, não há resposta que se ajuste de modo igual para todas as pessoas. Vale dizer especialmente que Freud, em sua primeira etapa, descrevia a agressividade como um instinto componente do sexual, de natureza reativa e defensiva, não determinada biologicamente, mas já em 1920, mudando de opinião, admitiria o enfoque biológico. Ressaltava que, embora o impulso agressivo tivesse uma base biológica, sua inibição seria realizada durante a infância com a formação do superego ou consciência (García-Pablos de Molina; Gomes, 2008, p. 239).

No campo das ciências sociais, as ponderações metafísicas sobre justiça e moral seguiam então igualmente desqualificadas, uma vez que escapavam ao método empírico e passavam a ser encaradas com desconfiança científica. Explicando as fases da evolução do

conhecimento humano, Auguste Comte (1798-1857) já havia a esse tempo publicado seu *Discours sur l'esprit positif* (1842) explicando sua visão de que o conhecimento metafísico historicamente corresponderia à infância do pensamento metodológico e que o estudo dos fenômenos sociais também deveria na atualidade ser elevado ao nível científico de outros campos do conhecimento humano, por meio do empirismo científico (Comte, 1995, p. 64-65).

À vista das novas ponderações cientificamente fundadas sobre as vinculações biológicas e psíquicas do comportamento humano, seguir afirmando fundamentos legitimadores morais tornou-se potencialmente problemático. Em especial para o Direito, o cientificismo positivista gerou duas consequências notáveis. A primeira delas se deu no plano normativo, que se reproduziu em teorias componentes do chamado Juspositivismo, concentrando-se o estudo e a aplicação do direito a aspectos de teorização abstrata e na leitura exegética do direito positivo.

O pensamento juspositivista encontrou sua figura mais famosa possivelmente na Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*) de Hans Kelsen (1881-1973), que seguia a tendência de recusar valor científico às ponderações de ordem moral e projetava a legitimação de cada norma a partir de sua posição na pirâmide hierárquica do ordenamento, desprovida de qualquer menção necessária ao conteúdo moral que pudesse ser ali encerrado pelo Legislador (Kelsen, 1984, p. 80)²².

Por outro lado, as ponderações biopsíquicas sobre o comportamento humano deram azo à preocupação etiológica sobre o fenômeno delituoso e fizeram surgir o denominado Positivismo Criminológico, preocupado mais propriamente com a identificação das causas que produzem o comportamento delituoso do *indivíduo*, nada questionando sobre os processos de criminalização em si. Nesse segundo viés, ao lado do Juspositivismo no estudo acadêmico do Direito, a Criminologia surge como tentativa de inaugurar o *verdadeiro estudo científico* do delito desde um ponto de vista causal, superando as considerações dogmáticas características do pensamento clássico. Hoje conhecida também como Criminologia *tradicional* (precisamente em oposição às posições críticas que se seguiram e às quais voltaremos mais adiante) o estudo etiológico do fato delituoso permitiu acreditar também na superação das penas aflitivas tradicionais (Muñoz Conde; Hassemer, 1989, p. 55).

²² Kelsen diria que a exigida distinção entre Direito e Moral por si só implicaria que, desde o ponto de vista do conhecimento científico do direito positivo, sua legitimação por meio de uma ordem moral diferente desse mesmo ordenamento jurídico é irrelevante. Na publicação em idioma em espanhol: “*La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante [...]*” (Kelsen, 1982, p. 81).

O mais destacado representante do Positivismo Criminológico foi o médico Cesare Lombroso (1835-1909), autor de *L' Uomo Delinquente: un rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria (causa e rimedi)* (1897), que teve grande impacto em sua época, a partir do esforço de demonstração da abordagem sanitarista e terapêutica para as anomalias da pessoa em conflito com a norma que o tornavam *um indivíduo diferente* daqueles outros cumpridores do comando legal.

Com Lombroso, a própria resposta penal demandava revisão, porque já não faria sentido buscar a precípua retribuição do ato imoral, eis que a prática delituosa decorreria mais certamente de um *defeito da vontade individual*, gerado por anormalidades físicas e psíquicas. A meta lombrosiana será então o *tratamento curativo* ou pelo menos a *neutralização* do indivíduo (se incurável), de modo a prevenir-se quanto ao perigo que seu comportamento desconforme implicaria para a vida social²³.

Em sua obra, notadamente a noção de *atavismo* (reaparecimento de características hereditárias que haviam deixado de se manifestar em sucessivas gerações) foi transplantada de modo ilegítimo (sem demonstração da coerência científica da comparação) para fundamentar o apontamento de tendências criminais inatas entre apenados, já alcançados pelo sistema penal.

Ao contrário do ideal cientificista de época, porém, Lombroso e outros autores categorizados sob o Positivismo Criminológico²⁴ não puderam alcançá-lo, à medida que se apresentaram de modo acrítico em relação aos fenômenos da criminalização dos comportamentos e se entregaram com poucos freios ao preconceito na identificação de tendência criminal de exemplares da população carcerária. Hoje se sabe que a seleção de um universo de pesquisa dessa forma é profundamente falha, porque a população carcerária não representa a totalidade dos autores de infrações à lei penal. Indica *de modo geral* os que não puderam escapar aos processos de seleção punitiva em razão de sua posição especialmente

23 Franco Ferrarotti ensina: “[...] A criminalidade, concebida como um fato determinante ligado a uma imodificável estrutura biopsíquica do indivíduo, tem como corolário inevitável a limitação bem mais severa do direito a castigar ao delinquente por parte da sociedade. [...] O delito devia ser considerado como um fato social no sentido mais amplo do termo, como uma verdadeira e própria ‘enfermidade social’, que encontrava expressões ocasionais no comportamento delinquente de alguns indivíduos atrasados, caracteriologicamente predispostos, geralmente regressivos.” Na edição original: “[...] *La criminalidad, concebida como hecho determinante ligado a una inmodificable estructura biopsíquica del individuo, tiene como corolario inevitable limitación más bien severa del derecho a castigar al delincuente por parte de la sociedad. [...] El delito debía ser considerado como un hecho social en el sentido más amplio del término, como una verdadera y propia ‘enfermedad social’, que encontraba expresiones ocasionales en el comportamiento delincente de algunos individuos tardos, caracteriológicamente predispostos, generalmente regresivos.*” (Ferrarotti, 1975, p. 121).

24 Entre os quais se destacaram Enrico Ferri (1856-1929), Raffaele Garofalo (1851-1934) e Gustave Gabriel Tarde (1843-1904), abordando aspectos biopsíquicos conjugados a dados de sociologia, psicologia e estatística para a identificação de perfis criminosos (aos quais dedicamos atenção mais detalhada em: Assumpção, 2020, p. 76 e seguintes).

desprivilegiada, notadamente os pobres, doentes e – com destaque – as etnias não europeias submetidas à exploração nas colônias, cuja aparência física inconforme com o padrão europeu denunciaria um ser atávico destinado *por essência* ao delito (na visão enviesada da criminologia positivista).

Não resulta difícil compreender que o exame de criminosos condenados desde uma perspectiva lombrosiana confirmaria com gosto doutrinas racistas, já que a população indígena, preta e seus descendentes mestiços eram os frequentadores prováveis das prisões desde o início da colonização europeia branca (Zaffaroni, 1988, p. 145)²⁵.

Um ponto importante a observar, porém, é que o antagonismo das novas proposições positivistas criminológicas não teve força bastante para eliminar características centrais da racionalidade penal moderna. O neokantismo foi a tendência filosófica que permitiu a novos teóricos combinar as preocupações retributivas dos clássicos com as novas explicações etiológicas do comportamento delituoso, segundo a revisitação das ideias de Kant.

Mais que negar a qualidade da análise empírica para o conhecimento geral da realidade, o neokantismo propugnou que fossem destacados os métodos das ciências empíricas e das ciências jurídicas em momentos diferentes, a fim de reafirmar o caráter científico do pensamento abstrato em direito e sua independência do mundo dos fatos (Corts Grau, 1970, p. 143-145).

A conciliação das considerações valorativas sobre a relação entre Direito e Moral ou Direito e Justiça com os rigores científicos reclamados pelos positivistas poderia ter lugar

²⁵ A título de ilustração, em *L'Uomo Delinquente*, Lombroso descreveu com ênfase um episódio em que buscava o exame de um caso criminal e encontrou suas respostas a partir de aspectos físicos que hoje podemos identificar como claramente inconclusivos (*i.e.* o movimento da pupila ou a presença de tatuagem com o desenho de uma prostituta, por exemplo), assim: “O juiz, impressionado com as testemunhas falavam todas da fisionomia sinistra do acusado, e não alheio aos estudos de antropologia criminal, quis me interrogar, enviando-me três fotografias, para que eu pudesse especificar de forma científica o tipo e concluir sobre suas tendências criminais. Deduzi do exame das fotografias que tinha orelhas tortas, maçãs do rosto e maxilares volumosos com um apêndice de lêmure, dois compartimentos da frente, rugas precoces e profundas, um olhar sombrio; globalmente uma fisionomia que se aproxima do tipo penal [...] Também era muito importante que nele fossem encontradas algumas características biológicas que completavam, como eu esperava, o quadro criminal: a pupila pouco móvel, os reflexos tendinosos à direita mais vivos do que à esquerda; o embotamento tátil maior e mais à direita, 5,0, do que à esquerda, 4,0, e 3,5 para a língua: canhoto motor e sensorial: grande tatuagem no peito representando uma mulher e as palavras: Lembro-me de Celina Laura (ela era sua esposa); enquanto em seu braço ele tem o retrato de uma prostituta.” No original: “*Il giudice, impressionato dai testimoni che parlavano tutti della fisionomia sinistra dell'imputato, e non estraneo agli studi di antropologia criminale, mi volle interrogare, spedendomi tre fotografie, se potessi precisarne in forma scientifica il tipo e concludere sulle sue tendenze criminali. Io dall'esame delle fotografie dedussi che vi erano orecchie ad anca, zigomi e mandibole voluminose con appendice lemuriiana, bipartimento del frontale, rughe precoci e profonde, sguardo truce; in complesso una fisionomia che si accosta al tipo criminale; [...] Era importantissimo il fatto, poi, che gli si rinvenne una quantità di caratteri biologici che completavano, come io prevedeva, il quadro criminale: la pupilla poco mobile, i riflessi tendinei a destra più vivaci che a sinistra; l'ottusità tattile grande e più a destra, 5,0, che a sinistra, 4,0, e 3,5 alla lingua: mancinismo motorio e sensorio: largo tatuaggio nel petto rappresentante una donna e le parole: Ricordo Celina Laura (era sua moglie); mentre nel braccio ha il ritratto di una prostituta.*” (Lombroso, 1897, p. 607).

desde que reservados a momentos diferentes de observação do direito e sua aplicação. Em seus aspectos formais, caberiam ponderações de ordem racional abstrata; e a análise das causas próprias da iniciativa delituosa do indivíduo poderiam socorrer-se da análise de fatos das ciências naturais. Configurava-se o dualismo metodológico que daria plena sobrevida desde então e ainda bem vigorante para as proposições de ordem retributiva (sobre o dualismo neokantista: Muñoz Conde, 2007, p. 180)²⁶.

Ensina-se que o jurista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) foi pioneiro na afirmação de persistência da validade da doutrina clássica, desde que as considerações positivistas criminológicas fossem recomendadas a um segundo momento da penalização. Depois, coube a Eberhard Schmidhäuser (1920-2002) estabelecer a chamada Teoria da Diferenciação, combinando elementos da Escola Clássica e proposições do Positivismo Criminológico em diferentes momentos da determinação da pena: *na fase legislativa*, cabe ao Legislador observar a gravidade abstrata do fato para estabelecimento da reprimenda justa e capaz de determinar a intimidação coletiva; *na fase de determinação judicial da pena*, cabe ao Judiciário ajustar o castigo ao caso concreto; e *na fase de execução*, cabe ao sistema penitenciário atender às necessidades especiais do apenado, conhecendo das circunstâncias que lhe viabilizarão a prevenção especial de novos delitos [...].” (Baños; Iorio; Buján, 2006, p. 41).

1.3 O isolamento do indivíduo ante a redução do fenômeno delituoso

No segundo capítulo deste texto, trataremos do contraponto da Sociologia Crítica ao fenômeno delituoso, que revolucionou o estudo da matéria e se apresenta como um novo sentido inequívoco para conformação do sistema de controle penal para a contemporaneidade. Por um momento, porém, reflitamos um pouco mais sobre uma das consequências mais importantes da racionalidade penal moderna, que correspondente à redução do contexto do fato delituoso à iniciativa exclusivamente pessoal de romper com o direito; e correspondente *isolamento do indivíduo* em relação à realidade comunitária do delito.

²⁶ Foucault lecionava que o exame psiquiátrico permite construir um duplo psicológico-ético do delito, porque ao mesmo tempo em que a afirmação da anormalidade mental afasta a incidência da infração como é definida pelo ordenamento, faz transparecer a irregularidade do indivíduo do ponto de vista de outras regras que podem ser fisiológicas, psicológicas, morais etc. (Foucault, 1999, p. 16).

Antes de mais nada, note-se que - a despeito de transitarem por caminhos diferentes - o retributivismo clássico e o positivismo criminológico compartilham elementos fundamentais da racionalidade penal moderna, de modo que a perspectiva etiológica do delito não anulou aquela primeira e seguem firmes em paralelo, como enfoques *complementares* que reforçam a legitimidade da intervenção punitiva tradicional, em franco desenvolvimento à chamada “economia política” das punições, nos moldes de como lecionava Foucault (1975, 15 e seguintes).

Ao estigma do *pecado*, o positivismo criminológico acrescentou o estigma da *anomalia*. Ambos os pontos de vista se fundiram na prática judiciária sob o ajuste dogmático neokantista e focam suas baterias contra um mesmo alvo comum: *sempre o indivíduo* em conflito com a lei penal, que demanda castigo aflitivo para retribuição por sua *aleivosia* ou extraordinário tratamento/neutralização em atenção à sua *loucura* perigosa. “O indivíduo é tratado como disfuncional, como a representação do mal, antes já tratado como o pecado, a maldição, requerendo a tomada de medidas fortes, sanções, penas, ou seja, a existência de uma reprovação física (e moral) para se restabelecer a ordem do corpo social.” (Bonavides, 2020, p. 37).

Nesse sentido, a doutrina nos lembra de pontos importantes da teoria da pena nos sistemas anglo-saxão (*common law*) (a partir da chamada “teoria da denúncia” inerente à declarada função de denúncia pública do fato reprovado); e no sistema de tradição romano-germânica (*civil law*, em que essa denúncia equivale às “teorias de prevenção positiva”), que demonstram a persistência do enfoque retributivo e de defesa social.

A propósito, lembremos com Álvaro Pires que a racionalidade penal moderna implica três assunções fundamentais: 1) a identificação entre crime e pena (consequência da assunção da fórmula de que não há crime sem pena), que induz à ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno; 2) suposição de que, se o crime é um mal, então também a sanção deverá ser um mal; 3) por último, a dificuldade de distanciamento crítico em relação ao fenômeno delituoso assim definido, constituindo-se como obstáculo epistemológico ao conhecimento e à inovação (Pires, 2004, p. 42-43).

Ironicamente, o foco na necessária aplicação de sofrimento se torna propriamente *mais um obstáculo* à solução do conflito. A instalação da relação *adversarial* que objetiva vencer e castigar ao indivíduo em conflito com a lei penal dificulta que ele efetivamente reflita sobre os atos praticados para alcançar o arrependimento que melhor aproveitaria desde uma perspectiva moralizadora do Direito (mais apropriada desde o ponto de vista retributivo,

inclusive). Isso por si só já traduz uma importante contradição inerente à racionalidade penal moderna.

Como denuncia Howard Zehr (2015, p. 79), acuado pela ameaça da resposta violenta, o indivíduo em conflito com a lei penal poderá colocar-se mais relutante em admitir sua culpa, por exemplo; ou pode receber a mensagem subentendida de que a violência é uma forma legítima de resolução de conflitos com a chancela do Estado. Uma tal lição equivaleria à percepção errada de que “Erros devem ser respondidos com outro erro e quem pratica o mal merece vingança. Muitos crimes são cometidos por pessoas que estão ‘punindo’ sua família, vizinhos ou conhecidos”²⁷. Na prática, inculcar a validação da violência como forma padrão de solução de conflitos não deveria ser admissível no campo de um sistema de controle social que declare a intenção pacificadora.

Em meio à promessa inexorável de devolver o mal e à dificuldade oposta para que se observe a totalidade do fenômeno, a racionalidade penal moderna termina pautada, então, pelo *assinalamento do conflito* e sugere a oposição maniqueísta do *nós* contra *eles*, reforçando o isolamento do indivíduo em conflito com a norma em relação ao corpo social. Por isso mesmo, é comum a analogia da *guerra contra o crime*, com a convocação de toda a comunidade para enfrentamento violento de *indivíduos* em desajuste ao pacto social²⁸.

O isolamento da pessoa em conflito com a norma penal, dessarte, é coerente com a teoria mimética como explorada por René Girard, inerente à violência sacrificial centralizada no desejo e na imitação característicos do sacrifício humano em sociedades arcaicas. Por meio desse isolamento do *nós* contra *eles*, renova-se o mecanismo sacrificial mesmo hoje na contemporaneidade e o processo penal facilita a produção de “bodes expiatórios”. A violência ritualizada no sacrifício cumpre simbolicamente um papel de fortalecer os vínculos comunitários, para controlar e neutralizar o ímpeto de agressão sempre presente no grupo em forma de violência latente. Para que isso ocorra, não é nem mesmo necessário que o criminoso seja elevado à praça pública para ser hostilizado pela multidão (embora em sentido simbólico isso possa também ocorrer mesmo nos dias de hoje por meio de reforço midiático). Isso é assim porque o sistema está conformado a essa perspectiva e atua como que de modo

²⁷ No original: “*Wrongs must be repaid by wrong, and those who offend deserve vengeance. Many crimes are committed by people ‘punishing’ their family, the neighbors, or their acquaintances.*” (Ibidem, p. 80).

²⁸ Já se disse, aliás, ser óbvio a propaganda autoritária promove esse tom de conflito convidando homens, coletiva e de modo desavergonhado, a projetar sua maldade total sobre qualquer “inimigo” interno ou externo que possa ser apontado por decreto ou propaganda do estado como completamente subumano e verme, de modo que os convertidos possam sentir-se bem como membros de uma nação, raça ou classe abençoada pela história. No original: “*It is obvious that the authoritarian propagand addresses itself to this conflict by inviting men, collectively and unashamedly, to project total badness on whatever inner or outer ‘enemy’ can be appointed by state decree and propaganda as totally subhuman and verminlike, while the converted may feel totally good as a member of a nation, a race, or a class blessed by history.*” (Erikson, 1968, p. 86).

automático para a repetição do ritual. “A multidão é tão poderosa que não tem necessidade de reunir toda a comunidade para obter os resultados mais surpreendentes. As autoridades constituídas se inclinam diante dela e lhe cedem as vítimas que seu capricho reclama [...]” (Girard, 1982, posição 2342)^{29 e 30}.

Há nisso um persistente sentido de sacralidade que perpassa a ciência política e só resultaria bem admitido se fosse suspensa a busca pela racionalidade. Configura-se, assim, uma inconformidade com o ideal que Foucault chamaria de sobriedade punitiva (*sobriété punitive*) dos penalistas clássicos (Foucault, 1975, p. 21). A presença atualizada da vítima sacrificial contradiz o ideal racional do sistema punitivo e mostra que, possivelmente, o “desejo de violência nunca foi extinto, tendo uma lógica relativamente constante” (Bonavides, 2020, p. 21).

O isolamento do indivíduo é, ademais, combinado com o caráter abstrato da noção de justiça, que nesse contexto configura o resultado de meras considerações generalizadoras do Legislador, fechando-se os olhos às diferenças nas relações reais da sociedade que aportam ao processo penal. Assim, ademais de isolado em sua relação com o Estado, o indivíduo em conflito com a lei penal se vê *desconsiderado em suas relações concretas*, porque não importam realmente ao processo penal convencional suas vinculações sociais, econômicas e políticas, a não ser naquilo que seja pontualmente previsto de modo expresso pela norma, a fim de que se cumpra a perspectiva dogmática clássica de igualdade formal de todos perante a Lei³¹.

É mesmo paradoxal como a racionalidade penal moderna seduz, inclusive, grupos de defesa dos próprios direitos humanos, que (talvez sem a necessária reflexão completa do fenômeno ou cooptados pelos louros midiáticos do endurecimento irrestrito das respostas punitivas) reclamam punições mais rigorosas e aflitivas sem a consideração devida sobre outros meios de solução de conflitos, a despeito de tudo isso se traduzir na outra ponta do

29 “Nesse sentido é que uma única vítima pode substituir todas as vítimas potenciais, ou seja, os inimigos precisam ser expulsos do seio comunitário, que são todos os homens que habitam um determinado local. E, para que a suspeita de todos contra todos, seja substituída para que um único seja o escolhido, ocorre a canalização, que se daria, ainda que por meio de presunção, porque a menor suspeita que seja, torna-se rapidamente, neste processo mimético, uma prova irrefutável. Por isso a caça cega ao bode expiatório, uma vez que os homens querem se convencer de que todos os seus males provêm de um único responsável, e assim é que se resolve a crise sacrificial, convergindo toda hostilidade coletiva para um único membro, este que atrai sobre si a violência unânime da comunidade, de modo a restaurar o tecido social e criar a união de todos.” (Bonavides, 2020, p. 178).
30 O discurso de ódio propagado pela grande mídia em matéria penal colabora para essa lógica, transmitindo a noção comum de impunidade das infrações e açulando a expectativa punitivista, não se importando com as consequências desse fenômeno (Giacóia; Santos, 2020, p. 166).

31 Assim, atuando o processo com tratamento igual aos desiguais, ignoram-se diferenças sociais e políticas, que são mantidas. Paradoxalmente, a Justiça pode manter desigualdades em nome da igualdade. No original: “*Since the process aim to treat unequals equally, existing social and political inequities are ignored and maintained. Paradoxically, justice may thus maintain inequities in the name of equity.*” (Zehr, 2015, p. 82).

fenômeno em vulneração à própria proteção dos direitos humanos dessas mesmas categorias interessadas (nesse sentido: Pires, 2004, p. 54 e seguintes).

Os direitos da pessoa (v.g. no caso, enfaticamente os direitos da vítima) são invocados como fundamento último para sofrimento mais vigoroso aos ofensores. A igualdade, por sua vez, nas democracias contemporâneas torna-se garantia de penas “iguais” para todas as pessoas, o que também não colabora para a superação daquela perspectiva individualizadora.

A propósito do procedimento, vale frisar que também a complexidade do sistema judiciário atua da mesma maneira para escamotear a perspectiva comunitária no sistema penal, ao tempo em que torna difícil a intromissão de terceiros e reclama legitimidade processual para *estar* no processo. Esse aspecto, aliás, não se restringe ao acusado, porque também o ofendido se ressentido da dificuldade de conectar-se ao sistema de justiça de modo coerente com a integridade de sua participação social. Segundo Howard Zehr, a vítima e o ofensor resultam ambos isolados sob o procedimento judiciário, porque se transformam em espectadores do processo, sem atuação concreta sobre ele. Nesse contexto, o Estado se arvora a condição de vítima principal da ofensa criminal e os interesses da própria vítima em concreto são colocados em segundo plano ou solenemente ignorados (Zehr, 2015, p. 82 e seguintes).

O isolamento do indivíduo no contexto de oposição maniqueísta do tipo *nós* contra *eles* também viabiliza que o indivíduo em conflito com a lei penal - assumindo a função de “bode expiatório” - seja enfim *desumanizado*, porque *fora de contexto* perde algumas características fundamentais de sua identificação como ser humano e membro de uma comunidade ou mesmo sujeito de direitos³². Desumanizado, está amplamente mais propenso a violações de direitos humanos.

O cenário resulta ainda mais alarmante no contexto da fragilidade das relações contemporâneas, no qual os vínculos familiares e comunitários têm sido cotidianamente esgarçados de modo amplo, em uma espécie de círculo vicioso em que o *isolamento dos indivíduos em outros sistemas sociais facilita o isolamento ante o sistema penal e vice-versa*.

A título ilustração, ao analisar o dado singular da redução de casos de crimes contra a honra na sociedade norueguesa entre 1956 e 1997 - a despeito do aumento vertiginoso dos registros de outros tipos de crimes - Nils Christie observa que isso não indica que a sociedade

³² A desumanização animalística refere-se à negação de atributos que são exclusivamente humanos (por exemplo, civilidade e sensibilidade moral). Tal negação resulta em certas pessoas ou grupos sociais sendo percebidos como animais. Em contraste, a desumanização mecanicista refere-se à negação dos traços da natureza humana, como o calor interpessoal. Essa negação faz com que certas pessoas ou grupos sociais sejam percebidos como máquinas (Van de Vyver et al, 2016, p. 36).

ocidental tenha se tornado mais respeitosa (e menos ofensiva, portanto). Pelo contrário, conclui que o decréscimo de registros de crimes contra a honra é resultado da fragilização do próprio sentimento de respeito à honra diante de um mundo cada vez mais individualista e menos comunitário (Christie, 2017a, p. 8).

De modo desafortunado, a tendência parece ser de piorar. O mesmo autor nos lembra que há possibilidades ilimitadas de extensão da analogia da guerra pautada no sistema penal retributivo (assim: Christie, 2017a, p. 10), o que prenuncia mais oportunidades de promover o isolamento de pessoas em conflito com a lei penal. A forma inadequada como a perspectiva tradicional lida com o fenômeno delituoso (diríamos, em razão da perspectiva da crescente fragilização do sentido comunitário sobre a questão criminal) deveria ser um fator de grande preocupação pública, porque abre caminho para o totalitarismo e representa o maior perigo às sociedades modernas, mais que o próprio fenômeno delituoso, inclusive³³.

³³ Nils Christie assume essa conclusão, ao assinalar que os maiores riscos decorrentes do crime nas sociedades modernas não são propriamente os crimes, mas que a luta contra eles pode direcionar essas sociedades a desenvolvimentos totalitários. No original: “*The major dangers of crime in modern societies are not the crimes, but that the fight against them may lead societies towards totalitarian developments.*” (Christie, 2017a, p. 4).

2 O CONTRAPONTO DA CRÍTICA SOCIOLÓGICA

Para as linhas de pensamento introduzidas até este momento, o delito está posto como fenômeno de crise da ordem social ou normativa em decorrência do desajuste da iniciativa individual, mas o pensamento sobre o tema não detém uma perspectiva linear e mesmo ao final do século XIX já sofria impugnação.

Nesse sentido, Émile David Durkheim (1858-1917), pioneiro da Sociologia e autor de estudos como “*De la division du travail social*” (1893), *Les règles de la méthode sociologique* (1895) e *Le suicide* (1897), sugeriu por meio de sua teoria da anomia que o delito não cumpre apenas funções negativas (representando um desvio decorrente da iniciativa de pecado ou a manifestação do pensamento patológico). Durkheim destacou a configuração do comportamento desviante como fato normal e esperado no meio social, que cumpre função específica relacionada à oportunidade de reação pública necessária para fortalecimento da *consciência coletiva*, com significado essencial para a coesão de um povo. “O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. [...] Procurar qual é esse vínculo é, portanto, perguntar-se qual a causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime.” (Durkheim, 2015, p. 73).

Robert Merton (1910-2003), autor de *Social Theory and Social Structure* (1957), desenvolveu a teoria da anomia como uma teoria da criminalidade, correlacionando o grau de internalização dos valores sociais como fato determinante da ação desviada. São essas expectativas que a comunidade deposita sobre o indivíduo um fator fundamental do comportamento individual, à medida que, segundo Merton, existe uma tensão entre *estrutura cultural* e *estrutura social*, que força o indivíduo a escolher entre cinco alternativas relativas a tanto: conformidade, inovação, ritualismo, fuga do mundo e rebelião, todas elas, com exceção da primeira, constitutivas de comportamentos desviantes ou irregulares (García-Pablos de Molina; Gomes, 2008, p. 311).

Referidas teorias foram desenvolvidas no contexto de profundas mudanças sociais nas economias industrializadas em que se observava o enfraquecimento de modelos, normas e pautas de conduta sociais. No que mais se aplica ao estudo do fenômeno delituoso, assinalam-se as noções de *normalidade* e a *funcionalidade* do crime. O comportamento qualificado como delituoso seria normal, à medida que não pressupunha em sua origem nenhuma patologia individual ou social. Seria ínsito ao funcionamento normal de toda ordem social. O

delito também poderia ser dito funcional, uma vez que o comportamento desviante não correspondente necessariamente a um ato nocivo para a organização social, assumindo função própria de promoção de sua estabilidade (Ibidem, p. 309 e 310).

No que diz respeito às expectativas sociais depositadas sobre o indivíduo, a Psicologia Social apoia essa observação de que a identidade social de qualquer indivíduo é fortemente afetada pelo pensamento e atitudes das outras pessoas (Van de Vyver et al, 2016, p. 30). O problema do fato desviante que gera a reação social (v.g. que o qualifica como comportamento delituoso) se intensifica, ao ponto em que Richard Jenkins salienta a multiplicidade de sentidos que a afirmação da “infração” pode assumir e assinala que cabe questionar o desvio “em relação a quê?”, o que demonstra a inexistência de uma perspectiva sociológica do desvio com sentido ontológico. Do ponto de vista sociológico o tema é plúrimo e há pelo menos três paradigmas do desvio: identidade social, moralidade e normalidade (Jenkins, 2017, p. 137 e seguintes).

Em relação ao primeiro aspecto, diz-se que a identidade social muitas vezes se nutre de estereótipos. Nossas expectativas sobre o outro dependem muito da visão que está desenvolvida naquele meio social em relação a essa categoria de indivíduo (em termos de gênero, idade, origem étnica etc.). As expectativas relacionadas à afirmação do desvio estão comumente relacionadas a visões estereotipadas dos seres humanos, portanto (Ibidem, p. 137).

A moralidade também está relacionada à identidade social. É a ordenação normativa e valorativa do mundo como é codificado pela cultura. Preocupada primeiramente com a distinção entre bem e mal, a moralidade é prescritiva de comportamentos, mais que descritiva, está conectada à identificação social, de consequência (Ibidem, p. 137).

Por fim, note-se que, embora identidade social e moralidade tenham sido sempre importantes para a vida social, a noção de *normal* é moderna. A noção de normalidade, estatisticamente, diria respeito à frequência com que os comportamentos são distribuídos na sociedade. Nada obstante, o limite entre o que é considerado normal e o que é desviante, isso é arbitrário³⁴.

Esse é o contexto pelo qual os novos criminólogos avessos à perspectiva etiológica do delito preferem o termo “desvio” ao emprego tradicional da expressão “delito”. A partir da conformação de uma Nova Criminologia (em contraposição à Criminologia positivista, dita tradicional) ou Criminologia Crítica³⁵, a *reação social* é reconhecida como *definitória* e

³⁴ “The boundary between that which the normal and that which is not is arbitrary.” (Ibidem, p. 138).

³⁵ “O adjetivo ‘crítico’ assim o indica: deriva da teoria crítica da Escola de Frankfurt. Ainda que se fizeram muitas referências implícitas a esta famosa escola alemã de sociologia, somente uns poucos criminólogos críticos

resulta *mais importante que o desvio em si*. Os estudos pautados sobre esse pressuposto transferem o foco do problema criminal da pessoa individualizada em conflito com a norma para os processos de criminalização da sociedade, relacionados à *indução dos comportamentos desviantes* e à reação penalizadora correspondente³⁶.

Por isso, a crítica sociológica é impiedosa com a chamada Criminologia tradicional positivista e ressalta o defeito científico resultante do fato de que a opção pelo estudo do delinquente olvida o estudo do processo de criminalização. O pensamento criminológico positivista não se preocupa com a análise e a crítica do poder criminalizador (Zaffaroni; Pierangeli, 2004, p. 155)³⁷.

Por outro lado, é bem verdade que - ainda que tentem uma resposta generalizadora científica ao fenômeno criminal - as teorias de reação social por sua própria natureza também não se ajustam a explicações totalizadoras do direito penal. Em consequência, não formam um bloco unívoco e se multiplicaram com grande facilidade, conforme os estudos puderam destacar um ou outro aspecto dos processos de criminalização. Como atentam de modo geral a um recorte parcial da realidade social, as teorias críticas resultam fragmentárias e produziram diferentes denominações e variações conceituais.

Veja-se por exemplo que Henry e Milanovic (1996 apud Azevedo, 2010, p. 16) identificaram sete perspectivas modernas diferentes do direito e da lei entre as chamadas teorias críticas. Segundo esses autores, há uma corrente *pluralista-simbólica*, para a qual o direito tem função simbólica de explicitar aqueles comportamentos que foram aceitos pelos detentores do poder, o que tem expressão tanto para teóricos da ecologia criminal da Escola de Chicago, como para os teóricos do conflito social na Teoria de Subculturas Delinquentes. Há também uma visão *pluralista-conflitual*, segundo a qual a lei é o produto do compromisso democrático entre grupos de interesses sob competição; e que a pluralidade normativa

trabalharam explicitamente dentro desse estilo. Sem embargo, o próprio cometido da criminologia crítica tem sua raiz nos postulados centrais da teoria crítica, de que as perguntas científicas sempre deveriam refletir perguntas sociais, e que a ciência pode ser um meio para mudar o *statu quo*.” Tradução livre da publicação em idioma espanhol: “*El adjetivo ‘crítico’ así lo indica: deriva de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt. Aunque se han hecho muchas referencias implícitas a esta famosa escuela alemana de sociología, sólo unos pocos criminólogos críticos han trabajado dentro de ese estilo. Sin embargo, el propio cometido de la criminología crítica tiene su raíz en los postulados centrales de la teoría crítica, de que las preguntas científicas siempre deberían reflejar preguntas sociales, y que la ciencia puede ser un medio para cambiar el status quo* (Swaaningen, 2011, p. 5).

36 Os atos não “são”, “tornam-se”. Assim também o delito. O crime em si não existe (ontologicamente falando). Assim: “*Acts are not, they become. So also with crime. Crime does not exist. Crime is created.*” (Christie, 2017a, p. 10). No mesmo sentido, já se dizia que não existe também cabimento para alguma pressuposta natureza criminógena dos indivíduos (Foucault, 1975, p. 338 e seguintes).

37 “Comte concebia a natureza de modo muito diferente do que hoje constitui mote da metodologia das ciências naturais. Seu “naturalismo” aproximava-se de um determinismo absoluto, quase fatalista, pelo qual aceitava como “natural” a existência de um Estado em que predominaria, necessariamente, a concentração de riquezas nas mãos dos dirigentes industriais.” (Carrara, 2015, p. 51-52).

además do direito apresentado como oficial representa essa multiplicidade. Já uma perspectiva de *dominação pela elite* será sustentada por autores como Richard Quinney e Austin Turk, entendido o direito como instrumento dos detentores do poder, com proveito às teorias de conflito social e dominação. De modo semelhante, será possível que o direito penal seja apresentado como instrumento de classe em uma percepção econômica da organização social, assim, prestando-se à condição de *coerção instrumental*. Algo diversa, a visão *estrutural e ideológica do poder* entende que haja uma relativa autonomia entre o grupo que detém o poder e o direito, de modo que este é capaz de influenciar a produção legislativa, mas não tem total controle sobre ela. O direito, então, poderia servir tanto como obstáculo às mudanças sociais como prestar-se a facilitá-las, a depender da força que os grupos sociais tenham para editá-lo. Por fim, o direito como parte do *sistema social* teria reconhecido seu caráter autônomo em relação a aspectos de ordem material, porque produziria a si mesmo segundo a busca de equilíbrio, conforme as comunicações com outros ramos do sistema social.

Sobressaem entre as críticas, no entanto, duas perspectivas que detêm especial relevância para a reflexão sobre a imprescindibilidade de resgatar-se o sentido social e comunitário do fenômeno delituoso: as posições neomarxistas, que explicam o fenômeno como instrumento - ou pelo menos expressão simbólica - da exploração político-econômica entre grupos humanos; e a perspectiva da estigmatização relacionada à teoria de mesmo nome (*labelling approach*) e consequentes considerações inerentes à injustiça epistêmica, assuntos para os dois próximos itens.

2.1 O abolicionismo neomarxista

O reconhecimento da natureza conflituosa e histórica das relações sociais foi teorizado de modo mais marcante pelo Materialismo Histórico de Karl Marx (1818-1883), nas diferentes publicações de “O Capital” (*Das kapital*), com três volumes publicados em 1867, 1885 e 1894, os dois últimos postumamente, compilados por Friedrich Engels (1820-1895).

Para Marx, o Direito se apresenta como parte de uma superestrutura ideológica e instrumento de controle de classes no contexto de um determinado sistema político e econômico. A expressão do direito, no entanto, assume em sua teoria relevância ligada muito diretamente à questão da mais-valia:

Não é suficiente que as condições de trabalho estejam concentradas em um polo da sociedade na forma de capital, enquanto no outro polo estão agrupadas massas de homens que não têm nada para vender a não ser sua força de trabalho. Também não basta que sejam compelidos a vender-se voluntariamente. [...] A burguesia nascente precisa do poder do Estado e usa-o para "regular" os salários, isto é, para forçá-los a limite adequados para obtenção do lucro, para alongar a jornada de trabalho e para manter o próprio trabalhador em seu nível normal de dependência³⁸.

É bom lembrar, de todo modo, que Marx não era criminólogo e na realidade não transpareceria nenhuma empatia pela condição dos indivíduos em conflito com a lei penal (a quem chamava *lumpenproletariado*), identificando-os como figuras periféricas em relação à referência central do marxismo de luta da classe trabalhadora para a assunção do poder. Via aí uma espécie de parasitas sociais que, se bem não vendiam sua força de trabalho, ainda assim se somavam aos exploradores dos próprios trabalhadores, por isso mesmo entendendo-os como excluídos de papel no pretendido processo revolucionário e desprovidos de missão histórica a realizar (Aniyar de Castro, 1983, p. 151).

Engels talvez pudesse ser apontado como mais empático com o fenômeno criminal enquanto espectro da dominação capitalista, já que enfatizava a inexistência da mesma racionalidade punitiva no contexto cultural e econômico tradicional de povos indígenas, por exemplo (em razão de sua formatação bastante simplificada, com mínima divisão do trabalho, fundamentalmente entre os gêneros masculino e feminino). Seria no passo dado ao desenvolvimento dos métodos de produção e ao acúmulo de riquezas que se fez acompanhar o desenvolvimento das relações de dominação, com o surgimento da escravidão e as relações desiguais entre exploradores e explorados (Engels, 2021, p. 193 e seguintes)³⁹.

Seja como for, é uso corrente afirmar que o pensamento criminológico crítico tem grande apelo *neomarxista*, à medida que assume diferentes pontos de convergência com a teoria político-econômica de Marx (v.g. diríamos também do próprio Engels), que seriam: a) busca de uma explicação da sociedade; b) tentativa de explicar o comportamento e a relação social de modo politicamente informado; c) estudo desde um ponto de vista histórico; d) busca da integração do indivíduo na sociedade; d) caráter normativo, no sentido de buscar

38 Na publicação traduzida inicialmente ao idioma inglês: "It is not enough that the conditions of labour are concentrated at one pole of society in the shape of capital, while at the other pole are grouped masses of men who have nothing to sell but their labour-power. Nor is it enough that they are compelled to sell themselves voluntarily. [...] The rising bourgeoisie needs the power of the state and uses it to 'regulate' wages, i.e. to force them into the limites suitable for making a profit, to lengthen the working day, and to keep the worker himself at his normal level of dependence." (Marx, 1990, p. 899).

39 "A grandeza do regime da gens – e também sua limitação – é que nele não cabiam a dominação e a servidão. Internamente, não existem diferenças, ainda, entre direitos e deveres para o índio não existe o problema de saber se é um direito ou um dever tomar parte nos assuntos de interesse social, executar uma vingança de sangue ou aceitar uma compensação." (Engels, 2021, p. 193).

promover a eliminação das desigualdades sociais por meio de uma orientação eminentemente prática (Aniyar de Castro, 1983, p. 162-163).

Entre os autores de corte neomarxista, a interpretação econômica do fenômeno delituoso é sempre lembrada a partir da obra de Georg Rusche (1900-1950) e Otto Kirchheimer (1905-1965), que publicaram pela primeira vez ainda em 1938 seu livro intitulado *Punishment and Social Structure*, com o qual apresentaram uma das primeiras interpretações político-econômicas ao sistema punitivo. Comparando especialmente a evolução das modalidades de punições criminais ao longo da história e dos sistemas econômicos de base, procuraram demonstrar, por exemplo, como a imposição da escravidão era uma forma de punição adequada para antigas economias escravistas; e que o trabalho disciplinado no cárcere moderno resultou bem ajustado a partir da industrialização da economia (assinalando-se que a organização e os modos de disciplina das prisões correspondiam a características e propósitos das fábricas).

Apontaram também de modo bastante inteligente como a identificação entre delinquência e pobreza por meio de políticas punitivas de sentido correcional atendia precisamente à proeminência de valores da burguesia protestante. A pobreza que – sob o viés religioso – era objeto de *piedade*, passou do período medieval ao período moderno a objeto da *indignação* contra os pobres, especialmente se não padeciam de enfermidade incapacitante que os impedisse de dispor-se para o exercício do trabalho na economia de mercado. A introdução de normas criminalizadoras de delitos como “vagabundagem” e “greve” seriam exemplos de como o direito penal serviria à finalidade de assegurar boa disposição aos trabalhadores e dificultar sua organização coletiva e o questionamento à autoridade do Estado, inclusive (nesse sentido: Batista, 1990, p. 35 e seguintes)⁴⁰.

Os autores chamaram a atenção, inclusive, para a utilização do degredo como providência ajustada às necessidades do mercado de trabalho junto às prisões ou colônias para onde eram enviados. Também utilizaram dados estatísticos para considerar que as razões econômicas são mais determinantes para as taxas de punição criminal que a própria variação de política criminal (Rusche; Kirchheimer, 2009, p. 193-200).

A hipótese de Georg Rusche e Otto Kirchheimer sobre vinculação das penas ao exercício de disciplina e seu sentido inerente à regulação do mercado de trabalho em um

40 “Trabalhadores foram severamente punidos por deporem suas ferramentas por salários mais altos ou outra causa. A liberdade de associação era contra todo o espírito da lei, que sustentava que as questões trabalhistas deveriam ser decididas apenas pelas autoridades governantes” No original: “*Workers were severely punished for laying down their tools for higher wages or other cause. Freedom of combination was against the whole spirit of the law, which held that labor questions were to be decided by the ruling authorities alone.*” (Rusche; Kirschheimer, 2009, p. 32).

determinado contexto econômico, porém, não se mostra plenamente sustentável, porque parece pressupor uma vinculação precisa entre níveis de punição e demanda por trabalhadores, que não tem sustentação histórica segura.

Não explica, por exemplo, o aumento do número de prisões nos casos em que haja descompasso com o desenvolvimento da economia (ou seja, *quando o número de presos sobe mesmo em um contexto de desenvolvimento econômico* que implicaria melhoria geral da qualidade de vida). Se a hipótese dos mencionados pesquisadores fosse plenamente correta, o relaxamento das condições de exploração de trabalhadores deveria ser acompanhado pela redução da taxa de prisões, mas isso não é necessariamente observado (Pavarini, 2006, p. 140).

Ao contrário, em alguns casos a instituição de novos estabelecimentos prisionais pode representar até mesmo um fator de estímulo à economia regional e conseqüente melhoria da qualidade média de vida da população. Se por um lado existiam ressalvas à instalação de uma nova cadeia pública em determinada localidade, hoje o proveito econômico que os novos postos de trabalho e investimentos podem gerar confundem ainda mais a perspectiva de correlação direta entre a privação de liberdade e a contenção de mão de obra excedente, por exemplo. “Mais importante que o que as prisões produzem é o que consomem. Por meio do consumo, elas mantêm o país andando. [...] Prisões eram lugares de vergonha. O estigma poderia se espalhar através dos lugares de sua alocação. Mas hoje está tudo mudado. Há uma competição dura para levar prisões a um determinado distrito”⁴¹.

Mais ainda, o exercício das penas criminais não pode ser correlacionado apenas à questão econômica, porque existem outros muitos aspectos que também entram em cena. Mesmo que não seja considerada a movimentação da economia pelo incremento das atividades punitivas (o que por si só contestaria a tese de Rusche e Kirchheimer), também se consideram outras razões, como exemplificam os ganhos políticos resultantes de propostas demagógicas de endurecimento sempre crescente das penas criminais e até desvios criminosos das verbas públicas aplicadas para essa atividade (em sentido semelhante: Christie, 2017a, p. 142).

A correlação imediata do tema com a matéria econômica resulta ainda complexa mais a partir da consideração de experiências de privatização da administração prisional ou de partes dos serviços inerentes à manutenção de presídios. É que a lógica da eficiência

⁴¹ No original: “*More important than what the prisons produce is what they consume. By that consumption, they help to keep the country going. [...] Prisons were places of shame. The stigma might spread to their places of living. Today, this has all changed. There is fierce competition to get prisons in one’s district.*” (Christie, 2017a, p. 142).

administrativa faria supor que bem poucas atividades que o Estado realiza não poderiam ser melhor desenvolvidas por entidades privadas. Mas então surge a questão: o que dizer do aspecto moral de dispor diretamente à lógica privada uma função estatal tão moralmente fundada como a imposição de sofrimento retributivo em repressão ao delito? E nesse caso (de privatizar a administração do sistema prisional), como seria sua relação com a privatização de setores da atividade policial (ou de controle de aspectos da segurança pública)?

Há uma aparente contradição possível em caso de privatização ampla tanto da execução das penas quanto da atividade de policiamento: enquanto o capital privado encarregado de administrar prisões poderia fazer pressupor a tendência do sistema capitalista de buscar aumentar sempre mais o público usuário do cárcere, por outro lado, a eficiência administrativa nas atividades de policiamento implicaria demonstrar a redução dos índices de criminalidade como o produto dessa atividade (sobre esses temas: Christie, 2017a, p. 154-155/184).

É bem verdade que o tema é polêmico e comportaria diferentes pontos de vista, porque a lógica privada de acumulação poderia ser resolvida com a concomitância de menores taxas de criminalidade por diminuição de reincidência combinada a punições exponencialmente mais alongadas que terminassem por assegurar ao número menor de apenados uma presença bem mais estendida nos estabelecimentos penais (assim mantendo-se o público das prisões mesmo enquanto diminuíssem os indícios criminais). Mas uma tal instrumentalização dos apenados para fins de atender à lógica de acumulação privada é certamente imoral e implicaria de todo modo mais uma contradição no sentido moralista da racionalidade penal moderna.

As falhas na teoria de Rusche e Kirchheimer sobre alguma correlação precisa entre o exercício do poder punitivo e os dados econômicos sugerem, então, que o sistema penal cumpre no contexto capitalista um papel bem *mais simbólico que de efetiva determinação causal-explicativa* dos níveis correlatos. Esse é o sentido de observações de Dario Melossi à sua introdução escrita para a reimpressão de *Punishment and Social Structure* empregada neste estudo (Rusche; Kirchheimer, 2009, p. 23/25)⁴².

Reconhecendo esse papel simbólico do sistema penal para o controle social das classes hegemônicas, Loïc Wacquant (2009, p. 198), em análise do cenário norte-americano, traçou um comparativo bastante relevante entre o *gueto* e o *aprisionamento judiciário* como

42 Mais importante que disponibilizar mão de obra, a prisão cumpre uma função de reafirmar relações de poder ao mesmo tempo que mascara as relações injustas que são subjacentes ao fenômeno delituoso. O verdadeiro *lucro* da atividade prisional está dirigido a gerar delinquentes politicamente neutros, apolíticos e multirreincidentes (de modo semelhante: Gros, 2019, p. 21).

elementos de segregação racial histórica nos Estados Unidos. O mencionado autor destaca três instituições peculiares daquele país que representaram instrumentos de extração de trabalho e ostracismo social à população de origem africana: a *escravidão* em si; em seguida as leis de segregação racial nos estados do sul (conhecidas como as leis *Jim Crow*); e, ainda a terceira, que foi precisamente a formação do gueto enquanto espaço reservado à população negra para seu *isolamento social*. Estabeleceu, nesse tom, uma aproximação que considera profunda entre prisão e gueto, evidenciando bem o reflexo direto das injustiças sociais sobre a dinâmica das atividades judiciárias.

O mesmo autor apontou especialmente a organização dirigida das instituições para a atribuição de um *capital simbólico negativo* sobre a população de cor preta, cujos indivíduos se veem obrigados a lidar com as conseqüentes restrições de suas perspectivas de oportunidades ideais e materiais. O envio institucionalizado da população discriminada à prisão cumpre as mesmas funções do gueto para formação do estigma, da coerção, do enclausuramento físico, do isolamento e do paralelismo institucional. O isolamento social promovido por essas estruturas simbólicas é por ele comparado aos guetos cercados por muros altos aos quais os próprios judeus foram forçados a recolher-se durante o nazismo europeu (Ibidem, p. 204-205)⁴³.

Sobre o mesmo tema da simbologia das estruturas punitivas, Nils Christie aponta uma outra analogia possível entre o modelo de instalação industrial e os campos de concentração, em que eram realizados os processos de eliminação das pessoas segregadas para satisfação a ideais de pureza aariana. Escreveu nesse sentido que o campo de extermínio era produto da industrialização e que, em sua opinião, o sistema prisional estadunidense segue rapidamente para a mesma direção⁴⁴.

Dessarte, ainda que a crítica criminológica neomarxista deva permanecer no campo simbólico, continua de todo modo sugerindo grande relevância enquanto instrumento de controle social enviesado e desprovido de legitimidade *per se*. É peça-chave na construção do consenso social sobre a funcionalidade das instituições para as relações de poder, eventualmente confundida com a ênfase na perspectiva da eficiência no combate ao crime. Nesse tom é que Nils Christie frisa que o aprofundamento do direito penal retributivo no momento contemporâneo tem feito ressurgir expressões de outrora como “classes perigosas” e

43 A identificação do caráter simbólico do sistema penal, mais que propriamente como instrumento preciso de controle econômico, também encontra apoio em outros autores, como Pavarini (2006: 64) ou Zaffaroni (2009: 61).

44 No original: “The extermination camp was a product of industrialization [...] My contention is that the prison system in the USA is rapidly moving in the same direction.” (Christie, 2017a, p. 192).

substitui a guerra contra a pobreza pela guerra contra o crime (nesse sentido: Christie, 2017b, p. 25, 59 e seguintes).

Ante os indicativos de que o sistema penal seria desse modo fundamentalmente enviesado e *incurável*, parte dos críticos encontra nele mesmo o problema a ser suprimido. O movimento *abolicionista*, cujo nome é derivado do movimento anticarcerário norte-americano, arvorou-se essa denominação precisamente para enfatizar a configuração do sistema penal como uma nova forma de *escravismo*. Assim se deu a criação do Movimento *Abolicionista Penal Internacional* (ICOPA), que teve sua primeira conferência em 1983, em Toronto, no Canadá, embora a expressão abolicionista norte-americana se diferenciasse em parte do movimento europeu, em razão do envolvimento do sentimento religioso (Swaaningen, 2011, p. 188).

O desencarceramento, a instituição de alternativas ao âmbito institucional (*diversion*) e a desprofissionalização (não intervenção de *experts*) seriam algumas das táticas abolicionistas comuns para combate ao próprio sistema penal (Swaaningen, 2011, p. 189). No entanto, a despeito de bases inspiradoras aproximadas entre seus diferentes proponentes, o enfoque abolicionista não se constitui de uma plena coincidência de métodos e estratégias, porque são orientados por pressupostos ideológicos que variam. Nesse sentido, Zaffaroni (2009, p. 103) refere uma vertente propriamente marxista de Thomas Mathiesen, outra fenomenológica de Louk Hulsman e ainda outra, estruturalista, de Michel Foucault, o que demonstra a falta de concordância plena sobre a perspectiva abolicionista.

2.2 *Labelling approach* e o mito da igualdade judiciária

Permeando as considerações de inspiração neomarxista sobre o sentido simbólico do sistema penal para controle de classes, devemos lembrar que a afirmação da racionalidade penal moderna constitui uma já bem percebida *ficção*, que parte do pressuposto *ideal* de participação igualitária dos indivíduos sob o pacto social. Esse pressuposto não tem correspondência na realidade social e não apresenta perspectiva de melhoramento. Mais que tratar-se da invocação do “pós-contratualismo”, é inequívoca a crescente sobreposição dos processos estruturais de exclusão (em sentido semelhante: Bonavides, 2020, p. 59). Chega-se ao ponto de considerar que “Os países que se proclamam democráticos são, de facto,

democracias de baixa intensidade, sociedades politicamente democráticas e socialmente fascistas.” (Santos; Mendes, 2019, p. 12) ⁴⁵ e ⁴⁶.

Nesse contexto ficcional, já se viu que um aspecto importante do processo de criminalização que está por trás da qualificação do fato delituoso é a afirmação de estereótipos que dirigem a formação das expectativas da sociedade sobre algumas pessoas e categorias humanas. Não se trata sequer de buscar novas técnicas de coleta e análise de dados para melhor definição do fato delituoso porque, segundo Becker, o problema não é de técnica, mas teórico. O problema também não se resume aos indivíduos que colaboram para o ato desviante em si, mas igualmente àqueles que operam o drama da moralidade sobre o ato desviante, seja de modo formal/legal ou informal (Becker, 1991, p. 184-185).

Assim, um problema destacado do Direito Penal é precisamente o fato de que suas iniciativas se pautem sobre dados sociais e percepções falsos, normalmente admitidos no contexto de observações discriminatórias. Eugenio Raúl Zaffaroni aponta que, a partir do século XVIII, o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, elementos inventados ou trazidos de fora, mas nunca com dados concretos da realidade social (Zaffaroni, 2009, p. 52).

Tais considerações ressaltam o jogo desigual de estereótipos e expectativas que a sociedade deposita sobre indivíduos e categorias inteiras e a forma injusta como pessoas podem ser estigmatizadas para que sirvam ao papel simbólico de reafirmação de forças hegemônicas e relações de exploração e dominância.

Ora, apreendida a noção de que o delito não existe por si só como realidade ontológica, cabe avançar a uma das expressões do chamado Construcionismo Social, para especial referência à teoria (interacionista) da estigmatização, também chamada teoria da rotulação ou teoria do etiquetamento (*labelling approach*), em correção a uma abordagem cética - *sceptical approach* - da definição formal de crime, que encontra defensores em autores como Becker, Lemert, Kitsuse, Tanembaum, Schur, Erikson e Gusfield (Aniyar de Castro, 1983, p. 98-99).

45 Boaventura de Souza Santos explica que podem ser consideradas várias formas de fascismo: de fascismo identificadas figuravam as seguintes: fascismo do apartheid social; fascismo contratual; fascismo territorial; fascismo de insegurança, baseado numa política e numa cultura do medo; e, por último, o fascismo financeiro (Santos; Mendes, 2019, p. 12). Também sobre o acréscimo do medo como fator de acréscimo da justiça criminal às inseguranças modernas: Moraes, 2022, p. 848 e seguintes.

46 “É, portanto, um cenário propício para se pôr na mesa a questão da crise do contrato social, coisa que se fala de forma exaustiva, mas sem que seja vista qualquer reformulação daquilo que ele se tornou. Essa turbulência já vem desde o final do século passado, por todos os aspectos que o constituem, por tudo que o contrato social representa, como fator de reprodução de desigualdade. Ou seja, ele é uma representação do mundo de relações reais e naturais, na forma de normatização dos relacionamentos sociais, que não tem dado conta da dimensão humana, porque despreza e marginaliza uma grande quantidade de pessoas, e foi elaborado para estar implicado na questão da condição humana.” (Bonavides, 2020, p. 51).

Além de dirigir as expectativas externas ao indivíduo, a estigmatização é um poderoso fator criminógeno à medida que não apenas convoca sobre o indivíduo estigmatizado a reação social criminalizadora, como pode interferir efetivamente também no modo como o próprio indivíduo estigmatizado define a si mesmo e suas relações com os outros, definindo-se o lançamento do estigma como uma profecia que cumpre a si mesma (*self-fulfilling prophecy*).

Muitos exemplos concretos poderiam ser ilustrados, evidenciando que a crença firme sobre a dedicação de determinada categoria humana à prática da criminalidade efetivamente induz muitos estigmatizados a *adotar um padrão de comportamento desviante que confirme a visão preconceituosa* estabelecida.

Com apoio em Merton, a doutrina menciona o caso emblemático do desemprego da população afro-americana após a Primeira Guerra Mundial. Os sindicatos não os aceitavam como membros porque as pessoas de cor preta eram consideradas “fura-greve”. Ainda que essa condição de “fura-greve” não esteja evidentemente ligada à origem étnico-racial de qualquer indivíduo, milhares de afro-americanos afastados dos sindicatos não tinham condições de se opor aos patrões “fura-greve” que lhes dessem uma oportunidade de emprego. Por esse caminho, para garantir alguma forma de acesso ao trabalho, os afro-americanos agiam como “fura-greve” precisamente porque os sindicatos não os aceitavam com base na ideia falsa de que eram “fura-greve”. (Zalpa Ramírez, 2011, p. 246-247).

Uma outra evidência da artificialidade da qualificação delituosa a partir do fenômeno do etiquetamento nos vem da Noruega de Nils Christie, que ao final dos anos 1990 denunciava as listas de espera da prisão daquele país como prova de que o encarceramento não seria mesmo necessário e poderia ser substituído em grande parte por outras medidas socialmente mais úteis.

Na Noruega, a crise do sistema penitenciário (acompanhando a carência de outros serviços públicos, como filas para atendimentos de saúde) gerou a situação politicamente crítica para as autoridades de instituir listas de espera para que os condenados aguardassem a liberação de alguma vaga ao cumprimento da pena privativa de liberdade.⁴⁷ A mensagem que

47 “A solução para esta situação de crise era óbvia. Deixamos os condenados esperar. Em 1990, tínhamos 2.500 pessoas nas prisões. Mas tínhamos 4.500 em lista de espera. Nós os alinhamos e os deixamos esperar pela admissão. As autoridades ficaram constrangidas. Listas de espera para creches, listas de espera para hospitais, listas de espera para enfermeiras domiciliares. E então listas de espera para recebimento de dor. Não podia estar certo.” No original: “*The solution to this crisis situation was obvious. We let those sentenced wait. In 1990 we had 2,500 persons in prisons. But we had 4,500 on waiting lists. We lined them up and let them wait for admission. Authorities were embarrassed. Waiting lists for kindergartens, waiting lists for hospitals, waiting lists for home nurses. And then waiting lists for the reception of pain. It could not be right.*” (Christie, 2017a, p. 31-32).

essa situação transmitia, porém, era clara no sentido de que os condenados não eram de modo geral assim tão perigosos que deveriam ser afastados da sociedade⁴⁸.

Considerando também o caráter adversarial com que se apresenta a racionalidade penal moderna e o modo bélico como as relações sociais avançam, *a estigmatização é um fator agravante para o isolamento social do indivíduo*. Isso porque a etiqueta comumente faz com que mesmo círculos alheios ao sistema penal reproduzam a racionalidade punitiva e ajam como se fossem continuação dele mesmo, desautorizando a coalizão com estigmatizados (Zaffaroni, 2009, p. 138). Como consequência, quem não quiser se ver atrelado ao estigma alheio termina afastando-se, o que diminui ainda mais o vínculo comunitário e aprofunda a desigualdade de oportunidades.

Segundo Lola Aniyar de Castro (1983, p. 104 e seguintes) as características da estigmatização podem ser assim sintetizadas: a) uma vez aplicado, o rótulo se transforma no principal elemento de identificação do indivíduo na sociedade (distinguindo-o da generalidade dos demais); b) a estigmatização é capaz de induzir a aposição de *autoetiqueta*, porque interfere na forma como o próprio estigmatizado define a si mesmo; c) o estigma dirige as expectativas sociais sobre o comportamento da pessoa estigmatizada; d) e, de consequência, induz o próprio indivíduo a confirmar a expectativa que lhe é depositada; e) assim, produz também um desvio secundário que não é necessariamente da mesma natureza do primeiro; f) a estigmatização é genérica e contagiosa, estendendo-se sobre diferentes cenários da vida, como as relações de família; g) tem capacidade de induzir ações da sociedade; h) e, por fim, gera subcultura, à medida que indivíduos estigmatizados podem reunir-se por critério de identificação.

Quando a estigmatização encontra o procedimento judiciário, entra em cena o conceito de Injustiça Epistêmica de Miranda Fricker, correspondente às expectativas desfavoráveis que são aplicadas às pessoas convocadas ao processo, incluindo mesmo que na condição de vítimas e testemunhas. Esse aspecto demonstra que a injustiça subjacente à racionalidade penal moderna não se limita aos próprios indivíduos em conflito com a lei penal.

A autora leciona que o poder social pode ser exercido tanto de forma individualizada por um agente definido (diádica) ou de forma difusa, sem nenhum agente provocador único e específico (estrutural). Quando o poder social opera de modo puramente estrutural, não há

⁴⁸ O mesmo autor informa que as listas de espera foram encerradas, então, em 1999, embora permanecesse o problema de aguardar-se vaga em alguns casos. A conclusão rompe a lógica dos estereótipos, já que reconhecer a viabilidade de uma fila implica reconhecer que as pessoas nessa fila não são perigosos e não são monstros. “*The queue is out of harmony with the stereotypes. Recognizing the queue is to recognize that those lined up there are not dangerous, are not monsters.*” (Ibidem, p. 32 e 33).

nenhum agente em particular que o esteja exercendo especificamente, ao menos de modo consciente. (Fricker, 2007, p. 159 e seguintes).

No caso de força estrutural, o poder social decorre de influências consideradas de um modo holístico, não podendo ser atribuída de modo adequado à influência de um agente definido (Ibidem, p. 183-184). Ora, se toda atuação de agentes definidos conta sempre com apoio no poder social assentado estruturalmente, resulta sempre mais clara a impertinência do isolamento promovido pelo sistema convencional sob a direção da racionalidade penal moderna.

A profunda correlação entre estereótipos e poder social é apontada mediante afirmação do poder de identidade (*identity power*), como no caso das posições dos gêneros masculino e feminino. Igual a todo poder social, o poder de identidade independe da consciência dos sujeitos sobre sua incidência, podendo agir-se com boa vontade e as melhores intenções, mas ainda assim em posição injustamente favorecida ou desfavorecida em razão de aspectos identitários⁴⁹.

O prejuízo que a injustiça epistêmica pode causar na oitiva de uma testemunha sob o sistema convencional de justiça potencialmente se manifesta tanto como “excesso de credibilidade” sobre categorias supervalorizadas como “déficit de credibilidade” sobre categorias estigmatizadas de maneira desfavorável. A injustiça é dita *epistêmica* na medida em que erra sobre a percepção de capacidade das pessoas enquanto sujeitos cognoscentes, assim dizendo respeito a sua admissão ao diálogo. O que fundamentalmente ocorre é que as pessoas estigmatizadas resultam subavaliadas sobre sua condição pessoal de conhecer algo ou transmitir esse conhecimento de modo crível (Ibidem, 110-111).

Em nova publicação mais recente, porém, Miranda Fricker assinala o intuito de expandir o conceito, para abarcar casos mais gerais de manipulação interpessoal ou de tergiversações da economia epistêmica, que menosprezam ou geram confusão sobre o conteúdo que a pessoa injustiçada efetivamente conhece e poderia expressar para além do cenário judiciário. A autora dá exemplo no campo da medicina, em que dificuldades de atendimento poderiam impor injustiça epistêmica na relação entre o médico e o paciente. Nesse caso, o paciente sói ser questionado sobre seus sintomas, mas não chega a ter oportunidade de falar sobre suas crenças e experiências que também seriam relevantes para compreensão de seu contexto de saúde (Ibidem, p. 18 e seguintes). Tomadas suas considerações como irrelevantes, o paciente perde a oportunidade de receber atendimento

⁴⁹ O controle correspondente independe mesmo do que nós pensamos que são nossas crenças: “[...] *it can control our actions even despite our beliefs.*” (Fricker, 2007, p. 235).

mais amplo que lhe permitisse melhores chances de realização de seu direito (*i.e.* à saúde, na hipótese considerada).

O ponto crucial em relação à injustiça epistêmica é que ela não traduz apenas um resultado da discriminação social, mas ela própria é geradora de vulnerabilidade social e fortalece o ciclo de fragilidade e estigmatização que a induz. Assim, assentam-se as noções de que a injustiça epistêmica produz vulnerabilidade nos campos jurídico, social, econômico e político; que existem marcos de inteligibilidade que restringem efetivamente as possibilidades hermenêuticas dos sujeitos e reforçam sua vulnerabilidade; e que os recursos hermenêuticos são também *construções coletivas* que podem ser analisadas desde o ponto de vista da vulnerabilidade entendida como interdependência entre os sujeitos (Jerade, 2002, p. 38 e seguintes).

A importância de compreender a relevância de pôr de público o fenômeno da estigmatização e da injustiça epistêmica está precisamente relacionada a impulsionar mudanças na realidade concreta que subjaz a essas circunstâncias de ordem coletiva⁵⁰.

2.3 Minimalismo e garantismo penal nas democracias constitucionais

A despeito da afirmação simbólica de poder que está na base dos processos de criminalização e da injustiça percebida no cenário institucional, ainda não foi apresentada nenhuma formulação teórica completa que permitisse a abolição vigorosa do sistema penal.

O próprio Nils Christie, que costuma ser apontada entre os mais importantes críticos da racionalidade penal moderna, admite uma posição bastante cautelosa em relação à eliminação pura e simples dos mecanismos de controle social instalados na contemporaneidade. Pessoalmente, pondera que *existem limites aos limites* e uma ausência completa das instituições penais geraria o crescimento de alternativas como hospitais psiquiátricos ou outros arranjos aparentemente benignos que, a rigor, seriam mais opressivos que a própria lei penal. Manifesta sua posição, então, pelo dito Minimalismo, para o menor número possível de aprisionamento, em lugar de uma posição propriamente abolicionista⁵¹.

⁵⁰ Foi com esse sentido que se promoveu o nome *feminicídio*, para melhor atenção do público sobre o problema dos *homicídios* de mulheres, ao final ajudando a implementar políticas públicas para melhorar a prevenção desse tipo de crime, inclusive. De consequência, o propósito da enunciação dessas injustiças não se exaure no sentido cognitivo, mas tem principalmente caráter prático e político (Ibidem, p. 40-41).

⁵¹ No original: “*Personally, I think there are some limits to limits. Without any penal institutions, we might experience a growth in alternatives such as mental hospitals or seemingly benign arrangements which in reality were more oppressive than those we meet in present penal law. My position would be a minimalistic one – that*

Essa certamente é uma questão ainda não resolvida e que demandará revisão contínua enquanto houver desvio social (o que implica admitir que jamais a sociedade prescindirá de algum tipo de instrumento de controle fundamental, já que um mínimo de desvios especialmente mais relevantes ao interesse público deverá continuar sendo intolerável em todo momento). A resistência à racionalidade penal moderna por meio de iniciativas minimalistas, de todo modo, se apresenta como bastante viável para o momento e acompanha o interesse que a classe jurídica tem manifestado sobre a preservação de direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Entendemos que o caminho para a revisão da racionalidade penal moderna e combate ao isolamento social das pessoas em conflito com a norma passa por dois fenômenos que se complementam: a) em primeiro lugar, o crescimento do neoconstitucionalismo (expressão jurídico-constitucional do pensamento filosófico pós-positivista no Estado Democrático de Direito), que assinala a exclusiva proteção de bens jurídicos e a juridicidade de outras garantias fundamentais estabelecidas pelas cartas políticas ou mesmo deduzidas desde fora do ordenamento nacional (a partir de compromissos internacionais e do controle de convencionalidade, inclusive); e b) em segundo lugar, o propriamente chamado garantismo penal, como teoria que expande os requisitos formais para aplicação da norma penal, de modo a amplificar os filtros ao poder punitivo.

Em nossa região, o Constitucionalismo surgiu a partir das influências marcantes do pensamento constitucional revolucionário francês e estadunidense, tendo se transmitido a partir do século XIX o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, que, em meados do século XX, já havia alcançado praticamente todos os países latino-americanos.⁵² Foi, no entanto, especialmente a partir da redemocratização, com a queda dos regimes autoritários ao final do século XX, que as proposições da filosofia pós-positivista permitiram a revisão neoconstitucionalista em nossos países, assegurando a juridicidade de princípios fundamentais e o reconhecimento de direitos e garantias mesmo para além daqueles

is, as few prisoners as possible – rather than an abolitionistic one.” (Christie, 2017a, p. 54).

52 “[...] as duas grandes influências que os jovens países independentes tiveram na América espanhola foram a francesa e a norte-americana. A francesa foi feita no aspecto político, sobretudo no que diz respeito aos Direitos do Homem [...] Por outro lado, os Estados Unidos foram um exemplo muito próximo e exemplar e em certo sentido relacionado com os novos países, desde que se libertou da tutela de um grande império, como o foi o inglês. [...] Em meados do século XX, praticamente todos os países da América Latina haviam incorporado o modelo norte-americano de controle constitucional em seus respectivos ordenamentos jurídicos.” No origina: “[...] *las dos grandes influencias que tuvieron los jóvenes países independizados en Hispanoamérica, fueran la francesa y la norteamericana. La francesa se hizo en el aspecto político, sobre todo en lo concerniente a los Derechos del Hombre [...] Por outro lado, Estados Unidos era un ejemplo muy cercano y modélico y en cierto sentido afín a los nuevos países, pues se había liberado de la tutela de un gran imperio, como era el inglés. [...] A mediados del siglo XX, prácticamente todos los países de la América Latina habían incorporado el modelo norteamericano de control de constitucionalidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos.*” (García Belaunde, 2009, p. 164-165).

estritamente listados no ordenamento nacional. Mais que isso, cláusulas de *abertura ao direito convencional* foram introduzidas nas constituições de diferentes países, entre eles o Brasil (artigo 5º, § 2º), oportunizando a mudança do eixo central de garantia de direitos humanos desde a perspectiva exclusiva do direito positivo nacional, tipicamente kelseniana, para uma ampliação inovadora e *mundializada* dos direitos fundamentais⁵³.

Paralelamente, a globalização e os crescentes movimentos sociais ganharam força a partir da segunda metade do século XX e empurram as fronteiras jurídicas do Estado Nacional para que ceda passo ao protagonismo de grupos organizados, avançando no sentido do pluralismo jurídico e negação da unicidade monológica das fontes de cognição do Direito⁵⁴.

Nesse novo plano, os textos das Constituições latino-americanas em vigor se puseram permeáveis à constitucionalização de direitos humanos por meio da adesão a instâncias externas ao texto nacional. Assim resulta superada a própria estrutura piramidal tradicional do juspositivismo kelseniano, centrada na soberania nacional (*State approach*). Passou-se a admitir uma nova arquitetura constitucional que se aproxima mais da figura do trapézio (ou das pirâmides achatadas dos povos nativos latino-americanos, inclusive) em que convivem no topo, ao mesmo tempo e sob o mesmo nível, a Constituição nacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O novo enfoque relativiza a soberania nacional e sustenta o ordenamento jurídico em uma nova perspectiva fundada nos direitos humanos e na soberania popular (*Human Rights approach*) (Piovesan, 2012, p. 68-72)⁵⁵.

Decisões gravíssimas ao Estado Democrático de Direito (v.g. sobre princípios fundamentais conformadores de direitos e garantias fundamentais que moldam o ordenamento constitucional/convencional) passam a ser tomadas *fora* do Estado nacional, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo (por membros que não compõem um tribunal nacional, não participam das instâncias representativas brasileiras e nem mesmo são escolhidos necessariamente com atenção a candidatos nacionais). Evidentemente isso faz transparecer a relativização do conceito tradicional de soberania (que por sua vez está na *base fundadora da própria racionalidade penal moderna*). Seja como for, a convivência das duas

53 Na Constituição brasileira: “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”.

54 “Em outras palavras, o ente estatal perdeu sua posição absoluta e exclusiva como centro de tomada de decisão, surgindo uma racionalidade jurídica descolada da postura monológica até então reproduzida pelo Estado. Neste cenário a sociedade civil assume relevante função, atuando como uma espécie de caixa de ressonância dos anseios e pontos de vista dos diversos atores da sociedade. [...]” (Botelho, 2021. p. 340).

55 Se bem que parte da doutrina conclui que as novas Constituições latino-americanas ainda conferiram força demais ao Poder Executivo e que os mecanismos de participação popular estabelecidos não foram assentados de modo plenamente adequado, o que limita por outra parte a expressão soberana popular (de modo semelhante: Gargarella, 2019, p. 114 e seguintes).

esferas - nacional e internacional - na proteção dos direitos humanos é bem aceita na doutrina, que leciona sobre a complementariedade das diferentes esferas de proteção como um dos princípios atinentes à matéria, como asseverava, entre outros, Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 104 e seguintes).

Considerando a relação de complementariedade entre subsistemas, o Direito Constitucional e o Direito Penal devem confluir de modo que a autonomia de objetos, valores e princípios implique limitação entre os sistemas. Ao passo que ao Direito Penal continua sendo admitida legitimidade política e jurídica (notadamente mediante uma declarada intenção de foco sobre a exclusiva proteção de bens jurídicos), deve ao menos e principalmente respeito às garantias fundamentais às quais está constitucionalmente/convencionalmente vinculado.

A realização desse novo contexto de reafirmação soberana dos direitos humanos encontra apoio especificamente em direito penal nas lições destacadas de Luigi Ferrajoli, autor de *Diritto e Ragione* (1990), que se fez um dos principais representantes da doutrina de mesmo nome. Alinhado a uma postura de intervenção penal mínima, Ferrajoli não abre mão da intervenção punitiva do Estado como mecanismo de proteção de interesses sociais, mas condiciona seu exercício ao cumprimento rigoroso de todas as exigências garantistas conectadas aos direitos fundamentais do indivíduo.

A perspectiva garantista reconhece no direito penal ainda hoje um *mal necessário* diante do contexto que poderia surgir caso não se pudesse contar com a coerção pública. Sem desprezar por completo os fundamentos da racionalidade penal moderna, Ferrajoli na realidade aprofunda o destaque que os clássicos atribuíram à *lei*, conferindo-lhe musculatura bastante para que opere ela própria a *máxima proteção possível* dos direitos fundamentais contra sua própria tendência à expansão punitiva.

Como o próprio autor ressalva, trata-se de um modelo *limite*, apenas *tendencial* e nunca perfeitamente passível de cumprir-se por completo. Sua axiomatização é composta da reunião de dez princípios fundamentais que desenvolvem e aprofundam a máxima latina tradicional pela qual *não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina*. O conteúdo sintético aponta à seguinte ilustração disposta por ele mesmo em sua obra (Ferrajoli, 2009, p. 93):

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine actione.*

- A6 *Nulla actio sine culpa.*
 A7 *Nulla culpa sine iudicio.*
 A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
 A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
 A10 *Nulla probatio sine defensione.*

Assim, enquanto o axioma da *mera legalidade* se limita a exigir a dicção legal como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita é reformulado para que passe a incluir todas as outras garantias como condições necessárias à afirmação de legalidade da intervenção penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*) (Ibidem, p. 95).

O Garantismo Penal pode ser compreendido como a teorização normativa do movimento político de direito penal mínimo, no triplo sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, começando por todo o sistema de medidas *extra delictum* ou *extra iudicium* (Ibidem, p. 343).

A via garantista para promoção do direito penal mínimo, contudo, introduz outros problemas, à medida que o nível de complexidade gerado pela exigência rigorosa de todas as garantias parece contradizer a preocupação também legítima com o estímulo de soluções abreviadas e consensuais, destinadas a equilibrar a relação entre os reclames de eficiência do serviço público organizado em torno do sistema penal e a satisfação mais rápida e proveitosa às vítimas, por exemplo.

Permanecem sem respostas várias perguntas fundamentais relativas à forma de conciliar o sistema acusatório (enquanto garantia constitucionalmente consagrada) e a evitação da natureza adversarial do processo (com o estímulo a soluções negociadas em que os agentes do Ministério Público suspendam a perspectiva original de *perseguir* a responsabilização aflitiva do autor do fato, para eventualmente admiti-lo como sujeito *interlocutor* na discussão de *soluções dialogais*). Descortina-se no Estado Democrático de Direito uma verdadeira dupla face dos direitos fundamentais, que reclama ponderação reanimada entre princípios de legalidade estrita *versus* informalidade, obrigatoriedade *versus* oportunidade, para mencionar apenas algumas das contraposições passíveis de reflexão (em sentido semelhante: Turessi; Ponte, 2022, p. 349-350).

Do ponto de vista normativo, a resposta a esses problemas deverá ser procurada no próprio sistema constitucional/convencional, a partir da ponderação entre princípios e do controle de constitucionalidade/convencionalidade.

Para começar, é importante notar que o princípio da obrigatoriedade nas ações penais públicas *não decorre diretamente do texto constitucional*, como salientam Flávio Turessi e Antônio Ponte⁵⁶. Não há, portanto, impedimento constitucional à promoção de medidas alternativas de solução de conflitos no âmbito penal, mesmo nos casos sujeitos à ação penal pública. A resposta pública ao fenômeno delituoso não precisa se limitar *necessariamente* à escolha entre punição mais rigorosa com todos os rigores garantistas e punição mais branda acompanhada de relaxamento de garantias legais. Outras medidas de interesse público podem e devem ser consideradas para além da resposta punitiva tradicional aflagrada.

Mais que isso, relembra-se a ênfase que hoje se dá à conformação da prática judiciária nacional aos tratados internacionais, de modo que as práticas internas retratem também o diálogo entre as fontes nacionais e internacionais de direito, no cenário do chamado direito constitucional multinível (que favorece o diálogo hermenêutico entre ordens paralelas, com mira à proteção dos direitos humanos) (Cambi; Porto; Fachin, 2021, p. 120 e seguintes).

Ora - como será possível notar na parte II deste texto – há bases jurídicas expressas, sobretudo a partir de tratados internacionais de direitos humanos, que apontam diretamente à promoção séria de medidas alternativas à pena aflagrada tradicional. Cabe a cada autoridade pública atentar, de consequência, ao controle (difuso, que seja) de constitucionalidade/convencionalidade, para assegurar que práticas alternativas sejam priorizadas, precisamente para proteção dos direitos humanos das pessoas em conflito com a lei penal.

Claro que, para maior segurança no apelo a medidas que relaxam os rigores garantistas ou instituem medidas propriamente alternativas ao direito penal convencional, os agentes jurídicos devem necessariamente atentar-se também a novas exigências do cenário hermenêutico contemporâneo. A atividade judiciária se torna potencialmente mais complexa, à medida que a técnica da argumentação jurídica para fundamentação das decisões já não se satisfaz com a operação mecanicista da subsunção. Reclama mais que isso, uma operação dúplice que restabeleça o diálogo do Estado-Juiz com o povo soberano à medida que inclui uma chamada justificação interna (*internal justification*, dirigida ao controle lógico da decisão do ponto de vista tradicional), mas também a justificação externa (*external justification*, que atenta à dimensão social do ato decisório) (sobre esses processos decisórios: Cambi, 2020, p. 440).

⁵⁶ “Em nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no processo penal italiano (Constituição italiana de 1948, art. 112, II), o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não encontra expresso assento constitucional, apresentando-se como fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais, a partir da leitura conferida aos arts. 24, 28, 42 e 576 do Código de Processo Penal.” (Ibidem, p. 362).

Para além da simples observação de formalidades e das regras gerais interpretativas que servem ao propósito de uniformização da exegese e de segurança jurídica, a argumentação jurídica no cenário pós-positivista e neoconstitucionalista deve voltar-se à demonstração de “justeza” do ato decisório no contexto social, preferindo-se sempre o “direito vivente” ao “direito vigente” (Cambi, 2020, p. 440-441).

A realidade das relações sociais é impositiva e, dessarte, torna-se antijurídico o conformismo juspositivista como o texto positivo que, em último ponto, terminaria por favorecer imensamente a afirmação ficcional e isolante da racionalidade penal moderna sobre a infração penal como mera vontade individual de rompimento com o pacto social.

Esse novo imperativo hermenêutico já deu azo, inclusive, a importantes alterações legislativas que incluíram no Brasil a alteração promovida pela Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018 sobre o Decreto-Lei n. 4.657/1942 (dita Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), cujo artigo 20 reformado aprofunda a exigência de fundamentação das decisões judiciais com atenção à realidade fática, à medida que impõe: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão [...]”⁵⁷.

Em consequência, os rigores do Garantismo Penal ou seu abrandamento (mesmo no caso da exclusão de respostas punitivas tradicionais por soluções alternativas) devem sempre se conciliar com preocupações de ordem social concreta, de modo a contraditar os mecanismos de isolamento do indivíduo em conflito com a norma, visando a desacelerar por um momento a espiral punitiva crescente da racionalidade penal moderna.

⁵⁷ Recentemente, o artigo 2º da Resolução 261 do Conselho Nacional do Ministério Público (que instituiu o Código de Ética do Ministério Público) também previu postura pragmática e consequencialista dos agentes ministeriais, exigindo *prudência*, o que implica não desprezar a realidade concreta da vida social entre as múltiplas possibilidades interpretativas das normas. Sérgio Alves Gomes leciona que a *prudência* é, efetivamente, elemento fundamental da nova hermenêutica, uma vez que a pré-compreensão pode se mostrar eivada de verdadeiros preconceitos, noções falsas assumidas como verdadeiras, por não serem submetidas a uma análise crítica (o que já vimos que de fato se verifica a partir das noções de injustiça epistêmica). Conclui: “Sem a *prudência*, não há como se chegar a decisões legítimas, razoáveis e justas.” (Gomes, 2021, p. 303/311).

PARTE II

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ABERTURA COMUNITÁRIA
AO SISTEMA PUNITIVO CONVENCIONAL**

3 O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA E PARA QUE SERVE

Para uma primeira abordagem aproximativa, poderemos definir justiça restaurativa, ou práticas restaurativas, a partir do conceito amplíssimo reconhecido pela Organização das Nações Unidas com a Resolução 2002/12, datada de 24 de julho de 2002: “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.” (ONU, 2002, item I, 2).

Como já poderia ser previsto por sua amplitude, a noção de Justiça Restaurativa não é unívoca e, na realidade, traduz um conceito contestado, porque a expressão tem servido para uma grande variedade de diferentes movimentos ativistas (Boyes-Watson, 2019, p. 7)

Filosoficamente, a perspectiva restaurativa revisita considerações de Aristóteles e do próprio Hegel em torno da ideia de comunidade (assim se pronunciam vários autores, como Patiño Mariaca; Ruiz Gutiérrez, 2015, p. 235; Courakis, 2019, p. 44 e seguintes; Gavrielides, 2019a, p. 500). A inspiração aristotélica é evidente no que se refere ao entendimento de justiça como senso de equidade entre as partes interessadas, o que diz muito com a pretensão de *empoderamento* tanto das vítimas quanto do próprio ofensor selecionado pelo sistema punitivo (no que diz respeito à elevação de sua dignidade, aspecto ao qual voltaremos mais adiante).

Embora nunca seja demais frisar que a democracia grega que Aristóteles conheceu não é comparável às pretensões modernas do Estado Democrático de Direito, destaca-se que a noção de direito e justiça grega antiga era profundamente relacionada à participação de cidadãos livres da cidade-estado, o que conectava a identificação do próprio direito da *pólis* com fundamentos de direito natural. O realce à questão da igualdade era essencial aos antigos. “O direito (e o justo), enquanto forma de ordenamento da vida comunitária, existe justamente, e apenas, em tal comunidade de pessoas livres e iguais, nas relações entre essas pessoas livres e iguais [...]” (Bockenforde, 2012, p. 140)⁵⁸.

⁵⁸“A pólis o direito da pólis são ‘por natureza’, porque na pólis dos homens livres, formada e definida por regras, têm sua humanidade atualizada, sua natureza encontra sua realidade e completude. Por trás disso está a concepção de que a pessoa, bem como tudo o que existe, tem uma finalidade que lhe é própria (*entelechia*) [...] Ele aponta no sentido de desenvolver todas as potencialidades e aptidões de seu caráter e de seu espírito com vistas a uma boa vida (*eudaimonia*). A pessoa não é apenas um ser singular nem apenas um ser social que necessita do convívio na família (na casa) e – dividindo o trabalho para subsistir – na comunidade, mas um ser destinado à pólis – *zoon politikon*. A pessoa, que para Aristóteles se distingue por sua participação em todas as esferas do Ser – biológico-vegetativa, emocional, intelectual e racional -, alcança precisamente na pólis – enquanto comunidade que, como autarcia, busca a sobrevivência -, e somente nela, sua real destinação, que é um fim e um bem em si.” (Böckenförde, 2012, p. 141-142).

Sob outro aspecto, Theo Gavrielides relembra com Hegel que uma tese é contraposta pela antítese no âmbito de um processo gestacional da síntese. Desde esse ponto de vista, a despeito da sustentação hegeliana a aspectos relevantes da racionalidade penal moderna, no próprio Hegel se pode encontrar impulso filosófico para a afirmação restaurativa de consideração da totalidade (Gavrielides, 2019a, p. 500)⁵⁹.

Ora, a ideia de totalidade direciona as preocupações manifestadas pela Hermenêutica filosófica de Gadamer (2000b, p. 138), com especial atenção ao chamado *círculo da compreensão*. Trata-se precisamente do desenvolvimento de regra decorrente da retórica antiga pela qual os elementos individuais devem ser compreendidos a partir do todo e que o todo deve ser compreendido a partir do individual. Embora Gadamer não escrevesse sobre justiça restaurativa, as semelhanças com a pretensão holística das práticas restaurativas não deixam de ser observadas.

Prosseguindo, por se tratar de práticas de natureza dialogal, os autores da justiça restaurativa também soem invocar Jürgen Habermas (1929 e ainda vivo), pondo relevo na construção coletiva da Democracia. A imersão habermasiana no mundo da vida leva a reconhecer que as soluções aos conflitos *não respondem a um ideal absoluto de justiça*, podendo assumir diferentes formas dependendo do acordo de indivíduos livres, do tipo de conflito e da forma como deve ser administrado entre os interessados, comportando também níveis diferentes de formalidade para o alcance das soluções ajustadas (Mackay, 2019, p. 72-73).

No cenário pós-positivista, a capacidade para o diálogo é efetivamente um aspecto central, assumindo-se como natural ao ser humano, com a lembrança de que *o próprio ato da linguagem pressupõe a prática do diálogo*. Como não se pode dialogar sozinho, compreende-

59 Mas as contradições existem. A tolerância a alguns dos aspectos elementares da própria racionalidade penal moderna se conjuga com a tentativa de conciliação entre regimes político-econômicos e aparente negação da ideia de que o direito é um instrumento irremediável de dominação de classes. Nesse sentido, *ao menos parte da doutrina* que disserta sobre justiça restaurativa rebaixa de modo provisório a crítica neomarxista, o que se mostraria essencial para a postura conciliatória entre métodos que mais adiante descreveremos. Dizem: “No âmbito político, uma forma substantiva desta ‘síntese’ hegeliana (ou da ‘harmonia’ na terminologia de Heráclito) poderia ser encontrada na ideologia da social-democracia e do social-liberalismo, como uma reconciliação ‘centrista’ entre socialismo e (neo)liberalismo. Além disso, em âmbito financeiro, uma forma semelhante desta síntese é observada no modelo de sucesso da *soziale Marktwirtschaft*, que tem sido, durante décadas, o fundamento teórico da política econômica da República Federal da Alemanha. Da mesma forma, algumas das chamadas ‘teorias da economia mista’ foram estabelecidas dentro do mesmo quadro teórico.” No original: “*At a political level, a substantive form of this Hegelian “synthesis” (or of the “harmony” in the terminology of Heraclitus) could be found in the ideology of social democracy and social liberalism, as a “centrist” reconciliation between socialism and (neo)liberalism. Moreover, at a financial level, a similar form of this synthesis is observed in the successful model of soziale Marktwirtschaft, which has been, for decades, the theoretical foundation of the economic policy of the Federal Republic of Germany.*” 5 Similarly, some of the so-called “mixed economy theories” have been set forth within the same theoretical framework.” (Courakis; Gavrielides, 2019, p. 46-47).

se sem impugnação a associação que as práticas restaurativas fazem à teoria habermasiana, na medida em que a construção da justiça deve resultar efetivamente do diálogo e não do monólogo, com sentido coletivo e comunitário, portanto.

No entanto, além da dificuldade gerada pela substituição da prática linguística pelo uso dos *meios* financeiros e de relações de poder, é pertinente também notar como a própria tecnologia no mundo contemporâneo pode ser agravante do enfraquecimento da conversação e do entendimento (sobre as dificuldades à comunicação geradas pela tecnologia: Gadamer, 2000a, p. 134)⁶⁰.

Considerações dessa estirpe darão explicação de fundo à preferência pelo *diálogo pessoalizado e humanizado*. Um dos diferentes ruídos sobre a qualidade do diálogo na contemporaneidade decorre da natureza dos contatos reduzida ao sentido negocial, por exemplo, nos casos em que as práticas de conversação “não têm o caráter da assim chamada troca recíproca entre pessoas”, porque não são afetados *como pessoas*, mas como *administradores* de interesses. Assim, se aponta a eminência da qualidade do diálogo terapêutico, da espécie que ocorre na prática psicanalítica (Ibidem, p. 137).

Outrossim, por sua recusa ao sentido meramente negocial, note-se que instituições tradicionais e religiosas têm um papel a desenvolver sobre o fenômeno criminal no contexto da justiça restaurativa, porque sua visão holística não desconsidera o aspecto da espiritualidade. Aliás, o pioneiro Howard Zehr dedicou um capítulo inteiro às expressões bíblicas para fundamentação de um novo pacto sobre o tema, intitulado *Covenant Justice: the biblical alternative* (Zehr, 2015, p. 129 e seguintes). Efetivamente, programas de justiça restaurativa podem e comumente têm algum amparo em práticas de espiritualidade, o que se nota especialmente nas práticas inspiradas em comunidades tradicionais (em que o sentido religioso da vida social pode ser encontrado de modo bastante desenvolvido)⁶¹.

A ênfase na espiritualidade conecta a justiça restaurativa também ao Existencialismo cristão de autores como Emmanuel Levinas (1906-1995), que reconhecem na alteridade característica da existência humana uma expressão divina. De modo bem ilustrativo, sua obra evidencia a expressão do rosto alheio como primeiro elemento de intersubjetividade, carregado de sentido metafísico (aliás, para ele, com sentido teológico), porque: “Procurar a

60 “Porque a esfera do tocar e do escutar através da qual os seres humanos se aproximam uns dos outros, vem rompida insensivelmente através da proximidade artificial, criada pelo fio telefônico. Algo da brutalidade do perturbar e do ser perturbado permanece em cada chamada telefônica, mesmo quando o interlocutor afirma sinceramente que se alegra muito com a chamada.” (Gadamer, 2000a, p. 135).

61 Aos racionalistas convictos caberia a ponderação bastante equilibrada de Gilberto Giacoia, no sentido de que as perspectivas metafísicas e mecanicistas estão no mesmo plano de especulação filosófica e não é possível (como jamais será) alcançar-se resposta definitiva sobre que a origem da vida (bem maior) proceda de uma causa metafísica ou intrinsecamente física (2017, p. 250 e seguintes).

‘origem’ da Palavra de Deus, é absolutamente necessário” e prossegue. “A filosofia – ou fenomenologia – é necessária para reconhecer sua voz. Pensei que é no rosto do outro que me fala pela ‘primeira vez’. É no encontro de outro homem que Ele ‘vem à mente’ ou ‘faz-se evidente’.” (Levinas, 2014, p. 34)⁶².

Para Levinas (2022, p. 286), “o ser é exterioridade” e, na vida política, a humanidade se compreende a partir das suas obras. Na história (v.g. História dos Estados) o ser humano aparece como conjunto das suas obras, é sua própria herança ainda vivo. A justiça social consiste em tornar de novo possível a expressão em que *as pessoas não são intercambiáveis*, no sentido de que guardam sua unicidade. Uma proposição ética assim fundada implica *reconhecer o valor do outro* (apto ao diálogo, portanto): “A justiça é um direito à palavra” (Ibidem, p. 295). Mas a justiça restaurativa em si não é especificamente cristã e não se identifica com nenhuma religião específica, *não devendo ser confundida com doutrinação religiosa*⁶³.

Afora a inspiração filosófica e espiritual, o interesse por práticas restaurativas tem acompanhado nas últimas décadas a busca por soluções extraprocessuais para conflitos que aportam ao Poder Judiciário com intensidade cada vez maior e não encontram soluções adequadas diante da rigidez dos modelos e fórmulas do processo judicial. Por isso, veremos que algumas das primeiras iniciativas de práticas restaurativas contemporâneas são coesas com o estímulo de práticas autocompositivas destinadas a garantir simplesmente maior eficiência na prestação do serviço judiciário.

De fato, a história recente das práticas restaurativas se parecia com projetos como o da Corte Superior do Distrito estadunidense de Columbia, que criava, em 1985, um sistema denominado de sistema de *múltiplas portas*, por meio do qual a repartição pública procederia à triagem preliminar dos litígios, oferecendo orientação e encaminhando os interessados sobre o meio mais adequado para a solução da controvérsia (sobre o sistema de múltiplas portas no histórico de práticas autocompositivas: Massali, 2015, p. 35 e seguintes).

62 O desconhecimento do próximo está na origem dos abusos totalitários: “Tenho descrito sempre o rosto do próximo como portador de uma ordem, que impõe ao *eu*, diante do outro, uma responsabilidade gratuita – e inalienável, como se o eu fosse escolhido e único – e o outro homem é absolutamente outro, isto é, ainda incomparável e, assim, único. Todavia, os homens que estão à minha volta são tantos! Daí o problema: quem é meu próximo? Problema inevitável da justiça. Necessidade de comparar os incomparáveis, de conhecer os homens; daí seu aparecer como formas plásticas de figuras visíveis e, de certo modo, ‘des-figuradas’; como um grupo do qual a unicidade do rosto é como que arrancada de um contexto, fonte de minha obrigação diante dos outros homens; fonte à qual a mesma procura da justiça, afinal de contas, remete e cujo esquecimento arrisca transformar em mero cálculo político – e chegando até aos abusos totalitários – a sublime e difícil obra da justiça.” (Ibidem, p. 29).

63 Com efeito, a ética profundamente igualitária de Levinas pode ser relacionada à proteção das diferenças, incluindo religiosas, no contexto judiciário. Sobre a ética da alteridade na consolidação da igualmente: Alves; Miranda; Tiroli, 2021, p. 47 e seguintes.

Desse modo, além das contradições fundamentais da racionalidade penal moderna, práticas restaurativas respondem também em parte ao estímulo de soluções alternativas para a própria turbidez do sistema judiciário. Era (e ainda é) um problema central da Justiça em todo o mundo a dificuldade que encontra para responder, por exemplo, ao surgimento de novos direitos que assumem contexto complexo (com destaque à tutela de direitos transindividuais), à onerosidade excessiva do sistema judiciário e à falta de informação adequada sobre os melhores meios de solução de conflitos (Ibidem, p. 61 e seguintes). As dificuldades enfrentadas pelo sistema formal de justiça implicam gastos econômicos e podem aumentar o distanciamento entre a Justiça e os seus fins últimos de atendimento às demandas da população jurisdicionada.

No âmbito cível, as soluções alternativas e a coletivização das soluções de conflitos já são uma realidade, como demonstram as providências extraprocessuais que podem ser realizadas por múltiplos legitimados ao estabelecimento e se traduz no estímulo de acordos envolvendo diferentes grupos da sociedade, com termos de ajustamento de conduta e outras providências variadas que correlacionam as demandas individuais à satisfação (se possível extrajudicial) de interesses da coletividade⁶⁴. Sem esses mecanismos, muitos conflitos cíveis não teriam solução adequada. “[...] As partes tratam-se como inimigas. Não raras vezes, chega-se a incitar uma espécie de revanchismo, que pode até impulsionar a existência de novos processos e a perpetuação do litígio. [...] Ninguém sai vencedor, há prejuízo a tudo e a todos.” (Ibidem, p. 125).

No campo criminal, movimentos despenalizadores e de grupos de interesses (especialmente de defesa das vítimas) têm sido muito importantes para a promoção de ideias restaurativas, precisamente ante a compreensão de que as soluções do sistema punitivo tradicional (embora possam satisfazer à ânsia moralizante pelo castigo aflitivo) dedicam atenção quase que exclusivamente ao ofensor (v.g. a seu castigo) e praticamente ignoram as necessidades de interesses das demais pessoas que foram afetadas pela prática delituosa. Necessidades de acolhimento, informação, assistência e principalmente reparação etc. ocupam um espaço muito secundário entre as metas do retributivismo (sobre o empoderamento das vítimas: Boyes-Watson, 2019, p. 9). A perspectiva de retomada do diálogo comunitário também projeta a recusa à estigmatização e ao isolamento característico da racionalidade penal tradicional, de modo que a discussão da melhor solução ao conflito instalado pelo fato delituoso implica compreensão do ofensor para além de sua representação como infrator à

⁶⁴ “As transformações sociais e a multiplicação dos direitos vieram a acarretar uma nova visão de Estado. A postura liberal, fundada na exacerbação e realização plena do indivíduo, é aos poucos abandonada, rumando para uma ideia de socialização dos direitos e interesses.” (Ibidem, p. 88)

norma, reconhecendo que “há *alguém* ali, sujeito complexo cuja integração social inclui outras relações nas quais possa desenvolver o bem” (Bonavides, 2020, p. 267)⁶⁵.

Assim, o ideal restaurativo transcende as instâncias judiciárias e tem motivado experiências em vários campos da vida, como na constituição de comunidades escolares, organizações e serviço social para jovens e famílias em situação de risco, cuidados com idosos e policiamento, todos inspirados em preocupações restaurativas em meio à comunidade (O’connell, 2019, p. 435 e seguintes).

Tentando definir o movimento restaurativo, a doutrina responderá à pergunta “para que serve?”, indicando quatro pontos de vista diferentes que permitiriam identificar práticas restaurativas:

a) enquanto *processo restaurativo*: nessa primeira perspectiva, a justiça restaurativa se desenvolve como *processo* em que há a participação das partes ligadas pela infração ou pela comunidade circunvizinha, o quando basta para sua caracterização, de modo que outras finalidades específicas (como a reparação dos danos, alcance da conciliação, são secundárias).

b) por *finalidades restaurativas*: como modelo de resolução de conflitos que visa a atender *uma finalidade* eleita: reparação dos danos, resolução do conflito, responsabilização etc. (definindo-se o processo pela meta identificada).

c) por *finalidades e práticas restaurativas*: justiça restaurativa definida *tanto pelas finalidades quando pelas práticas restaurativas*, cumulativamente;

d) por *finalidades e valores restaurativos*: *definindo-se seu propósito como modelo de resolução de conflitos que visa a atender sim determinadas finalidades e (ao mesmo tempo) valores restaurativos*, enfatizando-se a busca de soluções definitiva à medida que haja observação de valores restaurativos (Costa, 2021, p. 279 e seguintes).

Diante da falta de sentido unívoco, a definição amplíssima da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 2002/12 de início referida, põe ênfase de modo adequado na *participação plural de vítima, ofensor e comunidade* para estabelecimento de soluções ao conflito, tomando o cuidado de não opor restrições procedimentais e de resultados. Assume-se de modo subentendido a informalidade característica dessas práticas e a desvinculação ao exercício da sanção estatal, com sentido claramente minimalista em relação ao sistema punitivo convencional, portanto. A esses aspectos voltaremos mais diante, ao tratar dos princípios fundamentais da justiça restaurativa.

⁶⁵ O empoderamento é mútuo (tanto da vítima quanto do ofensor), uma vez que o estímulo ao diálogo implica reconhecer sua condição de sujeito: “*Sua mensagem teórica e prática fala de diálogo, de contato, no sentido de fazer o (re)empoderamento dos indivíduos, por meio do reconhecimento de uma capacidade discursiva e produtora de saberes [...]*” (Ibidem, p. 267).

3.1 Antecedentes e contextualização normativa

A justiça restaurativa como prática ancestral comunitária não se resume às iniciativas contemporâneas de alternativas à racionalidade penal moderna. Por milênios, comunidades ao redor do mundo usaram práticas relacionais para lidar com o sofrimento e solucionar conflitos seguindo valores, princípios e estratégias que hoje são associados à justiça restaurativa (Stauffer; Turner, 2019, p. 443).

Mas as origens próximas da ideação restaurativa emergiram durante as décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos e no Canadá em torno de programas relacionados à prática de Conferência Vítima-Ofensor (*Victim Offender Reconciliation Program – VORP*) para estímulo à mediação entre interessados diretos no conflito, como será objeto de nova atenção em capítulo próprio (Zehr; Gohar, 2003, p. 45).

Desde as práticas de conferência entre vítima e ofensor da década de 1970 e passando pela obra seminal de Howard Zehr em 1990 (especificamente se refere o título *Changing lenses*), várias iniciativas foram identificadas no âmbito da justiça criminal, ademais de outras relativas a direitos da criança e do adolescente, serviços sociais ou conflitos no âmbito escolar. Práticas desse tipo passaram a ser reconhecidas até mesmo no campo de processos de pós-conflito para governança democrática e paz (v.g. justiça de transição). Ainda, com toda razão, serviram à fundamentação de programas de defesa de autonomia cultural e política de povos indígenas em contraposição às práticas colonizadoras (Boyes-Watson, 2019, p. 7 e seguintes)⁶⁶.

Ao contar-nos um caso paradigmático ocorrido em 1974, em relação à responsabilização de dois jovens por vandalismo em Elmira, Ontario, Howard Zehr expressou bem a dificuldade inicial encontrada para sustentação de novas alternativas ao sistema penal convencional. Ao ser confrontado sobre sua intenção de tentar reconciliar os ofensores com a vítima, o oficial de liberdade condicional responsável pelo caso, Mark Yantzi, disse que estava disposto a abrir-se para novas medidas, no entanto deixou bem clara sua reticência quanto a ele próprio sofrer estigmatização por abandonar o sistema convencional, perguntando: “Eu

⁶⁶ Seja como for, no curso dessas novas iniciativas, a doutrina aponta que foi Albert Eglash, em 1977, quem cunhou pela primeira vez o termo *justiça restaurativo* (Ibidem, p. 9).

vou arriscar minha reputação ao promover um acordo entre a vítima e ofensor que não tem base legal?”⁶⁷.

Ainda que sem base normativa expressa, essas primeiras iniciativas de promover encontros diretamente entre a vítima e seu ofensor no âmbito de jovens em conflito com a lei motivaram os chamados Programas de Reconciliação Vítima-Ofensor (*Victim-Offender Reconciliation Programs* – VORP). O primeiro programa desse tipo foi instalado em Kitchener, Ontario, Canadá, em 1974. O primeiro assemelhado nos Estados Unidos se deu em Elkhart, Indiana, em 1978 (Umbreit; Armour, 2011, p. 113).

Ainda no campo da Infância e da Juventude, emergiu no final dos anos 1980 o esforço também da Nova Zelândia para remodelar o atendimento ao público infantil, com o envolvimento das famílias marginalizadas e promoção de práticas mais culturalmente responsivas e empoderadoras igualmente para a juventude indígena (Boyes-Watson, 2019, p. 10). Nesse sentido, a prática de Conferência de Grupo Familiar (*Family Group Conferencing* - FGC) para a infância a juventude naquele país foi promovida precisamente com inspiração na cultura tradicional do povo Maori. A aproximação do tema com as práticas de povos tradicionais se justifica precisamente em razão de sua característica mais dialogal e relacional (Skelton, 2019, p. 39), que traduz uma abordagem melhor compatibilizada com a inspiração filosófica restaurativa.

Além disso, ainda na seara dos direitos de populações indígenas, o movimento está relacionado à legitimação de práticas de resistência contra aculturação forçada no contexto da colonização ocidental. Assim, entre diferentes projetos semelhantes, no Canadá, em 1975 foi fundado o *Native Law Centre* na Universidade de Saskatchewan, precisamente para promover o desenvolvimento de direito indígena. Movimentos inspirados nas tradições indígenas começaram nos anos 1980 para o tratamento de alcoolismo e abuso de drogas *em comunidade*. Em 1982, foi instalado o sistema intitulado *Navajo Peacemaker Court*, pelo qual juízes navajo pretenderam reviver o modelo tradicional de pacificação orientado pelas leis e costumes dessa tradição (Boyes-Watson, 2019, p. 13)⁶⁸.

A esse mesmo tempo, a ideologia da construção da Democracia e da Paz por meio de práticas dialogais restaurativas também inspirou as chamadas “comissões da verdade” em períodos de transição democrática que ocorreram a partir dos anos 1970. Nos lugares que

67 No original: “Do I want to risk my reputation in suggesting a negotiated settlement between the victim and these offenders that has no basis in law?” (Zehr, 2015, p. 160).

68 Programas de justiça restaurativa foram endereçados mesmo à atenção sobre crimes graves. Entre os mais conhecidos esforços nesse sentido, está o Programa Holístico de Cura Circular da Comunidade *Hollow Water* (*Hollow Water Community Holistic Circle Healing Programme*), inaugurado em 1987 em uma comunidade Ojibway na comunidade canadense de mesmo nome (Ibidem, p. 13).

passaram pela experiência de governos antidemocráticos, a ideologia restaurativa acompanhou o reclame de admissão pública do que aconteceu e confissão dessas violações (estabelecimento público da *verdade* como prática restaurativa das relações sociais), eventualmente como condição no âmbito da gestão de anistia ou forma de transição para um governo democrático legítimo (Ibidem, p. 12)⁶⁹.

As experiências com justiça restaurativa parecem ter sido tão bem sucedidas que se replicaram muito bem para outros países de língua inglesa.^{70 e 71} No plano normativo internacional, proposições de realce sobre a participação das vítimas e autocomposição motivaram a Organização das Nações Unidas a aprovar por sua Assembleia Geral em 29 de novembro de 1985 a Resolução n. 40/34 (Declaração de Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder); e em 14 de dezembro de 1990 a Resolução n. 45/110 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade – ditas Regras de Tóquio).

Notadamente as Regras de Tóquio tiveram grande impacto internacional e enunciaram uma série de princípios básicos para promoção de substitutivos penais que corroboraram o interesse por alternativas penais ao redor do mundo. Embora não declaradamente afetas à justiça restaurativa, seus enunciados encamparam vários dos valores inerentes a programas restaurativos. Declaradamente, conforme seu item 1.2, as Regras de Tóquio vieram a “*promover o envolvimento e a participação da coletividade no processo da justiça criminal, especificamente no tratamento dos infratores, assim como desenvolver nestes o sentido de responsabilidade para com a sociedade*”. O mesmo documento também assinalava que, em sua aplicação, “os Estados-Membros devem se esforçar para assegurar o *equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime*” (item 1.5 das Regras de Tóquio). Guardam, dessarte, grande similitude com o conceito de justiça restaurativa que seria depois consolidado em dispositivos específicos sobre a matéria.

69 Aliás, na África do Sul, a Comissão da Verdade e Reconciliação (*Truth and Reconciliation Commission*), Desmond Tutu fez uma declaração também influente de que essa iniciativa constituía uma forma de justiça restaurativa. Isso criou uma forte conexão entre o movimento pacificador universal e a agenda própria ao movimento da justiça restaurativa (Ibidem, p. 12).

70 Na Nova Zelândia, o *Children, Young Persons and their Families Act* de 1989 estabeleceu a conferência de grupo familiar providência obrigatória para todas as decisões importantes no Tribunal de Menores em que o jovem “não negasse” a imputação que fosse feita. Mais ainda, em 1991, essa prática foi adaptada como estratégia de policiamento comunitário para pequenos atos infracionais (Ibidem, p. 10).

71 No Reino Unido, essa prática foi adotada pela primeira vez pela polícia de *Thames Valley* em meados da década de 1990 como abordagem para jovens infratores. Já em 1998, a Lei do Crime e Desordens criou o projeto *Youth Offending Teams* (YOTS), como esforço entre agências para estratégia preventiva de atos infracionais (Ibidem, 2019, p. 10-11).

De forma bastante prudente, a Organização das Nações Unidas deu um passo adiante à revisão do retributivismo no direito penal, mas com *alguma ressalva sobre o sentido contra-hegemônico* de sua iniciativa modeladora dos ordenamentos nacionais (declarando não pretender traduzir um novo movimento de colonização de países subdesenvolvidos). Também assinalou a devida *preservação das garantias fundamentais* do indivíduo no processo penal, amainando o sentido abolicionista das práticas restaurativas em favor do sentido mais propriamente minimalista e garantista da persecução pública⁷².

De modo muito pertinente, também encamparam o interesse no estímulo do voluntariado, como mais um meio de contribuição dos membros da *comunidade* para a solução alternativa de conflitos criminais (itens 17.1 e 17.2 das Regras de Tóquio)⁷³.

Já ao final da década, de todo modo, em 28 de julho de 1999, a Organização das Nações Unidas aprovou a Resolução 1999/26 (Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal), seguida pela Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000 (Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais). Logo mais, em 24 de julho de 2002, a Organização das Nações Unidas aprovou sua Resolução n. 2002/12, definindo a formatação mais acabada dos Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.

Por meio desse documento, apresentou a definição ampla que vimos no subcapítulo precedente, de processo restaurativo como “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.” (item I, 2 da Resolução 2002/12). A Organização das Nações Unidas avançou, então, no esforço de sistematização da matéria e operou uma classificação inicial de práticas restaurativas, apresentando as seguintes modalidades (não excluindo o reconhecimento de outras, segundo se depreende de sua leitura): mediação, a conciliação,

⁷² Assim, as Regras de Tóquio estatuíram: “1.3 A aplicação destas Regras deve levar em consideração a situação política, econômica, social e cultural de cada país e os fins e objetivos de seu sistema de justiça criminal. [...] “4.1 Nenhuma das disposições destas Regras deve ser interpretada excluindo a aplicação das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Reclusos², das Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim)³, do Conjunto de Princípios para a Proteção de todos os Indivíduos Sujeitos a qualquer Forma de Detenção ou Prisão⁴ e de outros instrumentos e padrões sobre os direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional e relativos ao tratamento de infratores e à proteção dos seus direitos fundamentais enquanto seres humanos.”.

⁷³ Considerando o paralelo da busca por medidas alternativas ao sistema judicial tradicional, essa também foi uma época de novas convenções importantes para a Infância e a Juventude, na mesma data de 14 de dezembro de 1990, quando foram aprovadas igualmente outros dois textos-chave para o direito socioeducativo e que tiveram grande impacto mundial: a Resolução n. 45/112, intitulada de Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad); e a Resolução n. 45/113, intitulada Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (item I, 2, segunda parte, da Resolução 2002/12).

A mesma Resolução também explicitou a conclusão de que não há incompatibilidade de práticas restaurativas com *qualquer estágio do sistema de justiça criminal*, de acordo com a legislação nacional (item 7), o que abre grande oportunidade de introdução da justiça restaurativa não apenas como medidas alternativas ao processo penal, mas também como práticas paralelas, com ou sem vinculação a algum procedimento judicial. Admitindo o cabimento de práticas restaurativas no contexto de processos judiciais já instaurados, recomendou-se que suas atividades podem ser eventualmente supervisionadas pelo Poder Judiciário ou incorporadas de modo a produzir efeitos judiciários^{74 e 75}.

Por meio desses documentos, a Organização das Nações Unidas chancelou a justiça restaurativa, mas reafirmou o sentido menos propriamente abolicionista e mais prudente de cotejamento minimalista e garantista das práticas restaurativas com garantias fundamentais acumuladas ao devido processo penal. Por exemplo, ressaltou-se que a Justiça só deve admitir práticas restaurativas se houver prova suficiente de autoria (v.g. se não houver contradita sobre a efetiva correlação subjetiva do implicado com o fato que lhe é imputado) e também se houver o consentimento livre e voluntário dos envolvidos (itens 7 e 13 da Resolução 2002/12 da ONU).

No Brasil, o ânimo correspondente aos substitutivos penais e práticas restaurativas estimulou no mesmo período uma série mudanças normativas importantes, que se reproduziram em vários comandos inovadores, a começar pela própria Constituinte, que em 1988 nos brindou com uma República pautada pelos princípios fundamentais de *prevalência dos direitos humanos, defesa da paz e solução pacífica de conflitos* (artigo 4º, II, VI e VII, da Constituição da República).

Entre a legislação ordinária, foram exemplos dessa nova ideologia a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro

74 Conforme a Resolução 2002/12-ONU: “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. 16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga.”

75 Aspecto que, por sua vez, gera dificuldades potenciais quando à cooptação das práticas restaurativas pela lógica retributiva, conforme será também objeto de atenção em momento adequado.

de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998 (que alterou e ampliou a dinâmica de penas alternativas no Código Penal)^{76 e 77}.

A adoção expressa de práticas restaurativas pela legislação nacional, no entanto, *seguuiu engatinhando em nosso País* e foi somente em 2004, contando com parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que três projetos-piloto foram instalados no Brasil segundo a dicção daquele regramento, nas cidades de São Caetano do Sul, Porto Alegre e Brasília (Costa, 2021, p. 279 e seguintes).

Avançando lentamente e de modo paralelo à relativa insuficiência de atenção do Poder Legislativo, o Brasil encontrou só mais adiante a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário), que tratou apenas rapidamente do tema (fez uma única menção discreta sobre justiça restaurativa como parte do processo de mediação).

O impulso conseguinte coube ao Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014 (Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público), documento relativamente pioneiro que explicitou com todas as letras o compromisso do Ministério Público brasileiro com o estímulo ao processo restaurativo (artigo 1º).

Foi de pronto seguido pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016 (Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro). Em seus próprios “considerandos” iniciais, a Resolução n. 225 enuncia o pressuposto de que a complexidade dos fenômenos do conflito e da violência exige a superação da resposta individualizadora tradicional, a fim de que sejam considerados seus aspectos comunitários:

[...] diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, *não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários*, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento,

⁷⁶ Os Juizados Especiais Criminais no Brasil se orientam por critérios de informalidade e declarado objetivo de, sempre que possível, promover a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (artigo 62 da Lei n. 9.099/95).

⁷⁷ Segundo as alterações promovidas pela Lei n. 9.714, as modalidades de penas alternativas e condições de sua aplicação substitutiva da pena privativa de liberdade incluem com destaque a prestação pecuniária (que se dirige à vítima ou a entidade de interesse social) e a prestação de serviços *comunitários*: “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana. IV - Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.[...]”.

estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados [...] (Conselho Nacional de Justiça, 2016).

O Conselho Nacional de Justiça brasileiro também se dedicou à elaboração de um conceito mais detalhado de justiça restaurativa (acrescentando outros aspectos ao conceito bastante genérico que havia sido estabelecido pela Organização das Nações Unidas). A definição formal de justiça restaurativa no documento nacional aponta a:

[...] um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...] (Conselho Nacional de Justiça, 2016, artigo 1º).

Em outros aspectos, a resolução nacional acompanhou o conteúdo que já era previsto pela Organização das Nações Unidas, como indica seu artigo 1º, § 2º, pelo qual a mencionada Resolução do Conselho Nacional de Justiça autoriza de modo claro que a justiça restaurativa se desenvolva de modo *alternativo ou concomitante ao processo convencional*.

Para melhor direcionamento dos programas restaurativos que devam ser reconhecidos pela Justiça brasileira, o enfoque restaurativo reconhecido pela Resolução n. 225 apontou elementos fundamentais caracterizadores das práticas restaurativas e seus princípios fundamentais (artigos 1º, § 1º, V, incisos *a, b, c e d*, e 2º).⁷⁸

Outras normativas têm sido ainda instituídas mais especificamente em relação às vítimas de crimes e medidas alternativas ou paralelas à pena retributiva convencional, embora sem necessariamente ajuste pleno aos ideais restaurativos consagrados pela Resolução n. 225. Ilustram isso a Resolução nº 253/18, do Conselho Nacional de Justiça, e a Resolução nº 243/21, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõem acerca da política institucional de proteção às vítimas de crimes; com a previsão de mecanismos que protegem as vítimas em todos os momentos, incluindo a capacitação de pessoal para seu atendimento. Esse cabedal normativo projeta a minimização do sofrimento da vítima, para que possam se sentir acolhidas e validadas, além de serem direcionadas para os equipamentos públicos necessários, conforme o caso concreto demandar. Também exemplificam esse esforço o texto da chamada Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021), que determina sejam coibidos os atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas; e o texto da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que contempla o delito de violência institucional (prevendo como crime a submissão de vítima de infração penal ou testemunha de crimes violentos a procedimentos geradores de sofrimento ou estigmatização).

⁷⁸A enunciação e considerações críticas sobre os princípios fundamentais serão desenvolvidas logo adiante.

Facilmente se nota que o interesse sobre práticas restaurativas comunitárias no ambiente judiciário brasileiro ganhou destaque a partir da Resolução n.225 do Conselho Nacional de Justiça e até chegou a compor as Metas anuais do Conselho Nacional de Justiça para o ano de 2016⁷⁹. Mas houve descontinuidade do tema nas edições das Metas anuais seguintes⁸⁰.

A nova ênfase que se vê reforçada aos direitos das vítimas sem a necessária continuidade de esforços restaurativos mais amplos pode representar um hiato na implementação de práticas efetivamente comunitárias de justiça no Brasil. Isso reforça a oportunidade e atualidade do tema, porque a ênfase isolada sobre os direitos das vítimas constitui também uma redução do fenômeno delituoso que melhor seguiria avançando no sentido da atenção coletiva ao assunto.

3.2 Princípios fundamentais restaurativos

A Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça definiu os seguintes elementos fundamentais identificadores de práticas restaurativas: a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido (Conselho Nacional de Justiça, 2016, artigo 1º, § 1º, V, incisos *a, b, c e d*)⁸¹.

Em atenção a essas características, o mesmo texto normativo enunciou no Brasil os seguintes princípios fundamentais: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o

79 “META 8 – Implementar práticas de Justiça Restaurativa • Justiça Estadual: Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31.12.2016.”.

80 Recentemente, em 28 de novembro de 2023, o Conselho Nacional do Ministério Público voltou discretamente a manifestar sua boa aceitação sobre as iniciativas restaurativas, ao publicar um novo volume intitulado “Guia de Práticas Restaurativas” à coletânea denominada “Guia de Atuação Resolutiva”. Ali, afortunadamente, a justiça restaurativa chegou a ser representada como instrumento de mudança cultural, como na proposição de seu uso para discussão do tema da violência doméstica e familiar contra mulher (CNMP, 2023, p. 54 e seguintes). Mas a publicação é apenas elucidativa, com sentido mais propriamente doutrinal e não vinculante da atuação institucional.

81 Nesse sentido, a regulação brasileira não se afasta muito dos pressupostos e assunções fundamentais assinaladas pela doutrina especializada. Em sua publicação intitulada *The little book of restorative justice* (2003, p. 17 e seguintes), Howard Zehr apresentou os seguintes pressupostos definidores: 1) Crime é a violação contra uma pessoa e contra relações interpessoais; 2) violações criam obrigações; 3) a obrigação central é reparar os erros. Em consequência, seus três pilares são: 1) danos e necessidades; 2) obrigações (reparação); 3) engajamento (dos interessados, que refere como *stakeholders*).

atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (Ibidem, artigo 2º).

Essa listagem desdobra princípios que já haviam sido enunciados pela doutrina pioneira no plano internacional⁸² e correspondem às seguintes noções elucidativas de Umbreit e Armour (2011, p. 88 e seguintes): a) o dano expressa um princípio organizacional: a justiça restaurativa é focada sobre o dano causado, que deve ser encarado primeiramente do ponto de vista pessoal do ofendido, embora para o observador externo não transpareça eventualmente importante, por exemplo. b) exercita-se a responsabilização pessoalizada em resposta ao dano: o empoderamento da vítima aponta que ela é quem realmente pode encarar o ofensor e somente ele pode admitir o que fez, repudiando o aspecto de sua própria debilidade que levou o dano a ocorrer. c) promove-se a inclusividade: atenta ao princípio do engajamento, à medida que implica ampliação do círculo de pessoas da família e da comunidade que participam do cenário completo do conflito, para expressar suas necessidades e interesses. d) preserva-se a voluntariedade: uma vez que a justiça restaurativa é necessariamente voluntária e consensual, contrastando com o sistema de justiça convencional, que compele ou desautoriza o discurso e determina adesão comportamental às regras prescritas. e) os participantes contam com facilitação não-diretiva: muito do trabalho de mediadores e facilitadores habilitados nem deve ser notado, porque a meta é permanecer em apoio, embora não propriamente de forma passiva, já que devem estimular os participantes a falar entre si como pessoas, expondo seus anseios, o que precisa ser dito e como deve ser escutado. O facilitador também deve garantir a segurança do ambiente, prestando atenção também à linguagem não falada, para que as partes possam se sentir empoderadas a comunicar-se.

Ora, os princípios enunciados pela Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça correspondem quase todos a características dos programas restaurativos: corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, participação e empoderamento encontram correspondência no que a doutrina

⁸² Nesse ponto também segue de modo aproximado o conteúdo principiológico sistematizado pela doutrina, que elenca cinco princípios básicos de justiça restaurativa: 1) foco nos danos e correspondentes necessidades (das vítimas, mas também das comunidades e ofensores); 2) estabelecimento de obrigações resultantes desses danos (aos ofensores, mas também às suas famílias, comunidades e ofensores); 3) emprego de processos inclusivos e colaborativos; 4) envolvimento das pessoas com legítimo interesse na situação (vítimas, ofensores, familiares, membros da comunidade, sociedade); 5) procurar reparar os erros. Na precisa redação do original: “*Five Principles of Restorative Justice Restorative justice... 1. Focuses on harms and consequent needs. (victims', but also communities' and offenders')* 2. *Addresses obligations resulting from those harms. (offenders' but also families', communities' and society's)* 3. *Uses inclusive, collaborative processes.* 4. *Involves those with a legitimate stake in the situation. (victims, offenders, families, community members, society)* 5. *Seeks to put right the wrongs.*” (Zehr; Gohar, 2003, p. 33).

aponta como *foco sobre o dano* (aos interesses reais envolvidos e não meramente presumidos pela legislação, portanto), *responsabilização e inclusividade*.

Já a informalidade, voluntariedade, imparcialidade e consensualidade são inerentes à *voluntariedade e à facilitação não diretiva* antes esclarecidas pela doutrina, acrescentando-se a ênfase de que a plena liberdade de manifestação dos envolvidos pressupõe a perspectiva de sua preservação em relação ao conteúdo que seja discutido durante as práticas (confidencialidade).

Por último, *a urbanidade e a celeridade foram acrescentadas pela legislação nacional* como elementos do diálogo entre os interessados com foco sobre a solução de conflitos, não podendo desviar-se para um espaço degenerado de ampliação e prolongamento do conflito. Cabe destacar que a urbanidade exigida pelo regulamento do Conselho Nacional de Justiça não se resume ao trato cortês. Promove-se, por exemplo, pela evitação da “linguagem estigmatizante e excludente, pois o ser humano é multidimensional, complexo e plural, não podendo ser reduzido ao ato que estigmatiza o comportamento reprovado” (Bonavides, 2020, p. 263); o que naturalmente supõe estímulo e treinamento aos agentes jurídicos para aperfeiçoar sua capacidade de diálogo^{83 e 84}.

Uma primeira observação crítica sobre a enunciação realizada por meio da Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça implica notar que a *prevenção da reiteração delituosa* não consta das enunciações de princípios fundamentais restaurativos, mas foi apontada de modo aparentemente contraditório como *o objetivo* das práticas restaurativas na regulação brasileira (Conselho Nacional de Justiça, 2016, artigo 8º, *caput*).

A rigor, a indicação do objetivo de prevenção da reiteração delituosa parece deslocada no texto do referido Conselho Nacional, porque as práticas historicamente consolidadas de justiça restaurativa *não miram precipuamente à prevenção específica de reincidência* (aqui atecnicamente considerada), *nem medem seu sucesso exclusivamente por*

83 Já se disse, em sentido semelhante, que deve haver a necessária manutenção de um programa de atuação que tenha como norte políticas públicas comprometidas com valores humanistas que propiciem a inclusão, integração, diálogo, tolerância e solidariedade entre as pessoas (Bonavides; Lopes, 2016. p. 624).

84 Além dos princípios fundamentais, a doutrina também declara que, diferentemente das outras formas de solução de conflitos, a justiça restaurativa é orientada segundo *valores*. Braithwaite (2003, p. 12) refere três classes de valores restaurativos: valores restritivos (*constraining values*), valores de maximização (*maximising values*) e valores emergentes (*emerging values*). Os restritivos procuram evitar que a prática restaurativa se torne opressiva (não dominação, empoderamento, respeito aos limites, escuta respeitosa, igualdade de preocupação com os participantes, responsabilidade – *accountability* -, apelabilidade – *appealability* - e o respeito aos direitos e garantias fundamentais internacionalmente reconhecidos). A segunda classe de valores propugna pela reparação de danos, retratação emocional, estímulo à compaixão etc. A terceira classe se refere a valores que devem ser manifestados espontaneamente durante a prática restaurativa, sem cobrança, como o pedido de desculpas, a explicitação de remorso, a manifestação do perdão etc. Esses valores em última análise poderiam ser também descritos como princípios informadores das práticas restaurativas e devem ser observados em todas as fases dos processos restaurativos, sob pena de desvirtuação de seu conteúdo.

ela. A rigor, a doutrina menciona que aspectos são normalmente considerados para medir o sucesso de práticas restaurativas: interesse na participação, engajamento, satisfação, restauração e redução de reincidência (que, como se vê, é apenas um – o último – dos indicadores de êxito da prática restaurativa) (Doak; O’Mahony, 2019, p. 211 e seguintes).

Em outras palavras, práticas restaurativas são cabíveis e *socialmente úteis* para reformatação das relações sociais mesmo que o caso concreto não implique perigo evidente de reiteração delituosa (caso de delitos eventuais, por exemplo), ou mesmo que o ofensor ao final acabe reiterando no futuro alguma prática delitiva, por exemplo. Seus resultados *não são passíveis de avaliação a curto prazo ou por dados estatísticos absolutos*, precisamente em razão da complexidade das relações sociais concretas e de outros aspectos inerentes à pacificação social que não dizem respeito especificamente sobre reincidência individual^{85 e 86}.

Prosseguindo na análise dos princípios restaurativos, em relação à ênfase sobre o dano e o empoderamento da vítima, um aspecto importante a destacar é que a negligência na atenção às necessidades vitimárias *compõe parte do processo secundário de vitimização* e completa o dano causado pelo ofensor diretamente (Zehr, 2015, p. 36), de modo que esse é realmente o principal aspecto que demanda atenção nas práticas restaurativas.

O isolamento promovido pela racionalidade penal moderna não implica constrangimento apenas ao ofensor, mas também à vítima, expressando a conclusão de que, ao final, o interessado maior é o Estado e que ela não tem poder e não é importante: “Em vez de devolver o poder a elas [v.g. às vítimas], permitindo que participem do processo de justiça, o sistema jurídico agrava o prejuízo novamente ao negar-lhes poder. Em vez de ajudar, o processo fere.”⁸⁷. Trata-se da mudança mais central do eixo sobre o qual gira a roda punitiva, porque, ao contrário, enquanto a doutrina clássica se constituiu em torno da retribuição aliada à proteção do bem jurídico para os sistemas da *civil law*, ou do *harm principle* para os sistemas da *common law* (ambos fincados no ideal de punir), na visão restaurativa, o crime é

85 A justiça restaurativa foca a violência, o declínio comunitário, e as respostas baseadas no medo como indicadores de relações deterioradas. No original: “*Restorative justice views violence, community decline, and fear-based responses as indicators of broken relationships.*” (Umbert; Armour, 2011, p. 2).

86 Embora práticas restaurativas não persigam precipuamente a prevenção de reincidência, elas a favorecem de modo mais apropriado que penas retributivas. A Psicologia leciona ser equivocada a presunção de que os seres humanos sejam incapazes de mudar seu comportamento. É plenamente viável que as mudanças das relações interpessoais promovam mudanças de comportamento dos envolvidos, porque *identidade nunca é algo estabelecido* como uma conquista na forma de uma armadura de personalidade, ou algo estático e imutável. “*For identity is never ‘established’ as an ‘achievement’ in the form of a personality armor, or of anything static and unchangeable*” (Erikson, 1968, p. 24).

87 No original: “*Instead of returning power to them by allowing them to participate in the justice process, the legal system compounds the injury again by denying power. Instead of helping, the process hurts.*” (Zehr, 2015, p. 36).

redefinido essencialmente a partir da violação à pessoa e às relações interpessoais (Bonavides; Giacoia, 2018, p. 239).

Quando alguém sofre uma violência, experimenta provavelmente sentimentos de raiva que podem contradizer suas próprias convicções pessoais e religiosas, gerando sentimento de culpa, por exemplo. Por isso, o empoderamento significa também oportunizar que expresse seus sentimentos e necessidades. Na prática, o recebimento das queixas vitimárias por amigos, família e comunidade é inconstante, porque pode ocorrer que os amigos evitem o assunto e pretendam convencê-la a seguir adiante, culpando a própria vítima por colocar-se nessa posição (*i.e. de vítima*)^{88 e 89}.

Ouvir a vítima é fundamental, mesmo quando o ofensor não estiver bem disposto à participação no processo restaurativo. A experiência delituosa pode ser especialmente dolorosa à vítima porque afeta duas assunções fundamentais de cada indivíduo: primeiro, a crença de que o mundo é um lugar ordeiro e pacífico; segundo, a fé em sua autonomia pessoal ou individual em um mundo dotado de sentido (com violação da confiança para o relacionamento do indivíduo com os demais) (Zehr, 2015, p. 30 e seguintes). Sem recepção adequada, esses sentimentos poderão gerar consequências em variados campos de seu comportamento, saúde, vida profissional etc., como no exemplo em que a vítima de um episódio fortemente traumático dá início ao uso abusivo de substâncias como meio de fuga da realidade. A intensidade e forma da reação das vítimas pode variar muito, de modo que os ofendidos por infrações mais leves podem apresentar reações tão sérias quanto as das vítimas de ataques violentos, ainda que de forma menos intensa (Ibidem, p. 30).

Por isso, empoderar a vítima implica antes de tudo assumir que ela tem *direito* de estar em luto pelo que aconteceu e dar-lhe oportunidade de expressar seus sentimentos e

88 “Eles a aconselham a não ficar com raiva e insinuem de várias maneiras que ela contribuiu para o que aconteceu – que ela é de alguma forma a culpada. Insinuem que o que aconteceu foi de alguma forma a vontade de Deus. Talvez ela tivesse que ser punida. Talvez Deus tenha feito isso para alguma boa razão. Talvez Deus esteja tentando ensinar alguma lição. Tais sugestões aumentam sua tendência de se culpar e questionar sua fé. Essas reações de amigos e conhecidos são exemplos do que os psicólogos chamam de vitimização secundária”. No original: “*They admonish her not to be angry and imply in various ways that she contributed to what happened—that she is somehow to blame. They imply that what happened was in some way God’s will. Perhaps she needed to be punished. Perhaps God caused this for some good end. Perhaps God is trying to teach her a lesson. Such suggestions increase her tendency to blame herself and to question her faith. These reactions by friends and acquaintances are examples of what psychologists have termed secondary victimization.*” (Zehr, 2015, p. 28).

89 Citando uma classificação sugerida pela cofundadora do grupo intitulado *Parentes of Murdered Children*, Charlotte Hullinger, a doutrina destaca os diferentes tipos de posição que amigos da vítima podem assumir: a) o salvador (*the rescuer*) (cujo medo faz surgir a emergência por soluções rápidas, que escuta a vítima na busca por consertar as coisas, mas cujas sugestões encorajam dependência); b) o apoiador hostil (*the hostile helper*) (cujo medo o faz sentir raiva e pode culpar a própria vítima, distanciando-se dela ao clamar que com ele não teria ocorrido igual); c) o apoiador desamparado (*the helpless helper*) (cujo medo o domina, sentindo-se tão mal ou até pior que a própria vítima, mas na realidade não escutando-a); d) o apoiador positivo (*the positive helper*) (que demonstra vulnerabilidade, escuta sem julgamento e tem noção de tempo) (Ibidem, p. 38).

necessidades. Em um segundo plano, não menos importante, o empoderamento da vítima reclama que lhe seja conferida uma *compensação* por suas perdas (materiais e também eventualmente relacionadas ao valor simbólico daquilo que se perdeu) e também *informações* que permitam compreender melhor o fato e seu contexto, esclarecendo seis questões básicas: 1) o que aconteceu? 2) por que isso aconteceu comigo? 3) por que eu agi como agi na ocasião? 4) como eu tenho agido desde então? 5) e se acontecer de novo? 6) o que isso significa para mim e para minha perspectiva (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)? (Ibidem, p. 29 e seguintes). Com isso, as vítimas recuperam ou encontram algum sentido de controle sobre o entorno e segurança em suas relações pessoais⁹⁰.

Por outro lado, combater o isolamento característico da racionalidade penal moderna implica assumir que: a) *a vítima individual não é a única pessoa afetada* pelo delito: a comunidade também é afetada e tudo que se diz sobre a vítima também se aplica aos *sentimentos e necessidades comunitários*, que precisam ser considerados⁹¹; b) *também o próprio ofensor pode resultar identificado de certo modo como vítima* de experiências danosas, devendo também ser assegurada oportunidade de expressar-se, incluindo eventual definição de responsabilidades de terceiros que colaborem para a pacificação das relações conflituosas.⁹²

90 “Sem respostas, as vítimas tendem a culpar a si mesmas, aos outros e a Deus. A culpa, de fato, é uma forma importante de fornecer respostas a fim de restaurar o significado e alguma aparência de totalidade. [...] As vítimas também precisam ser empoderadas. Seu senso de autonomia pessoal foi roubado deles por um ofensor, e eles precisam ter esse senso de poder pessoal devolvido a eles. Isso inclui uma sensação de controle sobre o ambiente.” No original: “*Without answers, victims tend to blame themselves, others, and God. Blame, in fact, is one important way of providing answers in order to restore meaning and some semblance of wholeness [...] Victims also need to be empowered. Their sense of personal autonomy has been stolen from them by an offender, and they need to have this sense of personal power returned to them. This includes a sense of control over their environment.*” (Ibidem, p. 30 e 33)

91 Tudo que se diga sobre a necessária convocação e escuta da vítima também se aplica de modo geral à comunidade interessada, portanto, que também deve ter a mais possível oportunidade de participar e expressar seus sentimentos, obtendo informações e compensações devidas. Isso pode ser especialmente relevante em matéria de danos que alcançam direitos difusos, como aqueles inerentes a desastres ambientais, por exemplo. “Outro aspecto a considerar é o fato de que a vítima pode não ser a única pessoa afetada pelo crime – a comunidade também pode ser afetada. O movimento pelos direitos das vítimas começou a reconsiderar quem deveria ser incluído na definição de vítima de um crime. Uma das observações sobre uma abordagem de direitos é que ela tende a ‘individualizar’ em vez de ver os efeitos do crime dentro de um contexto mais coletivo”. No original: “*A further aspect to consider is the fact that the victim may not be the only person affected by the crime – the community might also be affected. The victims’ rights movement has begun to reconsider who should be included in the definition of being a victim of a crime. One of the observations about a rights approach is that it tends to ‘individuate’ rather than view effects of crime within a more collective context* (Obold-Eshleman, 2004, p. 9)” (apud Skelton, 2019, p. 34).

92 A doutrina restaurativa cita o pensamento do psicólogo Robert Johnson para afirmar que muito do comportamento delituoso e violento está relacionado à afirmação de identidade pessoal e poder, destacando que a maioria dos homens violentos demonstra ao final baixa autoconfiança e autoestima danificada. A violência serve como um meio de autodefesa para serve apenas para confirmar sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade (Zehr, 2015, p. 41 e seguintes).

Essa compreensão de que a revisão comunitária de responsabilidades substitui com vantagem o foco sobre a retribuição individual está na base da orientação da justiça restaurativa contra o uso abusivo do encarceramento, inclusive. A prisão não é um ambiente idealizado para reparação de danos e ressocialização, mas ao contrário: integra um mecanismo projetado para negar aspectos da humanidade do apenado, para “desumanizar”. Como lhes são negadas quase todas as possibilidades de tomada de decisão pessoal e poder, a execução da pena de prisão é focada sobre a obediência e cumprimento de ordens, o que constitui o avesso do empoderamento necessário para assunção de responsabilidades na vida social. Resulta como não surpreendente, então, que os apenados que melhor se adaptam às condições da prisão não são aqueles que melhor se ajustam às condições da vida em sociedade após sua liberação. Se não se ajustarem às condições da prisão, as alternativas que restam aos apenados são rebelar-se ou agir com cinismo, apenas aparentando estar de acordo com as normas para manter algum espaço de liberdade pessoal (o que ensinará ao apenado que o comportamento manipulador também seria normal). Ofensores podem facilmente desenvolver teses psíquicas para justificar seus atos a seus próprios olhos, concluindo que seus atos não são na realidade graves ou que a vítima *mereceu*, ou que todo mundo faz a mesma coisa, assim desviando sua responsabilidade para outras pessoas e situações; e isolando-se ainda mais no contexto social (Zehr, 2015, p. 42-46)⁹³.

Ora, a doutrina ressalta que o desprestígio da pena de prisão (como das penas aflitivas de modo geral) não implica absolver o ofensor de sua responsabilidade pelo dano (Zehr; Gohar, 2003, p. 29; Zehr, 2015, p. 46). Assim, como a responsabilidade ainda é fator-chave das práticas restaurativas, há pontos de contato entre as perspectivas retributiva e restaurativa, à medida que ambas se dirigem à recomposição do equilíbrio vulnerado pelo fenômeno delituoso e suas diferenças partem do *modo como esse equilíbrio é pretendido* (Bonavides, 2020, p. 247)⁹⁴.

Sob a ênfase responsabilizadora, a própria noção de *perdão* tem na realidade um sentido de empoderamento. Embora não seja obrigatória nas práticas restaurativas, a composição entre os interessados pode envolver a livre disposição da vítima de manifestar

93 “Sem um vínculo intrínseco entre o ato e as consequências, dificilmente é possível uma verdadeira responsabilização. E enquanto as consequências forem decididas para os infratores, a responsabilização não envolverá responsabilidade”. No original: “*Without an intrinsic link between the act and the consequences, true accountability is hardly possible. And as long as consequences are decided for offenders, accountability will not involve responsibility.*” (Ibidem, p. 46).

94 A doutrina aponta que a ocorrência de sofrimento do ofensor pela perspectiva da responsabilização não é totalmente vedada pelas práticas restaurativas. Apenas não é mais um componente essencial do sentido normativo de justiça. Seus usos e propósitos devem ser cuidadosamente encampados. Assevera-se: “*Perhaps punishment cannot be eliminated entirely from a restorative approach, but it should not be normative, and its uses and purposes should be carefully prescribed.*” (Zehr, 2015, p. 210).

que perdoa seu ofensor, como detentora de capacidade de controle e autonomia para deliberar sobre o destino do procedimento, por exemplo⁹⁵ e ⁹⁶.

Um outro aspecto crítico a considerar é inerente à informalidade. Por um lado, faz sentido o estabelecimento de princípios fundamentais *sem a definição de limites rigorosos de procedimento*, seja no âmbito dos acordos internacionais promovidos pela Organização das Nações Unidas, seja no âmbito doméstico da regulação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça à falta de contornos legislativos. Mas a reflexão sobre o tema desde uma perspectiva garantista sugere que é salutar que práticas restaurativas adotem padrões mínimos de regulação, tanto para: a) promover as boas práticas e proteger a integridade do processo (v.g. convocando o respeito aos princípios informadores); b) para facilitar que a justiça restaurativa seja ensinada/transmitida; e c) para promover similaridade no processo e nos resultados. Ora, os regulamentos permitem que práticas restaurativas sejam sindicáveis ante as garantias fundamentais do processo penal, para validação do ponto de vista de afirmação judiciária da regularidade procedimental. Aliás, a doutrina ressalta que os sistemas modernos de justiça restaurativa raramente, ou *nunca*, estão totalmente separados do sistema de justiça criminal. Em vez disso, práticas de justiça restaurativa seguem um caminho paralelo conectado com o sistema de justiça criminal (Skelton, 2019, p. 38)⁹⁷.

Seja como for, sugere-se que o nível maior ou menor de formalidade para as práticas restaurativas seja relacionado à maior ou menor voluntariedade no procedimento, cabendo afastar mais garantias processuais à medida que os interessados estejam informados e aderidos à prática restaurativa (Mackay, 2019, p. 78). Não há, entretanto, razões técnicas para que a justiça restaurativa seja entendida como apta apenas a casos considerados de menor expressão. Não existe fundamento para que seja restrita a infrações de menor potencial

95 “O perdão é abrir mão do poder que a ofensa e o ofensor têm sobre uma pessoa. Significa não permitir mais que a ofensa e o ofensor dominem.” Assim: “*Forgiveness is letting go of the power the offense and the offender have over a person. It means no longer letting that offense and offender dominate.*” (Ibidem, p. 53).

96 A prática do perdão, aliás, em que o processo restaurativo pode revestir-se de sentido espiritual, embora a participação de instituições religiosas deva ser praticada com prudência para que represente um fator de pressão sobre a vítima para que perdoe o ofensor nos casos em que esse perdão não é realmente empoderador. “A igreja tem uma responsabilidade crítica neste processo. Infelizmente, muitas vezes quis evitar a dor e prescindir do lamento. Mas, ao mesmo tempo, pressionou as vítimas a perdoar. Tem relutado em perdoar as vítimas por seus sentimentos naturais de raiva e hostilidade em relação ao ofensor, à sociedade e a Deus”. No original: “*The church has a critical responsibility in this process. Unfortunately, too often it has wanted to avoid the pain and dispense with the lament. But at the same time, it has pressured victims to forgive. It has been reluctant to forgive victims for their natural feelings of anger and hostility toward the offender, toward society, and toward God.*” (Ibidem, p. 54-55).

97 De modo semelhante, asseverando que a Justiça Restaurativa deve necessariamente estar dentro dos Tribunais e que há condições de reformulação paulatina das estruturas judiciárias: Penido; Mumme; Rocha, 2016, p. 205.

ofensivo, enquanto o processo tradicional prossegue irrestrito sobre as infrações mais graves ou sem violência, por exemplo⁹⁸.

Não existe objeção prévia e absoluta nem mesmo para impedir o acesso de pessoas *reincidentes* às práticas restaurativas, porque não há nenhuma demonstração válida de que seus princípios sejam inaplicáveis a quem já detenha histórico criminal. Refere-se, aliás, que em Porto Alegre existe um projeto de justiça restaurativa que inclui regularmente jovens reincidentes, como fruto de uma parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Fundação de Atendimento Socioeducativo, a Fundação de Assistência Social e Cidadania, a Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Segurança Urbana e a Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Santos; Silva, 2022, p. 113).

Identificar a voluntariedade, porém, pode ser um novo obstáculo (Marshall, 1999, p. 8). É que os ofensores geralmente são encaminhados a práticas restaurativas sob procedimentos de persecução já instaurados e nem sempre percebem o processo como voluntário, sendo preciso enfatizar o mais possível sua liberdade de pelo menos escolher o programa correspondente (nesse sentido: Umbreit; Armour, 2011, p. 94).

No Brasil, a questão da voluntariedade ganhou um complicador adicional pelo artigo 8.º da Resolução n.º 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que *veda a intimação judicial* para sessões de procedimentos restaurativos. Essa proibição parece apontar a uma conclusão açodada sobre o transplante do princípio da voluntariedade ao cenário jurídico nacional, desconsiderando as peculiaridades dos espaços normativos que admitiriam práticas restaurativas no ordenamento brasileiro. Ora, os instrumentos de autocomposição no Brasil todos dependem de alguma notificação para que os interessados se apresentem à tentativa de acordo e não há prejuízo na provocação para que se pronunciem sobre interesse em práticas restaurativas. Pensa-se que a resolução brasileira confunde *voluntariedade* com *espontaneidade*. Por isso, concordamos com a opinião de que o princípio da voluntariedade deve ser mitigado para práticas autocompositivas no sistema brasileiro⁹⁹.

⁹⁸ “Algumas pessoas podem conceber a Justiça Restaurativa como aplicável apenas a delitos menores, o que, se assim fosse, seria uma grande limitação. Mais uma vez, a prática tem mostrado que pode haver ainda mais ganhos trabalhando desta forma crimes graves, especialmente em termos de benefícios às vítimas, mas também em termos de prevenção.” Assim no original: “*Some people may conceive of Restorative Justice as applicable only to minor offences, which, if it were so, would be a major limitation. Again, practice has shown that there may be even more gain by working in this way serious crimes, especially in terms of victim benefits, but also in terms of prevention.*” (Marshall, 1999, p. 8-9; Zehr; Gohar, 2003, p. 8).

⁹⁹ Tratando mais especialmente do processo civil, há quem entenda que a pessoa em Juízo abre mão de parte de sua autonomia, o que autoriza ao juízo promover o que for necessário para solução do conflito, incluindo tentar ainda a autocomposição. “Em outras palavras, no ato da demanda, o indivíduo ‘incapacita-se’, e o advogado, por substituição, no exercício da capacidade postulatória, pede para que o juiz substitua o demandante, que abre mão da sua voluntariedade individual originária para que o juiz decida em um regime de ‘incapacitação’ relacional

O que mais importa salientar é que os princípios restaurativos, como todo princípio em direito, *não traduzem comandos normativos absolutos e podem ser objeto de ponderação* para preservação do eixo central de promoção dos interesses dos múltiplos envolvidos, evitando-se que o estabelecimento de padrões rigorosos constitua impeditivo à sua efetiva incorporação na prática jurídica brasileira.

3.3 O problema do método e dos distintos paradigmas epistemológicos

Um problema à parte que demanda atenção específica diz respeito à *fundamentação metodológica* das práticas restaurativas, cujo esclarecimento é imprescindível para que se afirmem como uma alternativa legítima, *i.e.* capaz de apresentar-se como racionalmente válida em sua pretensão de contraponto ao sistema punitivo convencional.

No entanto, a despeito da inspiração filosófica já ventilada acima, vários aspectos dificultam a afirmação plena de cientificidade, como a *multiplicidade de suas formas* e a *base normativa fragmentada*, que *não permitem o traçado de elementos universais para as práticas restaurativas*. A rigor, nota-se que - como objeto de investigação criminológica - os programas de justiça restaurativa ressentem-se na realidade das *mesmas objeções que são dirigidas à cientificidade da crítica criminológica* de modo geral, portanto.

Segundo a Epistemologia há uma diferença fundamental entre o método dedutivo – que explica o conteúdo de premissas – e o método indutivo – este que parte da observação e está vocacionado a ampliar o alcance do conhecimento. Nas ciências naturais, a evidência observacional e generalização científica são do tipo indutivo (para afirmação de leis gerais pela observação); e argumentos matemáticos são ditos dedutivos, pois partem de axiomas e postulados (Lakatos; Marconi, 2010, p. 65).

decisória.” (Silva; Alves; Siqueira, 2021, p. 655-666). Mesmo que a menção à “incapacitação” talvez demande revisão, adere-se à conclusão de que apenas notificar alguém para autocomposição não prejudica a voluntariedade final do ato.

Com o fracasso do positivismo criminológico¹⁰⁰, há três perspectivas sobre a viabilidade de teorização criminológica. Uns acreditam que grandes esquemas teóricos são *incompatíveis* com o pensamento criminológico (empiricamente baseado), outros entendem que a teorização deve ser aplicada ao pensamento *mais restrito* a assuntos dentro do campo criminológico e outros acreditam que a Criminologia atua sobre *problemas práticos* relativos ao delito [v.g. que não devem preocupar-se com o intuito de teorização ampla] (Rock; Holdaway, 2017, p. 2).

De modo geral, quem pensa que a Criminologia é incompatível com grandes teorizações ou que deve ocupar-se apenas de problemas práticos deverá assumir como pressuposto uma forte objeção à invocação de caráter científico de mecanismos de controle social. Por isso, há quem pense que o pensamento criminológico deveria focar apenas problemas concretos sem mirar à abstração, generalização ou formalidade analítica, que não lhe caberiam (Ibidem, p. 4)¹⁰¹.

Nada obstante, a vocação do pensamento criminológico (e dos programas de justiça, incluindo práticas restaurativas) para a solução de problemas práticos não constitui efetivamente um impedimento à teorização, porque a transformação da realidade demanda algum nível de reflexão e pensamento abstrato, ainda que a projeção de teorias em Criminologia costume ser realizada a *sotto voce* (v.g. em voz baixa), sem pretensões explicativas completas. É o que conclui Clifford Shearing (2017, p. 15 e 18), ao sustentar que a ação requer teoria (“*Action requires theory.*”).

Evidentemente que a observação dos dados empíricos em matéria de programas de controle social jamais atenderá de modo completo aos reclames do método indutivo, já que investigações dessa modalidade em matéria criminológica demandariam no mínimo a

100 Fracasso esse relativo, já que ainda existem estudos e programas – públicos, inclusive - que resguardam a perspectiva empírica e atuarial do delito, procurando reconhecer em pessoas e lugares padrões que demandem reforço de policiamento, por exemplo, mesmo que se admita que é impossível precisão de resultados na análise de dados empíricos em matéria criminal. “Isso (planejamento preventivo em matéria criminal) requer esforços coordenados entre diferentes divisões policiais especializadas, incluindo a produção e consolidação de dados criminais, o próprio processo analítico, divulgação dos resultados, gestão de recursos e implementação de medidas operacionais de prevenção. E, no final das contas, as patrulhas podem nem ver um criminoso, já que a lógica da prevenção do crime é amplamente baseada na lógica de dissuasão criada pela visibilidade da polícia no espaço público.” No original: “*It requires coordinated efforts between different specialized police divisions, including the production and consolidation of crime data, the actual analytical process, the dissemination of results, resource management, and the implementation of operational prevention measures. And in the end, patrols might never even see a criminal, as the rationale of crime prevention is largely based on the logic of deterrence that is created by the visibility of the police in public space.*” (Egbert; Leese, 2021, p. 2).

101 “De qualquer forma, é claro que existem incompatibilidades intrínsecas entre a grande teoria e a criminologia (e entre a grande teoria e qualquer outra “sociologia” de base empírica de uma área específica). Uma disciplina de base empírica é inóspita para grandes sistemas especulativos.” “*Either way, it is clear that there are intrinsic incompatibilities between grand theory and criminology (and between grand theory and any other empirically-based “sociology of” a particular area for that matter). An empirically-based discipline is inhospitable to great speculative systems.*” (Ibidem, p. 3).

reprodução de pesquisas empíricas, com amostras randomizadas, por exemplo, para comparação de resultados.

Mas esse tipo de pesquisa envolvendo a vida real *não seria viável nem do ponto de vista prático, nem ético*, à medida que implicaria propositalmente expor populações a situações conflitantes para formação do grupo controle para a pesquisa científica empírica. Por isso, de uma vez por todas, admite-se que a realização de pesquisa criminológica em ambiente assemelhado ao de laboratório é impossível e não se trata disso afirmar o caráter científico da investigação criminológica (Egbert; Leese, 2021, p. 172 e seguintes).

Ainda assim, mesmo que o pensamento científico esteja tradicionalmente vinculado ao método indutivo, o conhecimento teorizado em matéria criminológica não pode ser considerado imprestável do ponto de vista científico apenas por não alcançar soluções absolutas ao problema do fenômeno delituoso. A propósito, um dos mais importantes epistemólogos da contemporaneidade, Karl Popper, lecionando sobre o chamado “problema da indução”, já havia explicado que mesmo o método indutivo das ciências naturais *não permite a apresentação de respostas definitivas*. Não é exato que a observação dos fatos levados à experiência (ainda que repetidos muitas vezes) permita afirmar a efetiva *realidade*. Nenhuma ciência, a rigor, pode alcançar a verdade completa, mas apenas pode afirmar contínuos graus de *probabilidade* sobre como operem os fatos (Popper, 2014, p. 29). Assim, em lugar do apego ao método indutivo, Popper preferia referir-se ao “método dedutivo de teste” (*deductive method of testing*), por acreditar que a atividade científica se trata mais propriamente da enunciação de uma teoria (em hipótese) que deve ser de conseguinte submetida a teste e, então depois, desenvolvida (Ibidem, 2014, p. 30).

Aliás, em Popper há um lugar especial para a *intuição* nas inovações do conhecimento, à medida que a construção de hipóteses não se contém no exercício racionalizado do método indutivo. Para ele, é preciso ousar pensar de modo inovador e a partir daí desenvolver a teoria por sua colocação à prova. Nesse contexto, Popper enfatizou o procedimento intitulado *falseabilidade* (viabilidade de exclusão da teoria pela experiência) como critério melhor de demarcação científica, reduzindo a importância da verificação

positiva dos dados à medida que diferentes circunstâncias devem ser consideradas, como o possível caráter aleatório dos resultados (Ibidem, p. 40 e seguintes)^{102 e 103}.

Hoje se afirma com maior clareza, destarte, que o conhecimento científico (ou a afirmação de validade científica de qualquer teorização) não se produz exclusivamente pelo apelo ao método indutivo, mas partilha diferentes características, entre as quais sua validação *intersubjetiva*, a *historicidade* e o caráter *hipotético* de suas afirmações, sempre pendente de revisão contínua para seu assentamento¹⁰⁴.

Daí resulta fácil perceber, de consequência, que a teorização em investigações e programas de criminologia é sim viável e útil, tanto mais porque favorece a ênfase macroscópica do fenômeno e combate a redução isolante do indivíduo que é típica da racionalidade penal moderna. Serve apenas a ressalva de que essa teorização está livre das restrições específicas do método indutivo, valendo-se de dados estatísticos mais com sentido informativo que explicativo, para a produção de conhecimento por meio de diferentes métodos conjugados. Essa conclusão está de acordo com a própria concepção que a doutrina brasileira tem sobre a pluralidade de finalidades do sistema penal, ciente da impertinência ou

102 “Minha opinião pode ser expressa dizendo que toda descoberta contém ‘um elemento irracional’, ou ‘uma intuição criativa’, no sentido de Bergon. De maneira semelhante, Einstein fala de ‘... a busca por aquelas leis altamente universais... das quais uma imagem do mundo pode ser obtida por pura dedução. Não existe um caminho lógico”, diz ele, “que leve a essas... leis. Eles só podem ser alcançados pela intuição, baseada em algo como um amor intelectual (*Einführung*) dos objetos da experiência.” “*My view may be expressed by saying that every discovery contains ‘an irrational element’, or ‘a creative intuition’, in Bergon’s sense. In a similar way Einstein speaks of ‘... the search for those highly universal... laws from wich a picture of the world can be obtained by pure deduction. There is no logical path’, he says, ‘leading to these... laws. They can only be reached by intuition, based upon something like an intellectual love (*Einführung*) of the objects of eperience’.*” (Ibidem, p. 32).

103 A criatividade de explorar os métodos é essencial em ciências sociais: “A complexidade da vida em sociedade e o acelerado processo de transformação exigem atualmente a superação de posturas dogmáticas e também positivistas, em prol de um envolvimento ativo, que não tenha receio de lidar com a incerteza do desconhecido e nem do diferente, o que requer, muitas vezes, não a escolha de um único método e sim a conjugação deles.” (Bonavides, 2020, p. 14).

104 É mais apropriado assumir que o conhecimento científico está marcado pelas seguintes características: a) *busca de princípios explicativos e visão unitária da realidade* (não de modo meramente passivo, mas como esforço sistemático, metódico e crítico de compreender, explicar e dominar o mundo (por meio da descoberta dos princípios explicativos); b) *parte-se de uma dúvida e do reconhecimento da insuficiência do conhecimento atual* para a construção de uma *resposta dotada de segurança e confiabilidade* (de modo que está vinculado aos ideais de racionalidade e objetividade): no plano horizontal, o ideal de racionalidade aponta à busca de coerência dos enunciados entre si (verdade sintática, pela não-contradição lógica entre os postulados); e no plano vertical o ideal de objetividade aponta à correspondência com o mundo real (verdade semântica, inerente à possibilidade de submissão a testes experimentais); c) *o conhecimento científico é intersubjetivo* (verdade pragmática, inerente à possibilidade de que a comunidade científica conheça consensualmente sobre a investigação, seus métodos e resultados); d) nutre-se de enunciados e conceitos com significados bem específicos e determinados (*construtos*, ou seja, conceitos que têm uma significação unívoca construída de modo convencional e aceitas universalmente pela comunidade científica); e) observância do *método científico* que estabelece os ritos necessários à obtenção do conhecimento científico, mas com a advertência de que se trata de matéria sujeita à *historicidade* (a compreensão sobre o método científico muda de acordo com a história e a cultura; não correspondendo a um método único e que serve a toda produção científica, como propugnavam os positivistas); f) *caráter hipotético do conhecimento científico*, que deve estar sujeito sempre à constante revisão crítica (Koche, 2009, p. 29/34).

insuficiência dos projetos meramente retributivos. Ora, “[...] na doutrina brasileira predominam as teorias unificadas, em que não se exige a prevalência de uma determinada função, mas ao contrário, apresenta diversas finalidades: reprovar, retribuir, reparar, ressocializar e prevenir [...]” (Dezzan; Guerra Júnior; Cunha, 2023, p. 202).

De mais a mais, assim como todo conteúdo criminológico, as proposições de justiça restaurativa não precisam da eleição de um método único, nem carecem de sua afirmação como um novo ramo autônomo da ciência. Podem ser mais bem definidas sob o ponto de vista metodológico como *reunião de conhecimentos*, com sentido multidisciplinar, um encontro de várias disciplinas, cada qual com seu método próprio. Diz-se que as práticas restaurativas se servem principalmente da Sociologia e da Psicologia, com grande proveito da Psicologia Social, à medida que reconhecemos como válida a crítica sobre os processos de reação social que definem o fato delituoso (Van de Vyver et al, 2016, p. 29).

Afirma-se, então, que as práticas de justiça restaurativa têm valor científico, o qual tomam de empréstimo a partir do método próprio a cada disciplina convocada para contribuição sobre a teorização do controle social.

Como consequência, se afirmamos a validade científica da justiça restaurativa, podemos avançar no sentido de que sua sobreposição ao sistema retributivo convencional é comparável – por analogia – à mudança de paradigmas do conhecimento científico, a que se referia Thomas Kuhn, no livro seminal *The structure of scientific revolutions*, publicado originalmente em 1962. Em um capítulo denominado apropriadamente “*Justice as Paradigm*”, Howard Zehr (2015, p. 87 e seguintes) ressaltou entusiasticamente o giro que ela opera de modo comparável às mudanças entre proposições da Física de Aristóteles, Newton e Einstein. A invocação restaurativa das observações de Thomas Kuhn é marcante porque ele foi tão importante para as ciências de modo geral que se afirma haver derrubado em definitivo o pensamento positivista mesmo em matéria de ciências naturais. Com efeito, poderia ser apontado como inaugurador do pensamento pós-positivista (Prefácio de Ian Hacking. *In: Khun*, 2012, p. 33).

Nessa obra, Kuhn fez expressamente ressalva referente a um problema semântico que existe sobre o que se entende por *ciência* (Kuhn, 2012, p. 159). A ciência dita *normal*, desde uma visão epistemológica tradicional, tenta forçar a natureza dentro de caixas conceituais (*conceptual boxes*) dados pela formação educacional, o que implica muitas vezes negar as novidades arbitrariamente, para defender conceitos já estabelecidos.¹⁰⁵ Isso importa

105 “Pelo menos nas ciências maduras, respostas (ou substitutos completos para respostas) para perguntas como essas estão firmemente enraizadas na iniciação educacional que prepara e licencia o aluno para a prática profissional. Como essa educação é rigorosa e rígida, essas respostas exercem um profundo domínio sobre a

que, usualmente, para os adeptos da ciência *normal*, a falha na apresentação de solução com os resultados esperados será interpretada como a falha pessoal do pesquisador *como cientista* e não a falha do paradigma admitido¹⁰⁶.

Pensar o paradigma da ciência *normal* dentro das caixas conceituais estabelecidas resulta resolver, então, problemas cuja solução correta de certa maneira já é esperada, apenas pendendo identificar novos meios de elucidação, como uma espécie de quebra-cabeças (*puzzle*), na expressão utilizada pelo próprio Khun. Uma parte de ser um bom solucionador de quebra-cabeças implicaria, então, *rejeitar aqueles problemas de ordem social* que não são redutíveis a essa forma de raciocínio e apontamento da solução correta, porque seriam entendidos como meras distrações impassíveis de servir ao exercício do pensamento científico tradicional (Khun, 2012, p. 36-37).

À medida, porém, que Khun não admite a existência de uma única teoria capaz de explicar toda a realidade, assinala que a *incomensurabilidade* entre sucessivas teorias não retira o sentido científico da teoria superada. Paradigmas alternativos podem inclusive conviver, especialmente em momentos de crise. Na realidade, muitos dos instrumentos antigos permanecem úteis, mesmo após a mudança de paradigma (Ibidem, p. 4, 76 e 129).

Diante da crise do paradigma tradicional, há quem o siga, acreditando que os resultados falhos decorrem de erros na aplicação dos meios tradicionais e podem apontar à incompletude do novo paradigma como fundamento para resistir à mudança. Mas o novo paradigma não precisa explicar tudo, apenas oferecer explicações melhores que o paradigma antecedente: “Para ser aceita como um paradigma, uma teoria precisa ser vista como melhor que as competidoras, mas não precisa, e de fato nunca alcança, explicar todos os fatos com os quais possa ser confrontada”¹⁰⁷.

Diferente de Popper, Kuhn não deposita tanto peso sobre o falseamento de uma teoria, porque já tem bem claro que “nenhuma teoria jamais resolve todos os quebra-cabeças”.

mente científica.” No original: “*At least in the mature sciences, answers (or full substitutes for answers) to questions like these are firmly embedded in the educational initiation that prepares and licenses the student for professional practice. Because that education is both rigorous and rigid, these answers come to exert a deep hold on the scientific mind.*” (Ibidem, p. 5).

106 “Mas se o objetivo da ciência normal não são grandes novidades substantivas – se o fracasso em chegar perto do resultado esperado é geralmente um fracasso como cientista – então por que esses problemas são resolvidos? [...] Para os cientistas, pelo menos, os resultados obtidos na pesquisa normal são significativos porque aumentam o escopo e a precisão com que o paradigma pode ser aplicado.” No original: “*But if the aim of normal science is not major substantive novelties – if failure to come near the anticipated result is usually a failure as a scientist – then why are these problems undertaken at all? [...] To scientists, at least, the results gained in normal research are significant because they add to the scope and precision with the paradigm can be applied.*” (Ibidem, p. 36).

107 Assim no original: “*To be accepted as a paradigm, a theory must seem better than its competitors, but it need not, and in fact never does, explain all the facts with which it can be confronted.*” (Ibidem, p. 18).

¹⁰⁸ Nesse cenário, a prática contribui mais para a preservação do caráter científico de uma teoria que a redação de manuais teóricos, portanto (Ibidem, p. 20).

Referindo-se ao modo como o paradigma molda nossa visão de mundo, Zehr pondera que ela compõe paradigmas que direcionam nossa abordagem, não apenas do mundo físico, mas também do mundo social, psicológico e filosófico. Esses paradigmas fornecem as lentes através das quais entendemos os fenômenos e, por isso, a sobreposição da perspectiva restaurativa sobre a perspectiva retributiva pode ser comparada à mudança de paradigmas científicos a que se refere Kuhn (Zehr, 2015, p. 90).

Ademais, propugna-se que mais importante que afirmar a cientificidade ou não de campos do conhecimento distintos das ciências exatas será que seus pesquisadores entrem em acordo com seu passado e as perspectivas de seu futuro (Kuhn, 2012, p. 160) e admite-se a ressalva de convivência entre paradigmas conflitantes, especialmente em momentos de crise. Por isso, o próprio Zehr adota *uma postura realista de alternância e concomitância entre medidas de sentido retributivo e restaurativo até que haja nova definição*: “Talvez nós devamos não sonhar com dismantlar o sistema retributivo, mas desenvolver um sistema paralelo com escolhas sobre qual usar”¹⁰⁹. Refere o exemplo japonês de sistema judicial de duas vias, uma aos moldes ocidentais, de sistema criminal formal; e outra, que envolve confissão e arrependimento para assunção de responsabilidade (Zehr, 2015, p. 216 e seguintes).

Aliás, Zehr reconhece que a mudança de paradigmas relacionados aos sistemas de justiça não é alcançada naturalmente de uma operação intelectual, porque também depende de condições múltiplas, fundamentalmente políticas e institucionais. Enquanto não seja possível avançar sobre essa mudança, a sobreposição das práticas restaurativas sobre as medidas punitivas deve se desenvolver para o estabelecimento de metas menos amplas que se mostrem viáveis – mediante o diálogo tanto com quem é simpático às novas ideias, quanto com aqueles que recusam a perspectiva restaurativa (Zehr, 2015, p. 221 e seguintes).

Ora, compartilhamos da ideia de que metas mais modestas para a implementação de práticas restaurativas já representam uma grande evolução para, pelo menos, refrear a espiral de exclusão que tem sido movida pela racionalidade penal moderna com durabilidade impressionante (já há vários séculos e mesmo depois do assentamento do pós-positivismo). Além disso, ainda que não sejam capazes de impedir por completo o isolamento dos indivíduos típico do sistema convencional, as práticas restaurativas têm o mérito de no

¹⁰⁸ No original: “No theory ever solves all the puzzles.” (Ibidem p. 145).

¹⁰⁹ No original: “Perhaps we should not dream of dismantling the retributive system but develop a parallel system with choices about which to use.” (Zehr, 2015, p. 215).

mínimo chamar a atenção da coletividade (incluindo vítimas e membros da comunidade e da sociedade de modo mais amplo) sobre as necessidades plurais que têm sido deixadas de lado pelas práticas punitivas de sempre. O realce que a justiça restaurativa confere à expressão comunitária (incluindo o reforço aos valores de comunidades tradicionais) introjeta no sistema convencional um importante vetor contrário à hegemonia (relembrando-se a relação descompensada na política mundial entre norte-sul)¹¹⁰, que lança luz sobre uma alternativa mais democrática ao futuro do controle social.

Em lugar do modelo retributivo clássico europeu, fortemente centrado sobre o indivíduo e a imposição de sanção aflitiva, práticas de justiça restaurativa demonstram à comunidade que existem alternativas passíveis de exercício (ao menos naquilo que se mostre *viável* na concomitância dos dois modelos) *por meio do diálogo e da interpretação coletiva da realidade*. A revisão epistêmica promovida pelas práticas de justiça restaurativa favorece, então, a revalorização de grupos epistemologicamente excluídos pelos processos históricos de colonização, oportunizando lhes em algum sentido assumir uma nova dianteira de sua organização, de modo que faça mais sentido para si.

Em lugar de uma única resposta de justiça ditada de modo abstrato pelo modelo estatal europeu, destarte, mira-se um outro ideal de organização que resultaria de uma simbiose, entre um modelo aberto de poliárquia e de comunidades epistêmicas, especialmente as excluídas, que tivessem condições de criar uma comunidade sinárquica aberta (nesse sentido: Bonavides, 2020, p. 32)¹¹¹. Sob esse tom, medidas de justiça restaurativa – mesmo que em alternância ou conjugação provisória com medidas punitivas tradicionais - são por diferentes razões rigorosamente mais interessantes ao desenvolvimento do tema que o simples conformismo dogmático dos juristas com o paradigma convencional da penalização retributiva.

110 “[...] temos de transformar o mundo ao mesmo tempo que permanentemente o reinterpretamos; tanto quanto a própria transformação, a reinterpretação do mundo é uma tarefa coletiva. [...] O objetivo das epistemologias do Sul é permitir que os grupos sociais oprimidos representem o mundo como seu e nos seus próprios termos, pois apenas desse modo serão capazes de o transformar de acordo com as suas próprias aspirações. [...] As epistemologias do Sul rejeitam guetos epistemológicos ou políticos, bem como as incomensurabilidades de que se alimentam.” (Santos, 2019, p. 9, 16/26).

111 Sobre o tema da sinárquia, enquanto compartilhamento plural da soberania: “São, portanto, dois paradigmas diferentes para a organização social dos valores coletivos. Formas diferentes de interagir. Os paradigmas poliárquicos “baseiam-se na premissa de que os indivíduos são livres para conhecer a realidade exterior e de que cada comunidade compartilha conhecimento com base na decisão livre de seus membros”, entre os quais requerem respeito e transparência, em duas diferentes interpretações: de sociedades abertas (quando há transparência), ou fechadas (há liberdade mas falta transparência na relação com a comunidade), com grupos fechados (o interesse de cada um é apenas o de vencer a luta pela sobrevivência) (Mushakoji, 1999, p. 206). Os paradigmas sinárquicos, segundo Mushakoji, têm outra sustentação epistêmica, qual seja a de um conhecimento compartilhado pela comunidade a que o grupo pertence. E há liberdade, sendo as decisões tomadas em um processo coletivo de ajustamentos mútuos entre todos, assim está garantida a legitimidade do conhecimento que é compartilhado, e o consenso é que favorece isso” (Bonavides, 2020, p. 31).

4 PRÁTICAS E MEIOS DE INCORPORAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há uma variação considerável em todo o mundo no estado normativo dos processos de justiça restaurativa. Alguns programas estão consagrados em lei e outros não contam com nenhuma base normativa formal. A ausência de legislação nacional não é necessariamente um obstáculo à implementação de programas de justiça restaurativa, porque a informalidade é, afinal, um de seus princípios fundamentais. Diz-se que a África do Sul, por exemplo, começou a usar programas de justiça restaurativa sem nenhuma legislação específica, aproveitando-se do cabimento de decisões judiciais que impunham penas adiadas, suspensas ou executadas de forma comunitária e, assim, aptas a recepcionar práticas de justiça restaurativa (ONU, 2020, p. 11).

Como a justiça restaurativa confere menor relevância efetivamente à tradição liberal de ênfase sobre as garantias individuais e prefere centrar-se sobre os direitos comunitários (Patiño Mariaca; Ruiz Gutiérrez, 2015, p. 220), a via formal da enunciação legal é apenas um dos caminhos de introdução da perspectiva restaurativa indicados pela doutrina nas legislações nacionais, quais sejam: *legislação, sentença, serviços correicionais* [v.g. neste caso em execução de pena] e, de modo mais importante, *medidas de prevenção* (Courakis; Gavrielides, 2019, p. 44).

É adequado que isso seja reconhecido também decorrência do cenário político-institucional antagônico e muitas vezes confuso em que vivem os Estados contemporâneos (alternando-se inovações legislativas que apertam ou relaxam o rigor das penas aflitivas), no qual resultaria temerário aguardar-se indefinidamente a enunciação legislativa precisa de novos instrumentos de justiça restaurativa¹¹².

O caminho perpassa, então, pela revisão dos espaços deixados pela norma e revisão hermenêutica dos próprios institutos penais e processuais já previstos no ordenamento, a fim de que viabilizar que o sistema penal se reconcilie com os ditames últimos de proteção de direitos humanos e ênfase na pacificação autêntica dos conflitos. A introdução de medidas de justiça restaurativa tem sido, talvez por isso mesmo, objeto de reconhecimento diretamente pelas instituições do Ministério Público e do Poder Judiciário, a despeito do relativo silêncio

112 “A esquizofrenia [referindo-se à doença do mundo pós-moderno] decorre da dificuldade que tem o legislador para definir o que é permitido e o que não é, diante da mencionada dificuldade de formar consensos numa época de poucas certezas sobre qualquer coisa.” (Bonavides, 2020, p. 101).

continuado dos Poderes Executivo e Legislativo no Brasil. Bem se vê que o desenvolvimento de práticas de justiça restaurativa pode representar mais uma mostra do protagonismo que o Poder Judiciário almeja para o século XXI, ante a eventualmente mencionada crise das instâncias representativas, portanto. Conforme Garapon (1999 apud Bonavides, 2020, p. 108), “a democracia condena o direito positivo a um déficit permanente”, em um cenário de difícil convivência entre sociedade e política que encontra no Poder Judiciário um espaço de arbitragem.

A introdução de práticas restaurativas por meio de institutos normativos já consagrados pela legislação, porém, não deve implicar redução do ideal restaurativo a simples instrumentos coadjuvantes do sistema penal convencional, podendo ser amplificados de modo crescente para que assumam no futuro protagonismo em relação à aplicação de penas aflitivas. Assim, embora para o momento a inauguração menos expressiva de práticas restaurativas já seja um grande avanço, pretende-se mais: “No mínimo, o sistema penal deveria funcionar como um aparato subsidiário que só deveria ser utilizado quando todas as demais vias de resposta ao crime tivessem sido exauridas.” (Ibidem, p. 291)

Nos próximos itens, veremos as principais modalidades de práticas restaurativas e como elas poderão ser provisoriamente admitidas de pronto na prática jurídica brasileira, sem rompimento com o ordenamento jurídico e com respeito mais amplo possível às garantias penais.

4.1 Modalidades de práticas restaurativas

Já vimos antes que a Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas classificou as práticas restaurativas em modalidades de conferência e também de círculos com poderes decisórios: mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (item I, 2, segunda parte).

Naturalmente que há muitas práticas que poderiam ser reconhecidas como dotadas de sentido restaurativo (a justiça restaurativa não se limita à promoção de conferências e seus ideais poderiam ser desenvolvidos mesmo quando algum dos interessados não está bem disposto a participar: Zehr; Gohar, 2003, p. 7). Mas, como tratamos especialmente das modalidades de contraponto ao isolamento decorrente da racionalidade penal moderna, as

modalidades básicas indicadas pela referida Resolução servem como norte para o estudo da matéria, com alguma adaptação.

Existem dois pontos de vista que podem viabilizar a observação de práticas restaurativas, portanto: o primeiro diz respeito à formatação básica das práticas restaurativas, como surgiram e foram desenvolvidas em programas do tipo a partir principalmente da década de 1970 nos Estados Unidos e no Canadá, como no caso do Programa de Conferência Vítima-Ofensor (*Victim Offender Reconciliation Program – VORP*) a que nos referimos no capítulo precedente, em item próprio à revisão dos antecedentes históricos do movimento restaurativo. Essa prática restaurativa pioneira (conferência pura e simples entre vítima e ofensor), aliás, não está listada na referida Resolução n. 2022/12 e deverá ser acrescida ao estudo. Por outro lado, as distinções entre mediação e conciliação não são tão marcadas que justifiquem sua apresentação como matérias apartadas, podendo ser reunidas em um único item de exame adiante apresentado.

Juntas sob um primeiro ponto de vista, são essas medidas (de conferência vítima-ofensor, mediação e conciliação) que se reúnem às conferências de grupo familiar e conferências comunitárias (com a possibilidade de instituição de círculos de sentença), como modalidades gerais de práticas restaurativas que receberão atenção logo mais adiante nos próximos itens.

O segundo ponto de vista é inerente às soluções penais alternativas ao sistema convencional que já são reconhecidas pela legislação nacional e que podem abrigar as modalidades primeiro mencionadas. Será o caso de benefícios como a transação penal, a suspensão condicional do processo e outros mecanismos de abertura à participação comunitária em qualquer fase da persecução penal (ponto de interesse dos itens desenvolvidos mais ao final do capítulo).

4.1.1 Conferência Vítima-Ofensor

As conferências entre vítima e ofensor são identificadas na doutrina de língua inglês como *Victim-Offender Conferencing* (identificadas pela sigla VOC) e envolvem primariamente apenas esses dois interessados.

Após o encaminhamento, as vítimas e os ofensores são atendidos individualmente para orientação. Apenas se concordarem em prosseguir é que serão reunidos em uma

conferência, que é preparada e promovida por um terceiro indivíduo treinado, intitulado “facilitador”, a quem compete conduzir o processo restaurativo de forma equilibrada (Zehr, 2003, p. 49).

Essa modalidade de encontro direto foi precursora das práticas restaurativas nos anos de 1970, a partir da experiência já relatada por Howard Zehr (2015, p. 151 e seguintes) e viabiliza que os envolvidos possam expressar seus sentimentos e fazer questionamentos (e receber informações) sobre o porquê cada um agiu como agiu.

Como o encontro *face a face* é centrado nas pessoas da vítima e do ofensor, podem ser eventualmente acompanhados de outras pessoas (como pais ou amigos), mas sob o menor número possível, para não prejudicar o aprofundamento da intensidade emocional que facilita a cada um dos participantes falar de modo aberto (nesse sentido: Umbreit; Armour, 2011, p. 84).

O simples fato de reunir-se a vítima e o ofensor para dialogar sobre os fatos pode parecer demasiado resumido, mas tem importantes implicações para a pacificação de conflitos. Lembra-se, a propósito, que a inquirição de testemunhas (regra aplicável por analogia à oitiva das vítimas) sob a regra do artigo 213 do Código de Processo Penal brasileiro em vigor determina ao magistrado focar o exame dos fatos e *veda manifestações de ordem pessoal*¹¹³. Bem assim, no processo penal brasileiro convencional, o ofendido (de modo similar ao próprio ofensor) *não encontra oportunidade de expressar-se em sentido pessoal e muito menos dialogar com o acusado* durante a audiência de instrução judicial. A conferência vítima-ofensor representa (se admitida pelos interessados) uma excelente oportunidade de lidar com aspectos desprezados pela perspectiva retributiva do processo convencional, que podem ser na realidade comparativamente mais relevantes para a pacificação do conflito do ponto de vista dos envolvidos que a redução do caso à atribuição de uma pena aflictiva (esta sim operada de modo simplista).

Em matéria de violência doméstica e familiar contra mulheres, por exemplo, o isolamento dos envolvidos representa um elemento de sobrevivitização feminina ao longo de sua trajetória no sistema de justiça convencional: à falta de informação e compreensão sobre o procedimento judicial (e seu papel nele) se acrescenta a imposição de silêncio sobre seus sentimentos e a ausência de respostas ao conflito doméstico que fujam ao modelo punitivo-

¹¹³ Na redação do Código de Processo Penal em vigor: “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”.

retributivo (sobre diferentes desses aspectos: Rosenblat; Mello; Medeiros, 2018, p. 329 e seguintes)¹¹⁴.

Dados qualitativos de uma pesquisa que envolveu entrevistas semiestruturadas de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, publicada em 2018 a partir de dados consolidados em 2015, ilustraram esse sentimento de desorientação e falta de importância que as ofendidas podem experimentar precisamente por não terem oportunidade de informar-se e manifestar seus sentimentos e necessidades de modo completo¹¹⁵.

De modo não necessariamente surpreendente, o anseio dos ofensores em dialogar com as vítimas é potencialmente ainda maior. Theo Gavrielides (2019c, p. 113) refere dados de uma outra pesquisa realizada entre setembro e dezembro de 2016 em Londres, com 110 (cento e dez) entrevistados de várias idades e nacionalidades e identificações étnico-raciais (dos quais 66 eram vítimas e 44 ofensores processados). Segundo ele, os dados encontrados sinalizaram que 57% das vítimas aceitaram oferta para participar de processos restaurativos, mas 80% dos ofensores haviam decidido participar (bem mais que as vítimas, portanto).

Os motivos que levaram um número tão destacado de ofensores a interessar-se pelas práticas restaurativas também foram sondados: 75% responderam que o faziam para dar à vítima a oportunidade de fazer perguntas, 50% manifestaram querer a oportunidade de explicar seus atos e 50% manifestaram ainda a intenção de demonstrar que estavam

114 “A justiça restaurativa pode auxiliar muito em tal situação. Isso porque a mulher, diante de uma realidade jurídica distinta, talvez tenha coragem ou sinta que pode finalmente se livrar do peso do segredo destrutivo que a consome, que diz respeito à violência que sofreu e, fazendo isso, possibilitará o diálogo e a confrontação da verdadeira realidade, de submissão e dominação, que geram um ciclo de violência muito prejudicial a ambos, principalmente à mulher, bem como a seus familiares. A vida sob um véu de mentiras leva ao sofrimento e, quiçá, à morte, algo que pode ser evitado quando as partes dialogam e passam a desmascarar suas próprias verdades inventadas.” (Costa; Pugliesi; Cachichi, 2017, p. 153 e seguintes).

115 Referimo-nos ao projeto “Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário”, que envolveu e diferentes estados brasileiros (Conselho Nacional de Justiça, 2018a). Entre as entrevistas que podem ser encontradas na visualização direta do mencionado Relatório Analítico Propositivo, destaca-se a insatisfação pela atenção concentrada sobre medidas punitivas e pela falta de espaço para discussão de outros temas que compõem o cenário de fundo do conflito. Assim, por exemplo, uma das entrevistadas reclamou sobre não poder falar livremente: “Entrevistadora: E como foi perante a audiência? Como a senhora se sentiu? Foi ouvida? Entrevistada: Não, não. Eu não fui ouvida, eu só ouvi. Só fizeram perguntas onde eu respondia sim ou não, eles perguntaram, questionaram se eu queria ter a medida protetiva, se eu queria que ele ficasse afastado de mim, mas em momento nenhum me ouviram ou deixaram eu falar porque às vezes que eu quis falar, eles não deixaram. Sempre o rapaz interrompia com outra pergunta.” (Ibidem, p. 176). Outra entrevistada deixou subentendido que a intervenção punitiva pura e simples acabou desviando o foco da solução do verdadeiro problema familiar que gerava o conflito: “Entrevistadora: Quais eram as suas expectativas quando você procurou a Delegacia? O que é que você esperava quando você foi lá... pra Delegacia? O que é que você queria? Entrevistada: Eu queria realmente que ele se aproximasse mais da minha filha e dessa mais atenção pra ela e também que eu pudesse seguir a minha vida. [...] Entrevistadora: Certo. É... você pediu alguma medida protetiva? Te explicaram sobre medida protetiva ou...? Entrevistada: Me deram um papel, né, dizendo que era pra mim marcar o que eu queria ou não, aí eu fui marcando, mas chegou um papel lá em casa sobre o negócio de afastamento [...]” (Ibidem, p. 197).

trabalhando para interromper a prática delituosa ou para apresentar desculpas ou propor compensação (Ibidem, p. 113)¹¹⁶.

Como já se salientou em momento precedente, nenhuma prática restaurativa impõe resultados precisos, de modo que a conferência entre vítima e ofensor não mira impor uma composição que gere efeitos no processo penal, por exemplo. Objetiva, antes, permitir que vítima e ofensor *dialoguem* – a qualquer momento da persecução penal e de modo paralelo ao trâmite do processo convencional, inclusive - para expressar-se mutuamente, com sentido pacificador que sobreleva a expectativa de outras consequências (embora uma composição resulte certamente facilitada por meio da aproximação dialogal).

4.1.2 Mediação e Conciliação

Diversamente da simples reunião entre vítima e ofensor, existe também a perspectiva de se promover a mediação (e conciliação) dirigidas, enquanto uma das modalidades de processos restaurativos.

A mediação é definida como um meio extrajudicial de solução de conflitos de interesses, geralmente de caráter confidencial (em relação ao conteúdo discutido), que conta com a presença de um terceiro (mediador), que age no sentido de aproximar as partes e estimular maior velocidade na autocomposição, mas que nada decide e não força as partes a uma composição (Massali, 2015, p. 165).

É regida pelos princípios da liberdade (ênfaticamente desde a adesão à via autocompositiva), da decisão facilitada (cabendo exclusivamente aos interessados estabelecer uma solução ao problema, sem imposição pelo mediador), informalidade (sem procedimento rigoroso, o que corrobora a simplicidade e confidencialidade do debate); imparcialidade (no que diz respeito à atuação do mediador) e cooperação (pelo abandono do clima de competitividade e primazia ao diálogo) (Ibidem, p. 168 e seguintes).

No campo restaurativo, a meta primária da mediação (e da conciliação) é constituir um campo seguro para o diálogo entre os envolvidos, que permita tanto o empoderamento e assistência à vítima, quanto estimule a responsabilização e crescimento do ofensor. Desenvolve-se por meio das fases de 1) encaminhamento e admissão; 2) preparação para a

¹¹⁶ A pesquisa também sugeriu que existe uma demanda frustrada das vítimas por práticas restaurativas, porque entre aqueles a que nunca havia sido oferecida essa prática, 68% disseram que gostariam que lhes tivesse sido oferecida (Gavrielides, 2019c, p. 116).

mediação; 3) a mediação propriamente dita; e 4) acompanhamento conseguinte (Umbreit; Armour, 2011, p. 122).

Anota-se que a atuação voluntária do terceiro, facilitador, especificamente em mediação restaurativa transparece como elemento favorável, à medida que colabora para que esse terceiro desenvolva empatia pelo problema dos demais envolvidos, suspendendo sua própria necessidade de alguma gratificação por sua atuação (Ibidem, p. 42). Além do facilitador, no entanto, a doutrina menciona também a potencial atuação de um *gatekeeper*, que não está instituído formalmente da posição de facilitador da prática restaurativa, mas tem autoridade social bastante para determinar seu sucesso. “[...] ‘*gatekeepers*’ referem-se a todos os indivíduos que não estão diretamente envolvidos no conflito, mas têm poder estrutural e autoridade para determinar se uma iniciativa será respondida de forma restaurativa.”¹¹⁷.

Diversamente das práticas de conferência que surgiram no cenário contemporâneo na América do Norte, a Inglaterra foi o berço dos primeiros serviços públicos organizados em Programas de Mediação entre Vítima e Ofensor (*Victim Offender Mediation Programs*, com a sigla VOM) entre os anos 1980 e 1990. Eram, no entanto, programas distintos de outros projetos de justiça restaurativa, por sua linguagem secular e objetivo mais próximo ao interesse na resolução de conflitos ou solução de disputas cíveis (Umbreit; Armour, 2011, p. 10) Essa característica fez com que os críticos temessem que os programas fossem ao final considerados apenas mais uma forma de mediação. Preocupações também foram levantadas sobre a probabilidade de que voluntários treinados fossem substituídos pela exigência de mediadores profissionais (Ibidem, p. 114).

Na Europa, o desenvolvimento dessas práticas não foi uniforme e incluiu grandes variações. A grande maioria desses programas utilizava mediação indireta, em que o mediador conversa com a vítima e o ofensor individualmente, leva informações e faz sugestões e ofertas. Esse tipo de prática seria mais adequado para casos em que os danos patrimoniais se destacam e os danos emocionais são menores e não haveria maior utilidade em encontros presenciais que tornassem mais morosas as iniciativas de reparação pecuniária. Mas já em 2001, a União Europeia adotou uma política centrada sobre a vítima que deu apoio à mediação penal, na forma da mediação vítima-ofensor (Ibidem, p. 12, 115 e 116).

Projetos restaurativos pela via da mediação são possivelmente mais comuns no Brasil que outras práticas autocompositivas e a doutrina refere que um dos mais bem-sucedidos talvez se dê no Estado de São Paulo, no âmbito do NECRIM (Núcleo Especial Criminal), que

¹¹⁷ No original: “[...] ‘*gatekeepers*’ refer to all individuals who are not directly involved in the conflict but have the structural power and authority to determine whether a particular act will be responded to restoratively.” (Lyubansky; Shpuning, 2017, p. 188).

revisa o sentido de polícia comunitária com inspiração na ideia de *tribunal multiportas* a que nos referimos antes. Ali, o próprio delegado de polícia poderá atuar como verdadeiro conciliador, facilitando de pronto a composição entre os interesses dos envolvidos em infrações de menor potencial ofensivo antes que pequenos conflitos possam evoluir para delitos mais graves (Costa; Pugliese; Cachichi, 2017, p. 153 e seguintes).

4.1.3 Conferência de grupo familiar

Conferências de grupo familiar (*family group conferences*, identificadas pela sigla FGC) ampliam o âmbito inicial dos participantes da prática restaurativa para incluir membros da família ou outros indivíduos cuja presença seja significativa para os envolvidos. O modelo surgiu na contemporaneidade junto à Nova Zelândia ao final dos anos 1980 em parte como resposta às preocupações sobre tradições da população indígena Maori e também à crise do sistema de justiça para jovens, de modo que pode ser compreendida como uma iniciativa tanto de encontro quanto de justiça (Zehr, 2015, p. 50/171).

Como esse modelo tende a se concentrar no apoio necessário para que ofensores mudem de comportamento, o comprometimento dos familiares e outras pessoas importantes da comunidade se torna essencial, do ponto de vista do ofensor. Mas a família da vítima também é convidada e pode ser que a conferência conte com algum agente público, como um representante da Justiça, nos casos em que a conferência possa produzir efeitos sobre o processo convencional, por exemplo (nesse sentido: Idem, 2003, p. 50)¹¹⁸.

No campo da justiça juvenil, as conferências de grupo familiar são uma abordagem de planejamento para a tomada de decisões sobre atos infracionais e sobre cuidados envolvendo a rede familiar e parceria com instituições governamentais e outras agências comunitárias (nos casos em que envolvem negligência de cuidados ou abusos) (Umbreit; Armour, 2011, p. 143).

Os resultados foram noticiados como muito favoráveis. No novo sistema de justiça juvenil adotado em 1989 na Nova Zelândia, todos os atos infracionais (exceto alguns poucos muito violentos) foram remetidos a conferências de grupo familiar. Como consequência, juízes reportaram uma queda substancial de até 80% dos casos. Um juiz neozelandês chamado

¹¹⁸ O número de pessoas pode variar entre seis a dez participantes, ou apenas uns poucos (Umbreit; Armour, 2011, p. 85).

Fred McElrea chegou a concluir que essa era a primeira abordagem verdadeiramente restaurativa institucionalizada em uma estrutura legal ocidental (Zehr, 2015, p. 172).

É importante salientar, porém, que o programa de conferência de grupo familiar da Nova Zelândia não é estritamente restaurativo, porque as reuniões envolvem discussão sobre outras medidas de prevenção e, às vezes, também discussões sobre definição das acusações e as punições que serão aplicadas¹¹⁹.

A doutrina ressalta, porém, que o foco nas relações familiares para esse tipo de prática pode implicar menor presença e importância da vítima nas soluções discutidas. Isso pode representar um risco de que os interesses da vítima resultem também marginalizados em comparação com as preocupações familiares sobre o comportamento do ofensor, aproximando sua posição (da vítima) em relação ao isolamento experimentado sob o sistema de justiça convencional (Umbreit; Armour, 2011, p. 146).

4.1.4 Conferência comunitária e círculos de sentença

As abordagens contemporâneas de justiça restaurativa em formato de círculo surgiram da iniciativa de comunidades indígenas do Canadá (*First Nation Communities*). Um juiz chamado Barry Stuart foi quem primeiro acolheu por decisão esse tipo de prática e se referiu a ela como “círculo de pacificação” (*peacemaking circles*) (Zehr, 2003, p. 52).

A ideia de reunir os participantes em círculo tem sobretudo sentido igualitário (uma vez que cada ponto ao redor do círculo tenha igual importância).¹²⁰ Conscientemente, reunir-se em formato circular faz com que vítimas, ofensores, membros da família, eventualmente agentes públicos e principalmente membros da comunidade se tornem partes essenciais da mesma maneira. Em algumas ocasiões, os membros da comunidade são convidados por causa de sua conexão ou interesse na ofensa específica ou sobre a vítima ou sobre o ofensor. Às vezes, trata-se de um círculo contínuo de voluntários da comunidade (Zehr, 2003, p. 52).

119 “As conferências de grupos familiares, ao estilo da Nova Zelândia, não são projetadas simplesmente para permitir a expressão de fatos e sentimentos e desenvolver acordos de restituição. Por normalmente ocuparem o lugar do tribunal, são encarregadas de desenvolver todo o plano para o ofensor que, além das reparações, inclui elementos de prevenção e, às vezes, de punição. Mesmo as acusações podem ser negociadas na reunião.” No original: “*Family group conferences, New Zealand style, are not designed simply to allow for the expression of facts and feelings and to develop restitution agreements. Because they normally take the place of court, they are charged with developing the entire plan for the offender that, in addition to reparations, includes elements of prevention and sometimes punishment. Even the actual charges may be negotiated in this meeting.*” (Zehr, 2003, p. 51).

120 “*All parts of the circle are equal, [...]*” (Umbreit; Armour, 2011, p. 179).

Hoje, há diferentes tipos de práticas restaurativas realizadas em forma circular. A doutrina menciona círculos de sentença (*sentencing circles*, aptos ao estabelecimento de soluções consensuais para infrações), círculos de discussão (*talking circles*, para discussão de temas de interesse, como o debate sobre o racismo nas escolas), círculos de conflito (*conflict circles*, em casos de problemas de relacionamento interpessoal, por exemplo), círculos de suporte (*support circles*, encorajamento para momentos de mudança ou reintegração de pessoas à comunidade, entre outros casos assemelhados), círculos de cura (*healing circles*, para explicitação de traumas e apoio coletivo à vítima, por exemplo) e círculos organizacionais (*organizational circles*, para preocupações institucionais, definição de estratégias etc.) (Umbreit; Armour, 2011, p. 197 e seguintes).

No caso específico dos círculos de sentença (*sentencing circles*), os resultados são discutidos e alcançados por consenso, incluindo planos para a sentença judiciária. Comparados com as conferências de grupo familiar, os círculos se diferenciam pela ênfase maior que é conferida ao envolvimento comunitário e, assim, as reuniões podem ser bem grandes, com a presença de muitos membros da comunidade (Zehr, 2015, p. 174 e 175)

A despeito da preparação e da orientação do círculo, não há regras rígidas para o conteúdo das discussões, de modo que os participantes têm abertura à espontaneidade. Embora a reunião deva ocorrer de modo ordenado para apreciação das razões de cada um dos participantes, não há obrigação de resolução dos paradoxos aí demonstrados. Os participantes descobrem que o uso do processo implica que cada reunião em círculo é diferente (Umbreit; Armour, 2011, p. 180).

Ainda assim, mesmo que não deva ocorrer limitação de seu conteúdo e resultados, o círculo deve representar um processo guiado para sua melhor operacionalização, que compartilha cinco elementos característicos: o tom ritualístico, orientações comportamentais, a instituição de um “objeto de fala”, o compromisso com o círculo e a decisão em consenso (Ibidem, p. 180 e seguintes).

Sobre o tom ritualístico, nota-se que convém estimular que as pessoas se sintam seguras para se expressar abertamente, de modo que é de uso aplicar algum tipo de *ritual* para a abertura e para o encerramento das atividades do círculo restaurativo (Ibidem, p. 187 e seguintes). A inspiração da prática junto às comunidades tradicionais e a percepção da espiritualidade se aproveitam bastante desse tom ritualístico, para boa disposição dos participantes a abrir-se para o diálogo de modo elevado, em tom quase “sagrado”¹²¹.

121 “A cerimônia de abertura define o tempo e o espaço para o círculo além da agitação habitual do dia. Ele estabelece o tom do círculo e move os participantes para lugares mais profundos ou sagrados internamente, onde os participantes podem experimentar a si mesmos e aos outros de maneiras diferentes. [...] As cerimônias podem

A criação de um espaço seguro sugere incluir também orientações sobre falar abertamente e também ouvir respeitosamente, o que implica instituir o compromisso de confidencialidade dos participantes, para evitar-se o receio de que as manifestações sinceras produzam exposição dos participantes após a realização da prática restaurativa. Mas a doutrina relembra que essa confidencialidade seria limitada em se tratando de *sentencing circles* (nos programas que os aplicam), em razão da exigência de publicidade para os procedimentos judiciais (Ibidem, p. 190).

O objeto fala, por sua vez, é qualquer objeto transmitido de participante a participante em sua ocasião de fala, para estimular a escuta e o diálogo respeitosos (Ibidem, p. 86). O uso de um objeto de fala torna mais lento o diálogo, à medida que cada participante deve escutar a quem o tem, aguardando sua vez de pronunciar-se. A ampliação do tempo do discurso é de interesse para a solução de conflitos, à medida que torna a discussão mais profunda, evitando a instalação de debates dualizados e estimula uma oitiva mais cuidadosa antes da manifestação dos ouvintes (Ibidem, p. 191).

Há um compromisso que todos devem assumir de estabelecimento e manutenção de um processo circular saudável. Isso inclui eventualmente considerar a preparação do círculo com certos ajustes físicos e recepção específica para alguns dos participantes, de modo que todos possam estar presentes de um modo favorável. Assim como em outras modalidades de práticas restaurativas, deve haver um terceiro que atue como facilitador, correspondente a uma pessoa respeitada e que conte com a confiança dos demais participantes, escolhida em razão de suas qualidades pessoais e habilidades para ser um condutor claro ao fluxo do círculo (Ibidem, p. 192).

As decisões do círculo são tomadas *por consenso* e a doutrina ressalta que as chances de consenso são bem maiores quando os participantes sentem que suas preocupações foram efetivamente reconhecidas e consideradas de modo cuidadoso pelo círculo. Mas a doutrina aponta que a eficácia de suas decisões pode esbarrar na dificuldade de obtenção de recursos para realizar as conclusões alcançadas [v.g. casos de hipossuficiência em que as soluções são

incluir a leitura de poesia ou uma passagem significativa, acender velas, ouvir música e compartilhar algo de significado pessoal (Pranis et al., 2003). As cerimônias também podem envolver os participantes de forma mais ativa. Roca usa um ritual de abertura onde cada pessoa, por sua vez, se pergunta: ‘Eu sou o guardião do meu irmão?’ A resposta é: ‘Sim, eu sou’ (Pranis, comunicação pessoal, 19 de junho de 2008). As aberturas também podem ser leves e divertidas. [...] No original: “*The opening ceremony sets the time and space for the circle apart from the usual hustle and bustle of the day. It establishes the tone for the circle and moves participants to deeper or sacred places internally, where participants can experience themselves and others in different ways. [...] Ceremonies may include reading poetry or a meaningful passage, lighting candles, listening to music, and sharing something of personal meaning (Pranis et al., 2003). Ceremonies can also engage participants more actively. Roca uses an opening ritual where each person in turn asks themselves, “Am I my brother’s keeper?” The answer is, “Yes I am” (Pranis, personal communication, June 19, 2008). Openings can also be light and fun. [...]*” (Ibidem, p. 188).

custosas para implementar], além de arranjos sociais locais específicos, em especial junto a comunidades pequenas e fechadas onde algumas famílias são muito conectadas e as posições de liderança estão firmadas sob forças políticas contrapostas [*i.e.* difíceis de superar para a implementação conseguinte das soluções deliberadas] (Ibidem, p. 86 e 193).

Além disso, o diálogo em círculos é mais favorecido quando ocorre o prévio compartilhamento de valores comuns entre os diferentes participantes.¹²² A Psicologia sugere que, se não há um sentimento de pertencimento entre o indivíduo e os demais membros da comunidade, uma reunião entre eles apontaria como menos provável o sucesso da prática restaurativa (Van de Vyver et al, 2016, p. 33).

4.2 Cláusulas abertas à participação comunitária em acordos penais

Como vimos, a despeito da iniciativa regulamentadora como aquela retratada na Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça, o direito brasileiro apenas engatinha em matéria de práticas restaurativas com a falta de instituição típica legal expressa. Embora esse aspecto não seja necessariamente um obstáculo definitivo, pelas razões que também já assinalamos, é certamente necessário que os agentes jurídicos bisquem para além da expectativa de um texto expresso os espaços de abertura do sistema penal à perspectiva comunitária restaurativa.

Na revisão dos antecedentes do movimento restaurativo, já vimos também que o anseio por substitutivos penais que reposicionassem o ofensor e a vítima no cenário da justiça penal teve eco de destaque com a Lei nº 9.099/95 por meio dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89), fulcrados em princípios de “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”, conforme enumerado em seu artigo 2º (Brasil, 1995).

Além dessas normas precursoras, também foram inaugurados outros institutos diversificadores, como a colaboração premiada, que é regulada como “negócio jurídico processual” pelo artigo 3-A da Lei n. 12.850/2013, com a redação conferida pela Lei n.

¹²² Além de valores destoantes, estereótipos que os grupos envolvidos carreguem em relação ao outro também podem constituir um obstáculo prévio, como preconceitos sobre o nível de cordialidade e capacidade de entendimento entre grupos étnicos ou religiosos diferentes, por exemplo (de modo semelhante: Van de Vyver et al, 2016, p. 35).

13.964 (Brasil, 2013 e 2019b), mas cujo sentido está muito mais relacionado à interrupção de esquemas delituosos organizados que à perspectiva restaurativa especificamente considerada.

Ainda em período mais recente, depois de tentativas inaugurais de regulação extraprocessual, foi incorporado ao ordenamento brasileiro o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (artigo 28-A do Código de Processo Penal, instituído pela Lei n. 13.964/2019), estendendo a um número maior de infrações a admissão normativa de justiça penal negociada que havia sido instaurada no âmbito da Lei dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal (Brasil, 2019b).

A introdução de soluções negociadas ao conflito com a lei penal transparece uma porta de saída à circularidade fechada da racionalidade penal moderna. Como se nota, porém, a perspectiva negocial em direito penal não é suficiente *per se*, porque facilmente se esgota na perspectiva burocratizante de simples diminuição do número de casos conduzidos à instrução completa e julgamento do mérito. Se a oportunidade de abertura comunitária não é aproveitada, degeneram-se em mero instrumento de eficiência na gestão (em sentido administrativo) do sistema punitivo por meio da instituição de soluções abreviadas, com relativização das garantias, do ponto de vista do devido processo legal.

Além disso, práticas restaurativas podem ser cogitadas também fora do contexto desses institutos diversificadores, porque práticas restaurativas não estão restritas a infrações de menor ou médio potencial ofensivo (ou despidas de violência ou ameaça) e também não estão relacionadas a algum momento preliminar do processo (podendo ser alternativas, concomitantes ou mesmo posteriores ao julgamento do mérito).

Bem assim, vejamos diferentes oportunidades normativas de introdução da perspectiva comunitária em práticas restaurativas sob diferentes formatos e momentos já encampados pelo direito positivo brasileiro. Evidentemente que não pretendemos a enunciação de um rol exaustivo e que outras oportunidades também relevantes poderão ser destacadas durante a leitura. Sigamos adiante, de todo modo, com as vias que se nos apresentam como mais plausíveis para o momento.

4.2.1 Composição civil

Em consonância com os artigos 24 e 30 do Código de Processo Penal brasileiro, há inúmeras infrações que comportam a composição entre os interessados nos casos

expressamente sujeitos à ação penal pública condicionada ou à ação penal privada, em razão da renúncia que implica ao direito de representação ou de promoção da queixa-crime, respectivamente¹²³.

Considerando que a norma atribui aos próprios interessados ou seus representantes (como no caso dos pais de vítima adolescente) o exercício dessas faculdades, resulta notável que o espaço da composição traduz uma clara oportunidade de estímulo a práticas restaurativas, especialmente do tipo conferência vítima-ofensor e conferência de grupo familiar.

Embora não haja previsão para tal oportunidade de reunião dos interessados nos ritos tradicionalmente previstos pelo Código de Processo Penal, a composição civil no âmbito do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais é, na dicção da norma, conduzida pelo próprio magistrado na oportunidade de uma *audiência preliminar* no ambiente judiciário¹²⁴.

Nos casos que demandam representação ou queixa do ofendido, no entanto, não há impedimento normativo para que práticas restaurativas sejam apresentadas aos interessados desde o primeiro momento em que buscam atendimento das autoridades policiais. Com a concordância dos interessados, reuniões podem ser promovidas (e devidamente documentadas no procedimento) *tanto por iniciativa da própria autoridade policial quanto por iniciativa do Ministério Público*, mesmo que isso não implique interrupção da investigação e do consequente rito da persecução penal.

A rigor, os interessados poderão ser esclarecidos e encaminhados a programas de justiça restaurativa até mesmo depois que o processo penal já tenha sido iniciado, embora a composição civil nos casos de representação só produza efeito extintivo (por renúncia tácita) se ainda não houver sido oferecida a denúncia, na generalidade dos ritos previstos pelo Código de Processo Penal; ou se ainda não houver sido recebida a acusação, no caso do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais¹²⁵. Para os casos de queixa-crime, evidentemente

123 No Código de Processo Penal: “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. [...] Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

124 Na Lei n. 9.099/95: “Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal. Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

125 Na generalidade dos ritos previstos pela codificação processual, a renúncia à representação só produz efeito extintivo se for processada até o oferecimento da denúncia (artigo 25 do Código de Processo Penal). Já no Juizado Especial Criminal, a composição civil implicará renúncia válida à representação *mesmo depois* de oferecida a denúncia, se for alcançada a composição na audiência própria ao processamento da resposta à

a composição poderá ser alcançada e produzirá efeitos até qualquer momento antes do julgamento do mérito, precisamente em razão da natureza privada da ação.

Seja como for, *ainda que a composição não seja alcançada, trata-se de uma boa oportunidade de apresentação de práticas restaurativas* aos interessados, para popularização da perspectiva coletiva de soluções de conflitos que possa ser cogitada em momentos futuros (colaborando para que os interessados busquem soluções mais coerentes em outros episódios que sucedam). Já se viu, nesse sentido, que as práticas restaurativas podem ocorrer de modo alternativo ou concomitante à persecução penal formal e seus méritos não se medem pelo alcance específico de sucesso na composição civil entre os envolvidos (em outras palavras, a composição *pode até não ocorrer*, mas as práticas de justiça restaurativa podem gerar outros efeitos relevantes para pacificação social).

4.2.2 Transação Penal

A transação penal oportuniza a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, a ser especificada na proposta, podendo ser reduzida a pena de multa prevista em caráter abstrato pela norma incriminadora¹²⁶.

A reparação das vítimas e a prestação pecuniária representam também caminho especial para introdução da perspectiva coletiva na solução de conflitos, já que práticas de justiça restaurativa poderão viabilizar definição comunitária sobre quem são as pessoas da comunidade que foram afetadas pela prática delituosa e quais medidas de responsabilização são mais adequadas às suas necessidades, por exemplo.

Como a transação penal cabe mesmo a infrações sujeitas à ação penal pública incondicionada, a reparação dos danos poderá ser assim discutida abertamente *mesmo que não haja uma vítima individualizada* (em círculos restaurativos envolvendo diferentes

acusação, que antecede o recebimento da acusação no rito sumaríssimo (artigo 79 da Lei n. 9.099/95).

126 “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. [...]”.

segmentos da sociedade, nos casos de danos coletivos ou contra interesses individuais difusos, por exemplo). A aproximação da coletividade ao processo penal, nesse caso, é válida principalmente porque permite definir *quem são os ofendidos e qual a resposta* mais adequada, ainda que a reparação deva ser direcionada a alguma entidade de interesse social que represente a generalidade dos interesses vulnerados, inclusive.

Relembra-se que entre as penas restritivas de direitos que podem ser aplicadas por transação penal estão não apenas a reparação pecuniária às vítimas, mas também *prestações de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário*, o que demanda que a *reunião envolvendo a coletividade dos interessados* é uma ótima oportunidade de exercício de justiça restaurativa, portanto¹²⁷.

Ainda, práticas restaurativas podem ser apresentadas e exercitadas também no âmbito da *limitação de final de semana* (que também é uma das penas restritivas de direitos passíveis de aplicação por transação penal). É que esse tipo de pena alternativa autoriza que o ofensor seja encaminhado a cursos ou palestras durante o período no qual deve permanecer com sua locomoção restrita. Assim, nos sábados em que se deva apresentar a uma determinada instituição, por exemplo, poderá receber informações sobre práticas restaurativas e (*se quiser e apenas se quiser*) poderá talvez avançar pela participação em círculos restaurativos com a comunidade interessada¹²⁸.

4.2.3 Suspensão Condicional Do Processo

A suspensão condicional do processo constitui em benefício oportunizado com a ação penal já em curso (necessariamente recebida a ação penal) e pressupõe condições mínimas inerentes à priorização da reparação do dano e à prevenção da reiteração delituosa, no sentido da evitação de nova prática delituosa. Mas admite também a introdução de outras providências a título de condição judicial (aplicada pelo magistrado, mas que pode resultar do ajuste amplo entre os interessados, mesmo para além dos limites específicos da reunião entre vítima e ofensor)¹²⁹.

¹²⁷ Artigo 45, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

¹²⁸ “Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.”.

¹²⁹ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes

De modo muito semelhante com o que foi considerado para a transação penal, práticas restaurativas poderão ser apresentadas aos envolvidos e (se admitidas) devem colaborar para a definição da reparação de danos, incluindo em sentido coletivo.

As outras condições judiciais que são admitidas pela norma também podem envolver que o ofensor participe de cursos ou palestras para conhecer as práticas restaurativas e (*apenas se quiser*) avançar pela participação em círculos restaurativos. Assim como se anotou antes, o sucesso das práticas restaurativas não se mede especificamente pela obtenção de resultados processuais e o simples fato de que a perspectiva comunitária seja introduzida como mote à reflexão coletiva do fenômeno delituoso já terá sido exitoso para refreamento da racionalidade penal moderna.

4.2.4 Acordo De Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal foi instituído originalmente por iniciativa direta do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, que tratou de matéria mais ampla inerente à regulação do procedimento investigatório criminal conduzido pelos membros do Ministério Público. Seus considerandos, porém, demonstram que o propósito original da introdução desse mecanismo combinava a perspectiva de eficiência na atividade da persecução penal com a perspectiva de alternativas ao processo penal.¹³⁰

os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. [...].”

130 Entre os “considerandos” da resolução normativa, anotam-se: “Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafiando os estabelecimentos prisionais [...]”.

Em sua primeira formatação original, o benefício foi previsto a todos os delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o implicado confessasse formal e detalhadamente a prática do delito, indicando provas de seu cometimento, ademais de outras condições (artigo 18 da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público).

Diante das dúvidas levantadas a propósito da extensão do benefício, a redação daquele dispositivo foi alterada pela Resolução n. 183 do mesmo Conselho Nacional do Ministério Público, de 24 de janeiro de 2018, limitando seu cabimento às infrações sem violência ou grave ameaça à pessoa com pena mínima inferior a quatro anos de privação de liberdade, então prevista a exigência de confissão formal e circunstanciada da prática, mas dispensada a apresentação de novas provas. Outras restrições também foram aplicadas a seu cabimento, em relação ao volume do dano, perigo de prescrição da pretensão punitiva e nos casos de delitos hediondos ou equiparados e sob incidência da Lei Antitóxicos¹³¹.

A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dita Lei do Pacote Anticrime, introduziu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, superando a celeuma e instituindo de modo definitivo esse novo acordo penal, com alcance mais amplo que os demais. Tal como o *sursis* processual, o acordo de não persecução penal confere ênfase à reparação do dano e prevê expressamente a cumulação com a aplicação imediata de penas restritivas de direitos (*i.e.* serviços à comunidade e prestação pecuniária). Admite também o cumprimento por prazo determinado de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada¹³².

Por sua indeterminação, essa *outra condição proporcional e compatível* é inequivocamente também oportuna para introdução da perspectiva coletiva, com a observação

131“Art. 18. [...] § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. [...]”.

132 “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.[...]”.

de que poderá ser definida diretamente em acordo com o Ministério Público (embora sujeita à homologação judicial) e não corresponde a uma condição propriamente judicial (como no caso do *sursis* processual).

4.3 Esclarecimento e conscientização dos membros de conselhos populares

Afora os institutos de diversificação da persecução penal que foram referidos acima, há uma evidente linha de introdução comunitária no controle do fenômeno delituoso por meio da ênfase a conselhos populares. Relembra-se em especial a atuação bem presente de agremiações como Conselho da Comunidade, Conselho de Segurança e do próprio Conselho Penitenciário.

Embora esses não sejam os únicos conselhos populares que discutam temas reflexos a processos penais (como poderiam ser citados também os conselhos de defesa dos direitos de idosos e do meio ambiente, por exemplo), é certo que os referidos acima são aqueles com vocação primariamente criminal. Por isso, os próximos itens focam atenção sobre eles.

Durante a produção deste texto, cogitou-se também conferir potencial ênfase sobre estímulo de práticas restaurativas junto à lista de jurados de cada comarca, que compõem o Conselho de Sentença em cada ocasião definida de julgamento pelo Tribunal do Júri. Mas a rigidez do julgamento pelo Tribunal do Júri (que julga a partir de quesitos simples) parece pouco adaptável à recomendação de práticas restaurativas nesse momento (v.g. de julgamento plenário dos crimes contra a vida). Por isso, o Conselho de Sentença não foi por ora considerado, a despeito de tratar-se de caso inequívoco de julgamento pela comunidade no processo penal brasileiro (o que não afasta eventual desenvolvimento de estudo específico sobre a perspectiva restaurativa no Tribunal do Júri, que seria tema viável para outra investigação potencial).

4.3.1 Conselho da comunidade

O Conselho da Comunidade está previsto na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal, artigo 61, VII), ao lado de instituições como o Ministério Público e a

Defensoria Pública, o que demonstra a relevância que a lei especial confere à participação comunitária, embora em contexto mais propriamente inerente à fiscalização dos objetivos tradicionais da pena.

No Estado do Paraná, sua composição e funcionamento foram regulados de forma unificada por meio da Instrução Normativa Conjunta n. 01/2014, de produção conjunta pela Corregedoria Geral da Justiça e pelo Ministério Público do Estado do Paraná, cujo artigo 4º incluiu expressamente entre seus propósitos estimular projetos de inclusão social dos egressos do sistema penitenciário¹³³.

Seja na prestação direta de apoio para execução de medidas alternativas ou apoio a egressos do sistema punitivo convencional, seja pelo apoio a programas de prevenção geral de iniciativas delituosas, o Conselho da Comunidade pode ser um grande aliado na promoção da justiça restaurativa no Brasil.

Sua atuação poderá ocorrer não apenas com a atuação voluntária de seus membros, mas também com a aplicação dos recursos de que dispõe, para o custeio de gastos que estejam relacionados à preparação, execução e acompanhamento de práticas restaurativas.

Além disso, sua vocação de apoio às vítimas, seus familiares e ao próprio ofensor pode sem dúvida se imprimir na promoção de círculos de grupo familiar ou círculos restaurativos mais amplos que permitam definir com mais segurança quais as necessidades amplas dos envolvidos (para bem mais além do sentido da reparação material de danos).

4.3.2 Conselho de Segurança

Embora não contem com legislação nacional definitiva, os Conselhos de Segurança multiplicaram-se e tiveram sua regulação definida de modo amplo no Estado do Paraná por meio do Decreto Estadual n. 5.381, de 24 de outubro de 2016.

133 “Art. 4º Ao Conselho da Comunidade incumbirá: [...] IV - oportunizar a participação de presos, cumpridores de penas e medidas alternativas, egressos e familiares, nos programas assistenciais, de educação, formação para o trabalho e colocação profissional existentes na rede social; V - fomentar a criação de programas, projetos e serviços voltados especificamente a presos, cumpridores de penas e medidas alternativas, egressos e familiares; [...] XII - orientar e apoiar o egresso com o fim de promover sua inclusão social; XIII - fomentar a participação da comunidade na execução penal; XIV - diligenciar a prestação de assistência material ao egresso; [...] XVI - orientar e apoiar a vítima, seus familiares e o agressor; [...]”.

Conclamam a participação comunitária na deliberação de temas relacionados à segurança pública, mas na realidade sua vocação é de órgão deliberativo institucional e, por isso, seguem as diretrizes emanadas pela Secretaria de Estado da Segurança Pública¹³⁴.

Por isso mesmo, sua composição ainda evidencia um viés pouco atento às injustiças sociais e à perspectiva restaurativa, visto que *não reclama a participação de entidades de defesa de direitos humanos*, por exemplo. Em seu artigo 27, o Decreto referido indica que poderão participar como convidados um representante da Prefeitura do Município, um representante do Poder Judiciário, um representante do Ministério Público Estadual, um representante da Associação Comercial e Industrial do Município, um representante da Circunscrição Regional de Trânsito, um representante do Núcleo de Educação, representantes de outros conselhos de segurança limítrofes, inclusive de outros Estados da Federação e representantes de outros órgãos, cujas atribuições estejam relacionadas à Segurança Pública, inclusive de outros Estados da Federação em municípios situados na área de divisa do Estado.

Seja como for, uma vez que a redação do artigo 27 é aberta (como evidencia a expressão *poderão participar*), é razoável admitir que outras entidades e membros interessados da comunidade devam ter espaço admitido para participar das reuniões e deliberações dos Conselhos de Segurança. Aliás, em seu artigo 29, o mesmo Decreto prevê que “Compete aos Membros Natos: [...] III – ouvir a comunidade, por intermédio do CONSEG, propondo prioridades e diretrizes para os Sistemas de Segurança Pública; [...]”. Note-se que *ouvir a comunidade* não implica ouvir apenas os convidados previstos pela própria normativa. Por isso, as atividades dos Conselhos da Comunidade poderão valer-se de modo bastante favorável pela introdução e estímulo de práticas restaurativas, notadamente *círculos restaurativos amplos para tratar de temas específicos que hajam mobilizado fortemente as comunidades*, como crimes de ódio ou os trágicos atentados violentos em escolas.

134 “Art. 2.º Os CONSEGs se constituirão de colegiados comunitários deliberativos e consultivos, sem fins lucrativos, apolíticos e apartidários, vinculados às diretrizes emanadas pela Secretaria de Estado da Segurança Pública, com o objetivo principal de organizar as comunidades e interagir de forma estritamente técnica e privilegiada com os órgãos de segurança pública, cumprindo as diretrizes emanadas pelo Poder Público e por este regulamento. [...] Art. 5.º Os Conselhos Comunitários de Segurança visarão: I – constituir-se em canal privilegiado pelo qual a Secretaria de Estado da Segurança Pública interagirá com a sociedade civil, contribuindo positivamente para que seus órgãos operem em função dos princípios de Segurança Cidadã; II – integrar a comunidade com as autoridades policiais nas respectivas áreas de circunscrição policial ou do município, cooperando com as ações e estratégias integradas de segurança pública, que resultem na melhoria da qualidade de vida da população e dos órgãos de segurança; III – propor às autoridades policiais a definição de prioridades na segurança pública, nas áreas circunscricionadas pelos CONSEGs; IV– articular junto à comunidade a prevenção e a solução de problemas ambientais e sociais, que tragam implicações aos órgãos de segurança pública; V – estimular o espírito cívico comunitário, na área dos respectivos CONSEGs; VI – promover e implantar programas de orientação e divulgação de ações de autodefesa às comunidades, inclusive estabelecendo parcerias, visando projetos e campanhas educativas de interesse da segurança pública; [...]”.

4.3.3 Conselho penitenciário

O Conselho Penitenciário é outro órgão previsto na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 61, inciso IV. Suas atribuições estão previstas pela norma e traduzem-no como órgão consultivo e fiscalizador da execução pena (artigo 69).

Ao contrário do Conselho da Comunidade (que está diretamente ligado a cada unidade jurisdicional), o Conselho Penitenciário se reveste de caráter regional e é integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, além de representantes da comunidade.

Ocupa-se mais propriamente do apoio à execução, com presença prática mais fortemente relacionada à fiscalização da pena privativa de liberdade, cabendo-lhe, nesse sentido: emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; apresentar relatórios periódicos ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre os trabalhos que realiza; e supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos (artigo 70).

Práticas de justiça restaurativa podem muito bem ser estimuladas em meio às atividades do Conselho Penitenciário, à medida que se incluem entre seus focos de atenção a supervisão de estabelecimentos penais e da assistência aos egressos. Embora seus atos se revistam de sentido especialmente mais técnico e formal, círculos restaurativos poderiam ser estimulados e acompanhados por alguns dos membros do Conselho Penitenciário (especialmente aqueles oriundos da própria comunidade), a fim de que as experiências de contato com a comunidade sejam mais enriquecedoras e as diretrizes da execução penal no plano concreto estejam mais bem conectadas com os anseios comunitários.

4.4 Providências concomitantes à persecução penal

Para além de providências inerentes a práticas de diversificação da persecução penal (por meio dos benefícios despenalizadores antes já indicados) e também medidas relativas a

conselhos populares, cada magistrado pode (a rigor, deveria fazê-lo) observar medidas de interesse comunitário em diferentes momentos de sua atividade decisória individual. No cenário pós-positivista e neoconstitucionalista, não há razões para que os julgadores se mantenham adstritos à letra expressa do direito positivo e não avancem por explorar as possibilidades restaurativas entremeadas pelo texto legal.

A percepção de que os conflitos têm um painel de fundo moldado por relações sociais complexas recomenda fortemente que a justiça criminal faça comunicações e requisições de providências a outros serviços públicos, como os de assistência social, por exemplo, evitando-se que a resposta judiciária se resuma à insuficiente (e tantas vezes impertinente) mera atribuição da pena aflitiva.

Ademais, convém lembrar a relevância menor que a justiça confere a crimes de colarinho branco em comparação com as respostas proporcionalmente mais duras que são aplicadas a delitos praticados por pessoas vulneráveis de modo geral. A importância conferida a um e outro não é, por padrão, de igual importância (Courakis; Gavrielides, 2019, p. 49 e seguintes). Por isso, há que explorar também os instrumentos legais de correção de injustiças sociais reproduzidas no cenário forense, como ocorre no que diz respeito a oportunidades desiguais de vida que são experimentadas por grupos desfavorecidos.

Medidas de justiça restaurativa se mostram oportunas desde as primeiras decisões cautelares até o plano correicional (v.g. da execução da pena), podendo colaborar para a promoção do desenvolvimento do apenado, com respeito à sua personalidade (nesse sentido: *Ibidem*, p. 51). A seguir examinaremos apenas algumas das hipóteses de aplicação de práticas restaurativas que decorrem de iniciativa decisória do próprio juízo, evidentemente respeitada sempre a participação voluntária dos envolvidos.

4.4.1. Requisição de serviços em matéria de violência doméstica

O empoderamento das vítimas resulta não apenas de lhes conferir voz no procedimento, mas também deve contar com a disponibilidade de serviços de assistência social e saúde que promovam de modo mais amplo tanto a vítima quanto o ofensor, colaborando para superação de vulnerabilidades que estejam relacionadas ao contexto do

conflito com a lei penal. Trata-se de enfatizar a conexão entre as esferas social e a persecução penal, de modo a favorecer a elevação da dignidade e autonomia dos envolvidos.

Os movimentos de recrudescimento da resposta punitiva, porém, colocam ênfase crescente em programas de tolerância zero de modo a gerar contínuo desinteresse de trabalhadores de assistência social para eventual atuação profissional com o público do sistema penal. Considerando a importância que o voluntariado deve assumir em matéria de justiça restaurativa, a falta de interesse em colaborar com a resposta punitiva tradicional se traduz também como um obstáculo prática importante, porque a atuação mais volumosa de voluntários reduz custos que, de outra forma, podem tornar impraticáveis programas de justiça restaurativa (Umbreit; Armour, 2011, p. 37 e seguintes)¹³⁵.

No direito positivo brasileiro, crimes de violência doméstica e familiar contra mulher contam com previsão expressa da requisição de serviços profissionais de assistência social, inclusive emergencialmente quando necessário. A requisição poderá ser realizada pelo Poder Judiciário ou diretamente pelo Ministério Público, ressaltando-se que a redação aberta do texto inerente à requisição ministerial deixa entrevista essa hipótese (precisamente quando se refere que poderão ser requisitados serviços de saúde, educação, assistência social, segurança, *entre outros* (artigos 9º e 26 da Lei Maria da Penha)¹³⁶.

Em ocasião não muito distante, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 116, de 27 de outubro de 2021, para assegurar precocidade ao

135 “Além disso, o serviço social e a justiça restaurativa atendem aos mesmos grupos vulneráveis e desfavorecidos, por exemplo, jovens encarcerados, estudantes em escolas problemáticas, vítimas de violência familiar e moradores de bairros pobres. O serviço social, por décadas, se desvinculou do sistema de justiça criminal tradicional devido, em parte, ao descompasso entre os valores do serviço social e a filosofia retributiva que guia a prática da justiça criminal atual.” No original: “*In addition, social work and restorative justice serve the same vulnerable and disadvantaged groups, for example, incarcerated youth, students in troubled schools, victims of family violence, and residents of poverty-ridden neighborhoods. Social work, for decades, has disaffiliated itself from the traditional criminal justice system due, in part to the mismatch between social work values and the retributive philosophy that mostly guides current criminal justice practice.*” (Ibidem, p. 35).

136 Na Lei Maria da Penha: “Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. § 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente. § 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. [...] Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário: I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros; [...]”.

encaminhamento dos envolvidos para serviços de assistência social logo que deferidas medidas protetivas de urgência. A requisição de atenção dos órgãos de assistência social nesse caso é dirigida a acompanhamento e suporte tanto da vítima quanto do próprio ofensor e independe da conclusão do procedimento criminal. Seu objetivo declarado é a erradicação da violência e não o aperfeiçoamento de algum aspecto da retribuição punitiva¹³⁷.

A conjugação do poder-dever de requisição de providências para suporte e elevação da dignidade e autonomia tanto da vítima quanto do ofensor têm amparo evidente no ideal restaurativo e não há impedimento para que os envolvidos sejam também encaminhados pelo próprio Juízo ou pelo Ministério Público (ou mesmo por qualquer autoridade pública interessada) a programas de justiça restaurativa para que *conheçam* as práticas correspondentes e – *se concordarem voluntariamente* – adiram a alguma delas que transpareça mais adequada ao caso concreto (no mesmo esforço conjugado de solução efetiva de conflitos subjacentes à prática delituosa).

4.4.2. Priorização de medidas ressocializadoras para a igualdade racial

Relembrando os aspectos já ventilados sobre etiquetamento e injustiça epistêmica, anota-se que a perspectiva de que a Justiça é cega à questão racial é parte da ficção da racionalidade penal moderna. As decisões que se aplicam a todos igualmente em sociedades racistas na prática cumprem uma função de reafirmação das desigualdades, já que ignoram os graus diferentes de dificuldades enfrentadas por cada grupo étnico e que os levam de formas diferentes às portas dos tribunais (nesse sentido: Lyubansky; Shupuning, 2017, p. 186).

Esse problema atinge tanto as vítimas quanto os ofensores, já que as vulnerabilidades decorrentes do racismo estrutural mesclam essas duas condições, não sendo inadequado afirmar que os ofensores de origem étnica desprivilegiada se apresentam também como vítimas de certa forma no contexto mais amplo das relações sociais. A necessidade de empoderamento é atinente a ambos os envolvidos, portanto (Ibidem, p. 187).

No âmbito da Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010, dito Estatuto da Igualdade Racial, nota-se uma dicção primordial apontada à promoção social das vítimas da

¹³⁷ O Conselho Nacional de Justiça deliberou: “Art. 1o Recomendar a todos os juízes e juízas, que detenham competência na área da violência doméstica, familiar e de gênero, ao deferirem medidas protetivas de urgência, encaminhem a decisão aos órgãos de apoio do Município (Creas e órgão gestor), para o necessário acompanhamento e suporte à vítima e agressor e erradicação da violência.”

desigualdade racial, inclusive por meio do fortalecimento de uma identidade nacional brasileira. Sem tratar especificamente de pena ou processual penal, a referida lei especial inclui, porém, dispositivos que se prestam a apoiar a perspectiva restaurativa a pessoas discriminadas por raça e cor. Notemos: as vítimas a que se refere o Estatuto da Igualdade Racial são *tanto as vítimas dos episódios específicos de ofensa quanto os próprios ofensores*, portanto¹³⁸.

É muito interessante salientar, nesse sentido, que o Estatuto da Igualdade Racial reconhece que o combate ao racismo passa pela própria reformulação do Estado para enfrentamento de injustiças sociais. Adota uma postura realista e não supõe, desse modo, que problemas de racismo estrutural possam ser resolvidos em definitivo pela via de instrumentos corretivos judiciais¹³⁹.

Por um lado, em relação ao ofensor, o Estatuto da Igualdade Racial enfatiza que as relações sociais desiguais sejam consideradas para impedimento do exercício completo da carga retributiva do sistema penal. Essa normativa dirigida à ressocialização e proteção especialmente da *juventude negra* configura sem dúvida outra porta aberta à introdução de práticas restaurativas que permitam a diversificação da persecução penal ou de modo geral contribuam para a elevação de sua dignidade e autonomia¹⁴⁰.

Por outro lado, a temática desenvolvida pelo Estatuto da Igualdade Racial foi acompanhada pela ainda recente Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023, que introduziu novo texto à Lei n. 7.716/1989 (Lei do Crime Racial), para determinar que: “Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público” (artigo 20-D). Essa nova regra estabelece uma clara presunção de que o aparato básico da persecução penal por si só não costuma estar apto a atendê-la de modo adequado e que ela precisa de orientação e assessoramento específico para o ponto de vista de seus interesses (que não são os mesmos do sistema punitivo convencional).

138 “Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.”.

139 “Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica; [...]”.

140 “Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra. Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.”.

O contexto das medidas de empoderamento de vítimas e ofensores em situação vulnerável por sua origem étnica (em especial da juventude de cor preta, no caso do Estatuto da Igualdade Racial) compõe mais uma vez cenário normativo plenamente compatível com a introdução de práticas restaurativas, que observem as injustiças decorrentes das relações sociais, pensadas no aspecto coletivo e comunitário, mais que simples atribuição de responsabilidade retributiva individual, portanto.

4.4.3 Teoria da coculpabilidade da sociedade organizada

Como se sabe, a estigmatização e o isolamento social que daí decorrem diminuem as oportunidades de vida do indivíduo e podem ser motes colaboradores para o ato desviante, mas de modo geral essas circunstâncias passam ao largo das considerações retributivas clássicas.

Conjugando a crítica sociológica à dogmática penal tradicional, traçam-se os desenhos da chamada *culpabilidade por vulnerabilidade* (também conhecida por *coculpabilidade da sociedade organizada*):

A coincidência com o estereótipo negativo, ou seja, esse tipo de tipicidade social negativa que a pessoa apresenta, configura um estado de alto grau de vulnerabilidade que lhe é próprio, e que o expõe à seleção criminalizadora como suspeito constante, ao mesmo tempo em que ao mesmo tempo que o conduz a ela, mesmo por meio de mecanismos inconscientes dos operadores do sistema penal. [...] Uma consideração elementar de equidade requer considerar que se a seleção injusta não se dá pela gravidade dos fatos, mas sim pela coincidência com o estereótipo, as características estereotipadas do agente que compõem sua pessoa não podem ser que lhe sejam atribuídas ou, o que sei o mesmo, que devem ser deduzidas da medida da pena que indique a culpa pelo ato¹⁴¹.

Na Argentina, como em outros países, essa ponderação já conta com previsão normativa expressa ¹⁴² a título de circunstância judicial para dosimetria da pena (em atenção à

141 “La coincidencia con el estereotipo negativo, o sea, esta suerte de tipicidad social negativa que presenta la persona, configura un estado de alto nivel de vulnerabilidad que le es propio, y que le expone a la selección criminalizante como constante sospechoso, al tiempo que lo impulsa a ella, incluso a través de mecanismos inconscientes de los operadores del sistema penal. [...] Una elemental consideración de equidad impone considerar que si la selección injusta no tiene lugar por la gravedad de los hechos, sino por la coincidencia con el estereotipo, los caracteres estereotipados del agente que hacen a su persona no puedan serle imputados o, lo que se lo mismo, que deben descontarse de la medida de la pena que indica la culpabilidad por el acto.” (Zaffaroni; Alagia; Slokar, 2014, p. 1.055).

142 No *Código Penal de la Nación Argentina*: “ARTIGO 41.- Para efectos do artigo anterior, será tido em conta o seguinte: 1º. A natureza da ação e os meios utilizados para a sua execução e a extensão dos danos e perigos causados; 2º. A idade, a educação, os costumes e a conduta anterior do sujeito, a qualidade dos motivos que o determinaram a cometer um crime, especialmente a pobreza ou a dificuldade de obter o próprio sustento

menor reprovabilidade de quem haja encontrado na vida especial dificuldade decorrente da pobreza, seus vínculos pessoais etc.).

A rigor, no Brasil não há previsão normativa específica desse tipo e considerações dessa natureza poderiam ser ajustadas à perspectiva dogmática como causa supralegal (atípica) de exclusão ou minoração de reprovabilidade (sobre o tema: Santos, 2017, p. 337).

Nada obstante, ainda que prevaleça o maior apego à literalidade da norma, a justiça brasileira pode introjetar considerações de ordem social e coletiva sobre o episódio delituoso mediante análise das *circunstâncias* do fato e do *comportamento social* do acusado, que já estão genericamente previstas entre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal para igual dosimetria da pena.

A conjugação dessas circunstâncias judiciais com a preferência legal de medidas ressocializadoras para jovens negros excluídos em conflito com a lei penal (artigo 54 da Lei n. 12.288/2010) (antes já referida) não deixa dúvida sobre ser pertinente a ponderação relativa ao racismo estrutural sempre que uma pessoa de cor preta figure no banco dos réus, para sondagem sobre as injustiças sociais que haja colaborado para tanto.

O encaminhamento de casos como esses a programas de justiça restaurativa se apresenta como uma excelente via de introjeção da perspectiva comunitária, tanto para auxiliar na identificação de relações injustas a que nos referimos, quanto identificar que medidas seriam essas que melhor serviriam à ressocialização do jovem, portanto.

4.4.4 Associações de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC

Declaradamente, o art. 1º da Lei nº 7.210/1984 enuncia que a execução penal objetiva “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do

necessário e o de sua família, a participação que teve no ato, as reincidências em que tenha incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, bem como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião que demonstrem sua maior ou menor periculosidade. O juiz deve tomar conhecimento direto e visual do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida exigida para cada caso.” No texto original da norma: “*ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.*”.

internado”. Em coerência com esse propósito, ainda que sem expressa previsão legal, foi criada em 1972, na cidade paulista de São José dos Campos, a primeira Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (muito conhecida pela sigla APAC).

Diz-se que a metodologia das APACs foi idealizada pelo advogado Mário Ottoboni e procura revisar os propósitos ressocializadores centrando-se precisamente em combater o isolamento gerado pelo sistema punitivo tradicional. Ressaltam-se, então, iniciativas de aproximação dos apenados à sociedade civil mesmo durante o cumprimento das penas, o que inclui parcerias com empresas para oportunidades de emprego aos egressos (Miranda; Teixeira, 2021, p. 542).

Outros elementos avançam propriamente para o reforço do sentimento de pertencimento comunitário, a capacitação profissional, espiritualidade, assistência jurídica, assistência à saúde, envolvimento da família, voluntariado, instalação de um Centro de Reintegração Social para abrigo dos condenados (independendo do regime de cumprimento de pena aplicado, fechado, semiaberto ou aberto, mas com separação devida), valorização do mérito do condenado e a valorização humana (Ibidem, p. 452 e seguintes).

Assinalam-se didaticamente doze elementos essenciais para o estabelecimento da metodologia das APACs: participação da comunidade; recuperando ajudando recuperando; trabalho; espiritualidade e importância de se fazer a experiência de Deus; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana – base do Método APAC; a família – do recuperando e da vítima; o voluntário e o curso para sua formação; Centro de Reintegração Social – CRS; mérito; e a jornada de libertação com Cristo (Conselho Nacional do Ministério Público, 2018, p. 14).

De modo geral os elementos pelos quais a metodologia APAC pretende revisar os propósitos da pena tradicional correspondem de forma bastante próxima à ideologia restaurativa, incluindo a ênfase na espiritualidade (que no caso das APACs é cristã, embora a justiça restaurativa promova o resgate de práticas tradicionais não necessariamente alinhadas à religião prevalente no País).

Ainda que não seja imune à polêmica, trata-se de organização da execução penal reconhecido pela *Prison Fellowship International* (PFI), entidade consultora das Nações Unidas para assuntos penitenciários, pelo Conselho Nacional de Justiça e também agraciada com o prêmio *Innovare* (em reiteradas edições, em diversas categorias, a partir do ano de 2010), o que mostra que tem apresentado boa aceitação (Ibidem, p. 11).

Sua instituição, porém, demanda instituição autônoma de cada unidade, desde a constituição jurídica (v.g. trata-se de uma associação civil) até a obtenção de *espaço físico* e corpo de *voluntariado* adequados para suas atividades, o que representa também um desafio importante à sua popularização.

5 BREVE CRÍTICA AOS RISCOS DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMUNITÁRIAS

A despeito da ênfase sobre os meios diferentes pelos quais a justiça restaurativa se propõe a solucionar conflitos, a doutrina salienta que ao longo do tempo as práticas restaurativas têm encontrado dificuldade para realizar algumas das expectativas acumuladas.

Nesse contexto, George Pavlich (2019, p. 465 e seguintes) considera que a primeira promessa do passado que ainda não foi cumprida é a de ultrapassar a criminalização. As práticas precisam envolver providências fora da esfera criminal, mas se veem ainda muito dependentes do sistema de justiça. Outro aspecto é lidar com relações danificadas por meio da transformação das formas sociais. Em que pese a ideia original da justiça restaurativa apontasse o interesse de focar não na culpa, mas no restabelecimento de relações sociais, a assunção de conceitos de justiça para identificação de vítimas, ofensores e comunidades impôs a edição de regulamentos que partem de pressupostos do próprio sistema convencional. O abandono das caixas conceituais convencionais para adoção de novos conceitos e formas de controle social é difícil e envolve riscos.

Ainda um outro ponto diz respeito a pluralizar a justiça em contra ao sentido tradicional da soberania imperial e colonial. É preciso admitir que existe uma complexidade profunda de aspectos relacionados às práticas restaurativas pautadas em práticas e crenças de povos tradicionais. Sua institucionalização para elaboração de um “roteiro” restaurativo implica um recorte que pode se prestar a reafirmar na prática o modelo de colonização cultural. Questiona-se, nesse sentido, de que modo é possível assegurar que a coleta de elementos do conhecimento tradicional indígena se destaque dos processos históricos de afirmação de valores hegemônicos, de forma que as tradições comunitárias não sejam manipuladas e cooptadas para “caber” ao propósito de reafirmação da racionalidade penal moderna (de modo semelhante ao que ocorreu com a invocação superficial do conhecimento das ciências naturais para a modulação do positivismo criminológico).

A esses aspectos já indicados pela doutrina especializada, podemos acrescentar o perigo de exposição e uso indevido de dados pessoais dos envolvidos a partir da grande abertura ao diálogo restaurativo. Em um ambiente marcado pela estigmatização e pela injustiça, a exposição de informações pessoais ao público em círculos restaurativos com participação ampla de membros da sociedade, por exemplo, levanta a questão sobre os perigos

de que essas informações sejam aplicadas de modo desfavorável aos próprios interessados. Ainda que se observe o compromisso de confidencialidade sobre as discussões, é preciso questionar se as informações acumuladas não poderão efetivamente produzir impactos negativos no próprio procedimento judicial ou fora dele, eventualmente reafirmando estereótipos e influenciando no julgamento.

Esses certamente não são os únicos perigos decorrentes do emprego de práticas restaurativas. Seria certamente impossível antever todos os resultados desfavoráveis que possam suceder de quaisquer práticas de controle social. Vejamos, de todo modo, com mais detalhe alguns aspectos dos perigos aqui apontados.

5.1 Mistificação e colonização das práticas indígenas

Os modelos de solução de conflitos em culturas tradicionais se mostraram relevantes, porque em comunidades tradicionais a comunidade desenvolve um papel essencial para estabelecimento e cumprimento da reparação (Zehr, 2003, p. 48).

Aliás, como não foram completamente extintas é que puderam auxiliar no ressurgimento dos modelos restaurativos também como uma forma de reivindicação dos povos nativos, para que fossem respeitadas suas concepções de justiça (Bonavides, 2020, p. 244).

Ora, a fundamentação racional do direito moderno se pauta pela ideia implícita de superioridade dos valores hegemônicos dos povos europeus sobre aqueles das comunidades tradicionais, à medida que corresponderiam ao exercício civilizado da razão, em preterição ao raciocínio místico (geralmente apontado como marcador de subdesenvolvimento humano).¹⁴³

Por meio do Imperialismo desenvolvido sobre várias partes do mundo e com destaque sobre as Américas, os Estados centrais europeus disseminaram modelos de governança e exercício do poder que incluíram a reprodução exploratória e seus sistemas jurídicos correspondentes (Bonaviddes, 2020, p. 28).

¹⁴³ "O contratualismo hegeliano está reservado, então, apenas para os burgueses nórdicos, para os quais está reservada a pena talional, mas HEGEL nem sequer trata do resto. Isso permitiria – embora HEGEL não o faça – introduzir toda a ideologia do disciplinarismo burguês inglês, destinado às classes marginalizadas, pois a 'indisciplina dos pobres' deveria ser controlada, para que se tornem 'homens livres'." Assim no original: "*El contractualismo hegeliano está reservado, pues, únicamente a los nórdicos burgueses, para los que se reserva la pena talional, pero HEGEL ni se ocupa del resto. Esto permitiría —aunque HEGEL no lo hace— introducir toda la ideología del disciplinarismo burgués inglés, destinado a las clases marginadas, pues la 'indisciplina de los pobres' sería necesario controlarla, para hacerlos 'hombres libres'*" (Zaffaroni, 1988, p. 122).

Assim, o modelo de sistema punitivo convencional que é reproduzido em nossa região é, antes de mais nada, um modelo herdado (ou imposto) pela colonização, que impõe moldagens subjetivas disfuncionais na medida em que nega o autoconhecimento, implica ausência de conhecimento também do outro e conseqüente lapso de empatia e alteridade (em sentido semelhante: *Ibidem*, p. 18)¹⁴⁴.

O fato de que as práticas tradicionais que servem de inspiração para a justiça restaurativa contemporânea tenham sido precisamente aquelas que *restaram*, pode ser interpretado com sentido de *resistência* à colonização, mas também pode sugerir que essas práticas sejam admitidas pela racionalidade penal moderna apenas na medida em que não ofereçam efetivamente contraponto grave à afirmação principal da lógica retributiva.

Esse perigo é sentido como importante e demanda analisar com cuidado a autenticidade das práticas tradicionais que são convocadas a compor *programas restaurativos pensados por pessoas não-indígenas* e que poderão ser destinados no contexto da diversificação de respostas penais em um *cenário atual brasileiro no qual a presença de representantes indígenas no Judiciário brasileiro é sabidamente ínfima ou nula*. Cabe acrescentar a ressalva de que programas assim pensados e executados por não-indígenas não asseguram que sejam reconhecidos como legítimos nem mesmo para discussão de conflitos envolvendo os próprios grupos indígenas ou que de qualquer modo sejam dirigidos ao atendimento da população com antepassados indígenas¹⁴⁵.

Além disso, a inspiração originária de práticas de justiça restaurativa em tradições indígenas aponta a uma conexão bastante íntima com o tema da *espiritualidade*, segundo diferentes visões religiosas e de mundo dessas mesmas comunidades. Essa espiritualidade é incorporada às práticas restaurativas à medida que sigam interesse por práticas de empoderamento, compaixão e perdão. Mas a doutrina ressalta que a espiritualidade de que se trata aqui poderia ser traduzida como a “reverência pela vida” (*reverence for life*), com um apelo universal, e *não especificamente prática religiosa* (Umbreit; Armour, 2011, p. 68 e seguintes) Trata-se de uma distinção não excludente entre práticas restaurativas e

144 A filosofia de que a prisão é a resposta mais apta para controle da criminalidade comungaria de um papel semelhante a figuras culturais como *Mickey Mouse* ou Coca-Cola no contexto de aculturação que os Estados centrais promovem em relação aos povos colonizados (nesse sentido: Pavarini, 2006, p. 144 e seguintes; e 154).

145 “Se pensamos a justiça restaurativa pelo prisma da responsabilidade social da branquitude já tornamos sua prática algo elitizado, e já estabelecemos uma relação de subordinação através da qual é impossível dissociarmos a imagem do ofendido e do ofensor de um lugar estabelecido por um marcador, e esse marcador se cristaliza por meio da violência simbólica. Sabendo como se opera o judiciário seletivista, é de se preocupar sobre quem seriam os “eleitos e merecedores” da justiça restaurativa no Brasil, e em relação a quem o sistema encontraria uma justificativa para encaminhar direto ao cárcere. De se pensar. Inicialmente, é preciso apresentar uma inquietação que surge todas as vezes que mencionamos o termo branquitude, em geral, para falar sobre a relação de poder entre os brancos e não-brancos.” (Passos; Carvalho; Cantarelli, 2021, p. 226).

religiosidade, o que viabiliza que haja projetos com matriz restaurativa que declaram alguma fé religiosa (como a fé cristã no caso das APACs, antes indicado).

Em se tratando especialmente de práticas indígenas, no entanto, é razoável ponderar que a invocação declarada de certos aspectos isolados da espiritualidade de povos indígenas implica o perigo de operar uma padronização arbitrária e *mistificação* de crenças e rituais inerentes à filosofia moral e religiosa de comunidades indígenas. A regulação nos moldes ocidentais e a idealização de programas restaurativos pautados pela espiritualidade indígena *sem a participação de representantes indígenas* pode gerar compreensões equivocadas sobre seu significado e cabimento, de modo semelhante à representação caricaturada que o cinema historicamente realizou sobre tribos nativas ao redor do mundo.

Aponta-se a preocupação com o exagero e a absorção das práticas tradicionais sobreviventes pela indústria global de controle da criminalidade, sem evidência de que isso implique verdadeira compensação aos povos indígenas por (mais uma) apropriação sociocultural que segue a linha das práticas colonizadoras já aplicadas às comunidades tradicionais (nesse sentido, com crítica especialmente firme: Tauri, 2019, p. 342 e seguintes)^{146 e 147}.

Com efeito, é preciso respeitar os movimentos tradicionais indígenas que tiveram papel histórico na afirmação contemporânea de modelos restaurativos de justiça. Entretanto, é importante ter muito cuidado para que *pessoas não-indígenas* não se arvorem legitimidade para simplificar e regular arbitrariamente práticas ancestrais alheias para a preparação de seus próprios modelos de programas restaurativos, *sem nenhuma garantia de que realmente o resultado esteja pautado pela autenticidade das tradições que invocam*. Melhor será, então, que o uso da espiritualidade e práticas tradicionais indígenas em programas restaurativos seja admitido somente com muita parcimônia, sem o ânimo de reprodução específica de

146 “Como um estudioso indígena, tenho poucas esperanças de que o movimento de RJ [v.g. *Restorative Justice*] um dia prove ser de valor significativo para os povos indígenas. Meu pessimismo é baseado em observações sobre a maneira como os membros da indústria realizam seu trabalho. Especialmente problemático é o fato de que o uso consistente de elementos do mundo da vida indígena pelos defensores do RJ não pode ser considerado uma consequência não intencional das atividades de marketing da indústria. [...] E assim os defensores da justiça restaurativa continuam a abastardar as filosofias indígenas e as práticas socioculturais e a enganar o ‘mercado’ sobre o nível de ‘indigeneidade’ de seus produtos.” No original: “*As an Indigenous scholar, I hold little hope that the RJ movement will one day prove itself to be of significant value to Indigenous peoples. My pessimism is based on observations of the way members of the industry go about their work. Especially problematic is the fact that the consistent use of elements of the Indigenous life-world by RJ advocates cannot be considered an unintended consequence of the marketing activities of the industry. [...] And so restorative justice advocates continue to bastardise Indigenous philosophies and sociocultural practices and to mislead the ‘market’ about the level of ‘Indigeneity’ of their products.*” (Ibidem, p. 352 e seguintes).

147 Embora o Colonialismo enquanto prática histórica já esteja encerrado, Aníbal Quijano (1991 apud Soares; Aleixo; Roberto, 2022, p. 189) sustenta a expressão “colonialidade”, referindo-se à estrutura lógica de domínio característica do colonialismo histórico e que ainda não acabou, porque se mantém na atualidade.

comportamentos que não estejam efetivamente *integrados à realidade da comunidade interessada*, para benefício de todos os interessados.

5.2 Riscos à privacidade pelo escrutínio comunitário de dados pessoais

Um aspecto que ainda não chamou a atenção sobre a ampliação do campo de atenção do sistema de justiça (desde a simples observação cega do fato delituoso para a consideração mais completa da realidade social) é inerente aos riscos que isso pode representar para a proteção de dados pessoais.

Isso porque, ao submeter-se a uma investigação mais ampla de suas condições pessoais e comunitárias, a vítima e o ofensor podem ter prescrutados aspectos de suas vidas e de seus familiares que não gostariam de levar a público ou de explicitar precisamente a seu adversário e ao Estado-Juiz no âmbito do procedimento que poderá conduzir à aplicação de uma pena retributiva.

Nesse tom, o compromisso de falar abertamente em conferências do tipo grupo familiar ou círculos restaurativos comunitários pode viabilizar que qualquer dos participantes revele aspectos não evidentes de origem étnica, detalhes sobre histórico familiar, social e econômico, identidade cultural e de gênero, dados de saúde física e mental, crenças pessoais etc., que são capazes de ampliar os perigos de estigmatização dos envolvidos (acrescentando novos estereótipos a outros já enfatizados pelo sistema de justiça, inclusive). O uso inadvertido desses dados pode gerar prejuízos individuais dentro e fora do processo, motivando novos mecanismos de exclusão social e o reforço do aparato de controle tanto informal quanto formal/institucional.

Não é à toa que vários desses dados constituem aspectos que a doutrina especializada na disciplina da proteção geral de dados denomina *dados sensíveis*. Aliás, mesmo informações aparentemente inofensivas podem se tornar relevantes no contexto comunitário, porque se forem submetidos a um determinado tratamento, podem revelar outros aspectos decorrentes – esses sim considerados sensíveis – aptos a levar a práticas discriminatórias (Doneda, 2021, p. 147).

Ainda que as práticas restaurativas incluam o compromisso de confidencialidade, já se salientou que esse sigilo é relativo, porque especialmente no contexto de práticas judiciais há algum nível de publicidade que deve ser observado. Além disso, o compromisso firmado

pelos participantes de práticas restaurativas é essencialmente moral, porque despido de consequências para seu descumprimento, o que implica admitir como alto o perigo de que dados pessoais confidenciais sejam propagados no meio comunitário e sejam também considerados (mesmo que de forma subliminar) para formação de opinião desfavorável no julgamento do mérito da ação penal.

Por sua gravidade, a doutrina especializada conclui que a proteção à privacidade deveria ser menos compreendida como direito subjetivo que como situação subjetiva complexa. Isso porque o interesse em sua preservação não se resume ao arbítrio do próprio titular. Essa complexidade das relações sociais (do titular com outras pessoas e com o mundo exterior) implica reconhecimento de interesse coletivo de proteção de dados pessoais que ultrapassa a própria esfera privada do indivíduo (Ibidem, p. 132 e seguintes).

A doutrina também refere o chamado “mito do consentimento” e o “paradoxo da privacidade”, correspondentes ao fato de que o consentimento para o conhecimento de dados pessoais é prévio, mas os cuidados na preservação desses dados sempre ocorrem de modo posterior à sua revelação. Assim, o compromisso de confidencialidade pode gerar uma falsa sensação de cuidado e segurança para revelação de informações pessoais coletivamente (Ibidem, p. 312 e seguintes).

O emprego de dados pessoais para o processo penal não é propriamente vedado e há diferentes hipóteses em que a justiça poderá quebrar o sigilo de dados para investigação criminal. Mas o tratamento geral de dados para fins de segurança pública não está ainda completamente regulado. No Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, dita Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais, em seu artigo 4º, inciso III e § 1º, elencou matérias atinentes à segurança pública como exceção à proteção geral de dados. O tratamento de dados pessoais¹⁴⁸ em casos de segurança pública, porém, deve ser regido por *lei específica* que institua medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público¹⁴⁹.

Enfim, na falta dessa lei especial, deve ser admitido o tratamento de dados pessoais apenas nas hipóteses admitidas pela justiça para a investigação. Não há, porém, autorização normativa para tratamento de dados pessoais obtidos em práticas restaurativas para outras

148 Na dicção da referida Lei especial, dados pessoais são aqueles relacionados à pessoa natural (artigo 5º, I), mas a doutrina esclarece que o critério adotado é expansionista e não se restringe a dados de identificação pessoal (como nome ou número de documentos), alcançando também as informações extraídas de dados variados das pessoas interessadas (Botelho, 2020, p. 200).

149 “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; [...] § 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.” (Brasil, 2018).

finalidades do processo penal e seria bastante questionável a invocação do consentimento para divulgação de informações oriundas das práticas restaurativas, tanto fora quanto dentro do próprio processo. Isso recomenda que as informações prestadas durante as práticas restaurativas sejam preservadas com ênfase especial, evitando-se qualquer registro ou compilação que extrapole sua finalidade exclusiva de promoção do diálogo entre os envolvidos.

5.3 Estímulo à repressão sobre comportamentos antes indiferentes ao sistema penal

Para Crawford (2009 apud Oliveira, 2021, p. 89), a justiça restaurativa se caracteriza como uma das “*new social technologies of controle*” (novas tecnologias de controle) e está destinada à reestruturação e adaptação dos instrumentos formais de controle às exigências da pós-modernidade, para se consolidar por meio de uma rede extensa e fragmentada de parcerias (atores e agências sociais) atuantes no nível comunitário. Embora não afirme o sentido positivo ou negativo dessa capilarização, Cristina Rego de Oliveira (2021, p. 91) destaca também sua visualização do arranjo como (re)produtor de poder, mas dá destaque à possibilidade de incitação dos participantes de práticas restaurativas a um processo de autogoverno (embora aponte não ignorar os interesses punitivos que podem abrigar-se nesses estímulos).

Seja como for, a convocação da vítima e da comunidade para discutir as respostas penais também envolve riscos de constrangimento tanto à vítima quanto ao ofensor, como ressalta Skelton (2019, p. 34 e seguintes):

a) para as vítimas, a iniciativa de aumentar sua participação no processo pode gerar o sentimento de coação para que participem, incluindo no contexto de procedimentos que permaneçam focados sobre o ofensor (ou suas necessidades). Nesses casos, a vítima seria convocada, mas continuaria em papel secundário, gerando ou aumentando os aspectos de revitimização típicos do sistema punitivo convencional;

b) para os ofensores, como a justiça restaurativa enfatiza a capacidade de responsabilização, devem abrir mão de algumas garantias inerentes à presunção de inocência e ao direito de permanecer em silêncio, que potencialmente lhes seriam favoráveis. Os riscos para jovens que respondem por ato infracional devem ser ainda mais especialmente considerados, em razão de sua falta de experiência e alta sugestionabilidade, que podem

interferir com sentido de coerção para que abandonem o sistema de justiça convencional (v.g. e se responsabilizem de modo completo) (nessa linha: *Ibidem*, p. 36).

Em relação a esse segundo aspecto, no caso em que as práticas restaurativas sirvam como mote à autocomposição ou soluções diversificadoras da resposta punitiva convencional, há a consciência de que a contradição às garantias do processo representa talvez o maior “nó a desatar” no seu difícil desenvolvimento como resposta institucional ao delito (nesse sentido, escrevendo especialmente sobre mediação penal: Sica, 2008, p. 162).

Se não forem aplicadas com prudência, práticas restaurativas assim incorporadas ao sistema penal podem terminar ampliando o alcance do próprio sistema punitivo, espalhando alguns de seus efeitos nocivos a situações que de outra maneira não seriam alcançadas pelo sistema punitivo (em razão do filtro das garantias legais já assentadas ou mesmo em razão de sua insignificância).

Em lugar de afastar-se o sistema punitivo tradicional para viabilizar soluções comunitárias não punitivas, o discurso restaurativo aplicado de modo particularizado e incompleto pode motivar a ênfase sobre medidas de diversificação da persecução penal que favorecem apenas o objetivo de “estabelecer meios céleres e abreviados para a concretização antecipada do poder punitivo, de modo a dar vazão à incessante ampliação do controle social por meio do Direito Penal” (Vasconcellos, 2015, p. 2-3)^{150 e 151}.

Veja-se que penas alternativas e medidas de autocomposição por si só não servem de obstáculo à espiral da racionalidade penal moderna se forem concentradas sobre fatos de pequena expressão ou aspectos comportamentais que de todo modo não constituem o maior

150 “Isso abre potencialmente a cooptação de serviços de justiça restaurativa para uma série de casos que seriam / ou poderiam não ser tratados por agências estatais devido à sua natureza ‘menor’ de crime de baixa gravidade (Cohen, 1985). Em suma, a justiça restaurativa, ‘apesar de se basear em princípios progressistas, ao situar-se (como alternativa) no sistema de justiça criminal, tem vindo a ser cada vez mais utilizada de forma punitiva e dirigida a pessoas que anteriormente se encontravam, em geral, fora do alcance do direito penal’ (Moore e Roberts, 2016: 130).” No original: “*This potentially opens up the co-optation of restorative justice services for a range of cases which would/could not be dealt with by state agencies due to their ‘minor’ nature of low serious crime (Cohen, 1985). In short, restorative justice, ‘despite being based on progressive principles, by locating itself (as an alternative) within the criminal justice system, has found itself being increasingly used in a punitive manner and targeted at people who previously were, by and large, outside the grasp of penal law’ (Moore; Roberts, 2016: 130)*” (Maglione, 2019, p. 23).

151 A própria prática de *controle policial* ultrapassa a simples *presença* da polícia, porque se estende a todos. Clifford Shearing aponta a nova organização do policiamento ora estendida pelo tecido social como um novo modelo de administração pública. “A possibilidade de incorporar o policiamento em todo o tecido social não é mais novidade, embora certamente fosse para Stenning e para mim na época. Hoje, essa possibilidade foi estendida à governança de forma mais geral e tornou-se uma característica central de um movimento para ‘reinventar o governo’ (Osborne e Gaebler 1993) que está remodelando a forma como a governança ocorre da Austrália à África do Sul.” No original: “*The possibility of embedding policing throughout the social fabric is no longer news, though it certainly was to Stenning and me at the time. Today this possibility has been extended to governance more generally and has become a central feature of a move to ‘reinvent government’ (Osborne and Gaebler 1993) that is reshaping the way in which governance takes place from Australia to South Africa.*” (Shearing, 2017, p. 29).

volume das infrações relacionadas à massa de encarceramento contemporâneo. Seguindo-se a lógica de ampliação do controle punitivo, medidas ditas alternativas *podem muito bem se multiplicar em paralelo ao aumento do número de prisões*, precisamente porque *miram fatos diversos* (podem servir ao propósito de expandir o controle penal a limites que antes não eram alcançados, enquanto as taxas de encarceramento seguem incontidas) (de modo semelhante: Moraes, 2022, p. 878 e seguintes)¹⁵².

O mesmo problema pode ocorrer com práticas restaurativas, que podem ser facilmente cooptadas pelas necessidades e interesses do próprio sistema punitivo, prestando-se apenas aos casos que não fazem a diferença no contexto geral da lógica retributiva. Isso ocorre porque o afastamento do direito penal convencional é restringido por *critérios de eleição, participação e conformação* que podem atribuir uma configuração artificial às práticas restaurativas (nesse tom: Boyes-Watson, 2019, p. 14; Pavlich, 2019, p. 463-464).

Sob uma observação mais a fundo, nota-se também que a dificuldade de incorporar práticas restaurativas ao sistema legal sem fazer com que se percam suas características autênticas se explica porque a regulação endossa relações de controle e hierarquia que decorrem do próprio sistema soberano de justiça (Maglione, 2019, p. 21). O filtro que os programas de justiça restaurativa atribuem para acesso a essas práticas pode explicar a razão pela qual as práticas de justiça restaurativa não necessariamente mudam o contexto da repressão criminal.

Aliás, a menor participação das vítimas parece ser uma característica persistente em programas de justiça restaurativa e, pior ainda, a doutrina adverte que a maior dos programas de justiça restaurativa ainda foca sua atenção sobre indivíduos e suas comunidades, mas sem considerar o contexto econômico e social que também é essencial (Boyes-Watson, 2019, p. 15 e 16). A fragilidade de práticas de justiça restaurativa que não realizam efetivamente os princípios restaurativos parece corroborar os temores da doutrina sobre os perigos de sua cooptação pela racionalidade penal moderna, portanto.

152 Aliás: “Inúmeras alternativas foram introduzidas, mas sua história não foi animadora. Frequentemente, elas serviram como alternativas a outras alternativas, não como alternativas à prisão. Muitas vezes, elas têm sido alternativas para não instituir nenhuma formalidade. As populações prisionais continuaram a crescer enquanto as alternativas também se expandiram, aumentando o número total de pessoas sob o controle e supervisão do estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, mas sem efeitos discerníveis sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais da vítima ou infrator”. No original: “Numerous alternatives have been introduced, but their history has not been encouraging. Frequently they have served as alternatives to other alternatives, not as alternatives to prison. Too often they have been alternatives to taking no formal action. Prison populations have continued to grow while alternatives expanded as well, increasing the total number of people under the control and supervision of the state. The net of control and intervention has widened, but without discernible effects on crime and without meeting essential needs of victim or offender.” (Zehr, 2015, p. 68).

Um problema ainda maior que reside na cooptação das medidas restaurativas, aliás, decorre da perspectiva de que o sistema punitivo termine valendo-se dessa *oportunidade de informalidade* das práticas restaurativas para expandir-se livre das amarras das garantias legais, introduzindo-se já sem as restrições da própria legalidade clássica. Nils Christie salienta que não existem limites “naturais” e que, se o sistema penal se descolar completamente do plano legal, existe sim o perigo real de que a reação social definitiva do fato delituoso se torne desmedida (Christie, 2017a, p. 194)¹⁵³.

Esse problema é o mesmo de qualquer projeto abolicionista que recomende a substituição irrefletida do processo tradicional por outros meios de controle social, como hospitais psiquiátricos. Aliás, o tema já havia levado o próprio Nils Christie a admitir maior adequação a posturas minimalistas no momento atual, em razão da falta de alternativas completas para substituição completa do sistema punitivo convencional (como já foi destacado no capítulo próprio ao contraponto da racionalidade penal moderna).

Mesmo enquanto não houver, porém, soluções definitivas, já se viu que não há razões para seguir mantendo indefinido o alcance das penas retributivas. Os riscos enfrentados pela justiça restaurativa não são comparativamente tão significativos que justifiquem a postura de mero conformismo com a racionalidade penal moderna. Trata-se de riscos que devem ser controlados ou minimizados com cuidados inerentes à ênfase nos princípios restaurativos, além do que a justiça restaurativa não dispensa concomitantes campanhas de descriminalização ou despenalização de pequenas infrações que não demandam efetivamente controle público (e sobre as quais não deverá haver *nenhum* passo estatal, nem sob a forma retributiva, nem para instituição de medidas de justiça restaurativa).

Por outro lado, se existe um perigo importante de que as práticas restaurativas acabem cooptadas pelo sistema punitivo tradicional, parte da doutrina propõe que a solução se encontra em não focar apenas os conflitos em escala reduzida. Para quem pensa dessa maneira, a convocação da comunidade para a justiça restaurativa *deve focar a promoção de mudanças estruturais da própria sociedade e do funcionamento do Estado*, que favoreçam efetivamente a igualdade de indivíduos e grupos. Segundo esse pensamento, o ideal restaurativo deve estar inevitavelmente acoplado a esforços de promoção de direitos sociais

153 “Somos livres, mas sem diretrizes claras. Por que não deveríamos ter mais pessoas nas prisões do que temos atualmente? Por que não um quinto da população masculina, ou mesmo um terço? Por que não reintroduzir o açoitamento público? E por que não fazer uso extensivo da pena de morte?” No original: “*We are free, but without clear guidelines. Why should we not have more people in prisons than we have at present? Why not a fifth of the male population, or a third for that matter? Why not re-introduce public flogging? And why not make extensive use of the death penalty?*” (Ibidem, p. 211).

como moradia e educação, além do combate aos mecanismos que reproduzem privilégios (nessa linha: Courakis, 2019, p. 52).

Desde um ponto de vista da teoria política e econômica, aliás, pode parecer questionável que se entenda como compatível desenvolver de um lado práticas restaurativas e, de outro lado, deixar livres de críticas relações de exploração - em perspectiva macroscópica - orientadas predominantemente pelo capital financeiro, que se dirige de modo *irracional* sempre a mais acumulação, como um tipo de *loucura* (Harvey, 2018, p. 171 e seguintes).

A livre irracionalidade do capital financeiro como esteio para organização de relações sociais contradiz, certamente, o próprio ideal racional que moldou o pensamento jurídico moderno. Nesse sentido, para que as práticas de justiça restaurativa se prestem mais seguramente a refreamento da racionalidade penal moderna - evitando-se o mais possível o perigo de sua cooptação pelo sistema punitivo - *será possivelmente imprescindível que a comunidade seja convocada a discutir não apenas casos específicos de conflitos penais, mas também (na mesma oportunidade) as injustiças sociais profundas que colaboram para o conflito com a norma. Ainda mais importante que analisar coletivamente os reflexos dos atos dos envolvidos específicos à própria comunidade afetada mais diretamente pelo delito, será imprescindível que a participação comunitária se converta em fórum permanente de rediscussão das próprias estruturas sociopolíticas a que serve a racionalidade penal moderna* (para constante reflexão sobre reformas – bem mais – profundas sobre as relações sociais subjacentes).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ultrapassadas as considerações que acabamos de apresentar, a lembrança do método sugeriria a necessidade de operar mais propriamente a síntese do conhecimento acumulado que meramente um resumo das informações reunidas ao longo dos capítulos.

Nesse tom, observa-se que o tema da justiça restaurativa se confronta com elementos da racionalidade penal moderna, mas não tem êxito completo que lhe permita encerrar o diálogo com o sistema punitivo tradicional para sua substituição completa (se é que o encerramento do diálogo poderá ser compreendido em algum momento da história do Direito como sinal de êxito de alguma forma de controle social).

Como observamos na primeira parte deste estudo, os elementos clássicos que apontam à racionalidade penal moderna foram assentados sobre posições filosóficas fortes e se fundaram politicamente no esforço de contenção dos excessos punitivos praticados pelos déspotas do Estado Absolutista. O pensamento clássico tem diferentes méritos, dentre os quais os mais destacados podem ser considerados a ênfase à legalidade estrita de crimes e penas e a proporcionalidade das sanções.

Em suas consequências, porém, *a abstração clássica (pelo isolamento da responsabilidade individual e afirmação do merecimento de pena aflictiva) é perfeita para a reprodução de injustiças*, à medida que ignora deliberadamente a realidade concreta das relações sociais e as desigualdades práticas que daí decorrem. Esse contexto não resulta alterado sequer pela observação das excepcionalidades estudadas pelo positivismo criminológico, que foi incorporado sem mais dificuldades à dogmática penal por meio de novas estratégias de conjugação dualista.

O contraponto da crítica sociológica, com destaque à denúncia de inspiração neomarxista, acrescenta ainda mais razões para desconfiança sobre o pensamento clássico, à medida que demonstra suas funções subterrâneas de proteção a valores hegemônicos e a afirmação simbólica das relações de poder na sociedade de exploração capitalista. Mas os próprios criminólogos críticos não terão sido capazes de teorizar sobre alternativas completas ao sistema penal, de modo que mesmo um de seus representantes mais destacados (que é Nils Christie, antes já referido) admite a busca por medidas meramente restritivas do alcance da lógica punitiva tradicional e que não afastam por completo o sistema punitivo (ao menos neste momento).

As práticas de justiça restaurativa teorizadas no momento contemporâneo parecem incluir-se sob essa perspectiva de redução do espectro punitivo, ou de *refreamento da racionalidade penal moderna*, como assinalamos no título. Como tem inspiração no resgate de meios tradicionais comunitários de resolução de conflitos, a justiça restaurativa talvez não devesse ser entendida como uma autêntica novidade. Mas o mérito maior da justiça restaurativa reside em permitir à coletividade *escapar ao automatismo das respostas penais prontas do pensamento penal clássico, para efetivamente estimular o exercício do pensamento racional sobre as providências mais úteis* aos diretamente envolvidos e à comunidade de modo mais amplo.

A realização do ideal restaurativo, porém, não tem relação necessariamente fácil com o direito positivo (estatal), precisamente em razão dos compromissos ideológicos que contradizem a busca pela autonomia dos desprivilegiados (a quem a justiça restaurativa de algum modo pretende empoderar para o exercício do diálogo restaurativo de *igual para igual*). Temas como o aspecto da informalidade das práticas restaurativas *versus* a formalidade das garantias no sistema penal retributivo participam desse contexto complexo que dificulta a sobreposição plena do processo penal como o conhecemos por alternativas como a justiça restaurativa.

No direito positivo brasileiro em vigor, de todo modo, há várias oportunidades normativas para introdução da atenção comunitária restaurativa, sem quebra de legalidade e com menor trauma possível às garantias penais (à medida que sejam observados mais à risca possível princípios como o da voluntariedade).

A rigor todas as práticas principais reconhecidas pela Organização das Nações Unidas e pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro (na forma antes assinalada) são adaptáveis para múltiplos momentos de operação do sistema punitivo (antes, durante ou depois da persecução penal em sentido técnico). Práticas como conferência vítima-ofensor, mediação e conciliação, até conferências de grupo familiar, com ápice em conferências comunitárias, podem ser ajustadas aos espaços de discricionariedade deixados pela norma processual brasileira em acordos com efeitos penais, como o *sursis* processual e o acordo de não persecução penal, por exemplo. Por sua vez, o assinalamento do ideal restaurativo na prática de conselhos populares parece ser especialmente relevante para esse mesmo propósito. Finalmente, medidas concomitantes à persecução penal (seja na fase de processamento da acusação ou mesmo no cumprimento da pena) completam o quadro no qual as tintas da racionalidade penal moderna poderão ser mais bem diluídas pelo ideal restaurativo.

Ainda que a dissertação sobre o tema se conclua para os fins deste estudo com o conteúdo enfim submetido à apreciação, a matéria está longe de ser esgotada, principalmente no que diz respeito aos riscos e contradições que residem nas próprias práticas restaurativas (sobretudo se descuidadas). Mais que isso, questões como “quem controla o que define uma prática restaurativa?” ou “que vozes estão sendo ignoradas na operação do círculo restaurativo?” (entre outras questões sinalizadas por Stauffer; Turner, 2019, p. 548) permanecem em aberto.

Ainda, no entanto, que práticas restaurativas envolvam certos riscos (e de fato envolvem, como também ponderamos brevemente no último capítulo), sua presença entremeada no sistema punitivo convencional deve colaborar para que a história da justiça penal *avance mais um passo* em direção a um futuro preferencialmente mais democrático e (por que não?) mais capacitado ao exercício de *reflexão verdadeiramente racional* sobre as consequências das soluções admitidas a seus conflitos. Já se disse que a sociedade que vive os conflitos e acolhe internamente suas diferenças, tendo a questão do poder sempre na ordem do dia (para o debate comunitário, diríamos), é uma sociedade histórica, que se recusa à imagem estática de sua configuração e, por isso mesmo, democrática (Bonavides, 2020, p. 39).

As melhores intenções, porém, podem não ser suficientes, à medida que o debate público sobre o problema penal não ultrapasse os limites rasos da imputação individual estabelecidos pela própria racionalidade penal moderna. “Em um mundo imperfeito, mesmo a justiça restaurativa pode perpetuar injustiça. Se uma pessoa que tem pouco ou não tem nada rouba alguma coisa, e se lhe diz que indenize, a desigualdade original permanece.”¹⁵⁴. Por isso, o futuro da justiça restaurativa possivelmente estará relacionado à crítica permanente das próprias estruturas de dominação e exploração que caracterizam relações sociais injustas subjacentes ao fenômeno delituoso em sua expressão mais ampla (assim parece que deve ser).

Os riscos envolvidos em práticas restaurativas, por sua vez, não superam a impertinência de seguir estimulando a ficção retributiva. Ainda que não traduza um discurso completo, a perspectiva da justiça restaurativa viabiliza no mínimo relativizar o monólogo estatal sobre o tema e animar o diálogo público sobre o sentido e a forma das medidas de controle social. Ora, nesse contexto, contradizer o isolamento promovido pela racionalidade penal moderna para enfatizar o interesse comunitário sobre o tema, assim, pôr em evidência¹⁵⁵

¹⁵⁴ *No original: “In an imperfect world, even restorative justice could perpetuate injustice. If a person who has little or nothing steals something, and is required to pay back, the original inequality remains.”* (Wright, 2002, p. 7).

¹⁵⁵ “Segundo Zaffaroni, a Newton não ocorreria demonstrar que as maçãs caem para baixo, porque era óbvio. Precisava descobrir, mais propriamente, qual era a lei que explicava por que caíam. No entanto, ao demonstrar quais eram suas funções [v.g. refere-se ao modelo punitivo convencional] na América Latina, é hoje óbvio o que antes não se falava por estes prédios: que a criminologia (em qualquer uma de suas formas) é política. Agora

reflexões capazes de pelo menos refrear a espiral punitiva já poderá ser considerado um grande êxito.

sabemos, pois, que as maçãs caem para baixo.” No original: “Según Zaffaroni, a Newton no se ocurriría demostrar que las manzanas caen hacia abajo, porque era obvio. Tenía que descubrir, más bien, cuál era la ley que explicaba por qué caían. Sin embargo, al demostrar cuáles eran sus funciones en América Latina, es hoy obvio lo que antes no se hubiera dicho por estos predios: que la criminología (en cualquiera de sus formas) es política. Ahora sabemos, pues, que las manzanas caen hacia abajo.” (Aniyar de Castro, 1999, p. 185).

REFERÊNCIAS

- Adorno, Sérgio. Violência e civilização. *In*: Elbert, Carlos Alberto (Coord.). *La criminología del Siglo XXI en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.
- Agambem, Giorgio. *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita. Belvedere di Tezze sul Brenta* - Italia: Casa Editrice Einaudi, 2012a.
- Agambem. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2012b.
- Alves, Fernando de Brito; Miranda, Lara Caxico Martins; Tiroli, Luiz Gustavo. A ética da alteridade e a busca pela igualdade de reconhecimento em Emmanuel Levinas. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, SP – Lorena, Ano XV, n. 44, p. 37-52, 1º Semestre, 2021.
- Ancel, Marc. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- Aniyar de Castro, Lola. **Criminologia da reação social**. Trad. Ester Koskovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Aniya de Castro. El triunfo de Lewis Carroll. *In*: Elbert, Carlos Alberto (Coord.). *La criminología del Siglo XXI en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.
- Assumpção, André Del Grossi. **Poder Punitivo e Defesa Social**. Fundamentos de Criminologia e Disciplina Crítica do Ato Infracional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020.
- Assumpção, André Del Grossi; Delvechio, Lucas Rafael da Silva. O desafio da argumentação racional no contexto pós-positivista: uma nova preocupação hermenêutica na afirmação de direitos humanos. *In*: GRECO, Patrícia Gasparro Sevilha; Assumpção, André Del Grossi (Org.). **Reflexões sobre uma nova hermenêutica constitucional: leis, valores e sociedade**. Maringá-PR: Vox Littera, 2022.
- Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e Justiça Penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Baños, Javier Ignacio; Iorio, Carla V.; Buján, Fernando. *Introducción al Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Lajouane, 2010.
- Batista, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990
- Beccaria, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Renato Fabietti, Mursia, 1973. Disponível em: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.
- Becker, Howard S. *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. New York: Free Press, 1991.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. **História da Filosofia do Direito e do Estado**. Antiguidade e Idade Média. Geschichte der Rechtstund Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Bonavides, Samia Saad Gallotti. **A Justiça Restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Curso de Direito - UENP, Campus de Jacarezinho, Jacarezinho/PR, 2020.

Bonavides, Samia Saad Gallotti; Giacoia, Gilberto. A encruzilhada do sistema penal. A escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho-Pr, Brasil, n. 29, 2018.

Bonavides, Samia Saad Gallotti; Lopes, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para resolução de controvérsias. *In: Cambi, Eduardo Augusto Salomão; Margraf, Alencar Frederico (Org.). Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Curitiba: Ministério Público, 2016.

Botelho, Marcos César. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 32, 2020.

Botelho, Marcos César. Espaço público em declínio: a pós-verdade na democracia discursiva. *In: Giacoia, Gilberto; Brega Filho, Vladimir; Alves, Fernando de Brito (org.). Teorias da Justiça: justiça e exclusão*. Curitiba: Juruá, 2021.

Boyes-Watson, Carolyn. *Looking at the past of restorative justice. Normative reflections on its future*. *In: Gavrielides, Theo (ed). Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019. Edição do Kindle.

Braithwaite, John. *Principles of Restorative Justice*. *In: Von Hirsch, Andreas; Roberts, Julian V.; Bottoms, Anthony E.; Roach, Kent; Schieff, Mara (ed.). Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003.

Cambi, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Cambi, Eduardo; Porto, Leticia de Andrade; Fachin, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p.113-150, jul./dez. 2021.

Carrara, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. v. 1. Campinas: LZN Editora, 2002.

Carrara, Kester. **Uma ciência sobre “coisa” alguma**: relações funcionais, comportamento e cultura. São Paulo: Editora UNESP e Cultura Acadêmica, 2015. Edição do Kindle.

Chrostie, Nils. **Crime control as industry**. *With a new foreward by David Garland*. London and New York: Routledge Classics, 2017a.

Christie, Nils. *Roots of a perspective*. In: Holdaway, Simon; Rock, Paul (Ed). **Thinking about criminology**. London and New York: Routledge (Taylor & Francis Group), 2017b.

Comte, Auguste. **Discours sur l'esprit positif**. Paris: Librairie Philosophique. J. Vrin, 1995.

Costa, Ilton Garcia; Pugliese, Renan Cauê Miranda; Cachichi, Rogério Cangussu Dantas. Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica. *Overcoming paradigms: the application of restorative justice in cases involving domestic violence*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 137/2017, Nov / 2017.

Courakis, Nestor E.; Gavrielides, Theo. *Beyond restorative justice: social justice as a new objective for criminal justice*. In: Gavrielides, Theo (ed). **Routledge International Handbook of Restorative Justice**. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Cuello Calón, Eugenio. **La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y medidas. Su ejecución**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1974.

Dezan, Sandro; Guerra Júnior, James; Cunha, Ricarlos. O direito penal e o processual penal sob a égide de uma jurisdicionalidade no Estado Constitucional de Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 39, 2023.

Doak, Jonathan; O'mahony David. *Evaluating the success of restorative justice conferencing: a values-based approach*. In: Gavrielides, Theo (ed). **Routledge International Handbook of Restorative Justice**. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Doneda, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Fundamentais da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Durkheim, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

Egbert, Simon; Leese, Matthias. **Criminal futures: predictive policing and everyday police work**. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2021.

Elbert, Carlos Alberto. *Bases para un pensamiento criminológico del Siglo XXI*. In: Elbert, Carlos Alberto (Coord.). **La criminología del Siglo XXI en América Latina**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

Engels, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Tradução de Leandro Konder e Aparecida Maria Abranches. 10. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021.

Erikson, H. Erik. **Identity: youth and crisis**. New York/London: W. W. Norton and Company, 1969.

Ferrajoli, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, 2009.

Ferraroti, Franco. *El pensamiento sociológico de Auguste Comte a Max Horkheimer*. Barcelona: Ediciones Península, 1975.

Foucault, Michel. *Les anormaux. Cours au Collège de France*. 1974-1975. Paris: Gallimard Le Seuil, 1999. Disponível em: <https://archive.org/details/lesanormauxcours0000fouc/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 30 out. 2023.

Foucault, Michel. *Surveiller et punir*. Paris: Éditions Gallimard, 1975.

Fricker, Miranda. *Conceptos de injusticia epistémica en evolución*. In: Brasi, Leandro De. Santibañez, Cristián (Ed.). *Injusticias epistémicas*. Análisis y contextos (ebook) Lima: Palestra Editores 2022.

Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. Edição do Kindle.

Gadamer, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: Almeida, Custódio Luís Silva de (ed). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000a.

Gadamer, Hans-Georg. Sobre o círculo da compreensão. In: Almeida, Custódio Luís Silva de (ed). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000b.

García Belaunde, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. 2. ed. Lima: IDEMSA, 2009,

Gargarella, Roberto. *El Constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010)*. In: Riberi, Pablo (Coord.). *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5537/21.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

Gavrielides, Theo. *Epilogue. Restorative justice with care and responsibility: new directions in restorative justice theory, practice and critical thinking*. In: Riberi, Pablo (Coord.). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019a.

Gavrielides, Theo. *Preface and acknowledgements*. In: Riberi, Pablo (Coord.). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019b.

Gavrielides, Theo. *Victims and offenders' perceptions and experiences of restorative justice: the evidence from London, UK*. In: Riberi, Pablo (Coord.). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019c.

Giacoaia, Gilberto. Ligeiro olhar sobre novas tendências do sistema penal a partir da correlação vida e direito. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, v. 3, p. 250-301, 2017.

Giacoaia, Gilberto; Santos, João Ricardo dos. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas** [S. l.], v. 36, n. 2, 2020.

Girard, René. **O bode expiatório**. Editora Paulus, 1982. Edição do Kindle.

Gros, Frédéric. Foucault, Michel (1926-1984). In: Foucault, Michel. **L'Archéologie du savoir. Les fiches de lecture**. (Ebook) *Encyclopaedia Universalis France*, 2019.

Harvey, David. **A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI**. São Paulo: Boitempo, 2018.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenología del Espíritu**. México, Fondo de Cultura Económica: 1991.

Hobbes, Thomas. **Leviathan: with selected variants from the Latin edition of 1668**. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1994.

Jenkins, Richard. *From criminology to anthropology? Identity, morality and normality in the social construction of deviance*. In: Holdaway, Simon; Rock, Paul (Ed). **Thinking about criminology**. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2017.

Jerade, Miriam. *Injusticia hermenéutica, vulnerabilidad y marginación social*. In: Brasi, Leandro De. Santibáñez, Cristián (Ed.). **Injusticias epistémicas. Análisis y contextos** (ebook) Lima: Palestra Editores 2022.

Kant, Immanuel. **Crítica de la razón pura. Crítica del juicio. Textos sobre história**. Madrid: Editorial Gredos, 2010. Tomo II.

Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução da segunda edição alemã ao espanhol por Roberto J. Vernego. 2ª reimpressão. México-D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>. Acesso em: 04 mai. 2023.

Koche, José Carlos. **Fundamentos da Metodologia Científica**. Teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 26 ed. São Paulo: Vozes, 2009.

Kuhn, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions. With an introductory essay by Ian Hacking**. 4. ed. 50th Anniversary Edition. Chicago and London: University of Chicago Press, 2012.

Lakatos, Eva Maria; Marconi, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

Levinas, Emmanuel. **Violência do Rosto**. Tradução de Fernando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

Levinas, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. 3. ed. Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições Almedina, 2022.

Lombroso, Cesare. *L'Uomo Delinquente. In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria (causa e rimedi)*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/59298/59298-h/59298-h.htm#cap3-1>. Acesso em: 09 out. 2022.

Lyubansky, Mikhail; Shupining, Elaine. *Challenging power dynamics in restorative justice*. In: Gavrielides, Theo (Ed). *The psychology of restorative justice. Managing the power within*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2016.

Machiavelli, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Luigi Firpo, Einaudi, 1961. Disponível em: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_4/t324.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

Mackay, Robert E. *Finding a normative place for a recast restorative principle of peacemaking: peacemaking and conflict responses in a threefold typology of temporal focus, level of formality and locus of conflict – with an application to Shakespeare's Romeo and Juliet*. In: Gavrielides, Theo (ed). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Maglione, Giuseppe. *Pushing the theoretical boundaries of restorative justice: non-sovereign justice in radical political and social theories*. In: Gavrielides, Theo (ed). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Marshall, Tony F. *Restorative justice: an overview*. London: Home Office, Information & Publications Group, 1999. Disponível em: [\[https://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf\]](https://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf). Acesso em: 19 jun. 2023.

Marx, Karl. *Capital. A critique of political economy. v. I. Introduced by Ernest Mandel. Translated by Ben Fowkes*. London: Penguin Classics, 1990.

Massali, Wilson Euclides Guazzi. *Princípio da litigiosidade mínima: tutela coletiva, transacional e arbitragem*. Curitiba: Apris, 2015.

Miranda, Suzana; Teixeira, Ricardo. Expansão e consolidação das APAC's: o método alternativo de cumprimento da pena no Estado de Minas Gerais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 34, 2021.

Moraes, Maurício Zanoide de. *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

Muñoz Conde, Francisco; Hassemer, Winfried. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

Novoa Monreal, E. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 1997.

O'connell, Terry. *The best is yet to come: unlocking the true potential of restorative justice*. In: Gavrielides, Theo (ed). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Oliveira, Cristina Rego de. **Justiça restaurativa aplicada**. Estudo de caso das experiências do Brasil e de Portugal. São Paulo: Blimunda, 2021. Ebook do Kindle.

Passos, Ana Helena; Carvalho, Lázara; Cantarelli, Viviane. O afeto é restaurativo? Práticas antirracistas e crítica à branquitude na justiça restaurativa. *In*: Orth, Glaucia Mayara Niedermeyer et al (Org.) **Diálogos sobre justiça restaurativa**: reflexões entre GEJUR/UEPG e CJR/OABSP [livro eletrônico]. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialogos%20sobre%20justica%20restaurativa%20Ebook%20-1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023.

Patiño Mariaca, Daniel Mauricio; Ruiz Gutiérrez, Adriana María. A justiça restaurativa: Um modelo comunitarista de resolução de conflitos. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, v. 45, n. 122, p. 213-255, 2015.

Pavarini, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006

Penido, Egberto de Almeida; Mumme, Monica Maria Ribeiro; Rocha, Vanessa Aufiero da. **Justiça Restaurativa e Sua Humanidade Profunda**. *In*: Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília, DF: CNJ, 2016, p. 163-214. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

Pires, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**. N° 68, março 2004 pp. 39-60. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em: 03 ago. 2022.

Pires, Álvaro Penna. Sobre Direito, Ciências Sociais e os desafios de navegar entre esses mundos: uma entrevista com Álvaro Penna Pires, Carmen Silvia Fullin, Ana Lucia Pastore Schritzmeyer, José Roberto Franco Xavier. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. vol. 2, n. 1, jan. 2015.

Popper, Karl R. *The logic of scientific discovery*. New York: Martino Publishing, Mansfield Centre, CT, 2014.

Pound, Roscoe. Magna Carta de 1215. *In*: **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S/A – IBRASA, 1965. p. 91-101. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4560150/mod_resource/content/2/TEXTO%201.1%20Magna%20Carta.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

Rock, Paul; Holdaway, Simon (Ed.). *Thinking about Criminology*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2017.

Rosenbalt, Fernanda Cruz da Fonseca; Mello, Marília Montenegro Pessoa de; Medeiros, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos Juizados (ou Varas) de Violência Doméstica em seis capitais brasileiras. *Who are they and what do they say? Representations of female victims in domestic*

violence courts across six Brazilian capital cities. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 146/2018, Ago / 2018.

Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto. ***Punishment and social structure***. With a new introduction by Dario Melossi. New Brunswick (U.S.A.) and London (U.K.): Transaction Publishers, 2009.

Santos, Ariel; Silva, Ronaldo. A nova lei de drogas (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006) e a aplicação da justiça restaurativa nos crimes de uso e tráfico de entorpecentes. ***Argumenta Journal Law***, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 38, 2022.

Santos, Boaventura de Souza. **O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul**. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

Santos, Boaventura de Souza; Mendes, José Manuel (Org.). **Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas**. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

Santos, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 7.ed. Florianópolis-SC, Empório do Direito, 2017.

Shearing, Clifford. *Theorizing – sotto voce*. In: Rock, Paul; Holdaway, Simon (Ed.). **Thinking about Criminology**. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2017.

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.

Sica, Leonardo. Justiça Restaurativa: Críticas e Contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008, pp. 158-189.

Skelton, Ann. *Human rights and restorative justice*. In: Gavrielides, Theo (ed). **Routledge International Handbook of Restorative Justice**. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Silva, Sandoval Alves; Alves, Camille de Azevedo; Siqueira, João Renato Rodrigues. Mitigação da voluntariedade: uma análise da vedação de intimação judicial para práticas restaurativas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2, maio a agosto de 2021.

Soares, Vanessa; Aleixo, Klelia; Roberto, Zaira. Colonialidade do poder e direito penal: reflexão sobre a população carcerária brasileira e a seletividade do poder punitivo. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 38, 2022.

Stauffer, Carl; Turner, Johonna, *The new generation of restorative justice*. In: Gavrielides, Theo (ed). **Routledge International Handbook of Restorative Justice**. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.

Swaaningen, René van. *Perspectivas europeas para una criminología crítica. Traducción directa del inglés* por Silva Susana Fernandez. *Versión revisada* por Carlos Elbert. Montevideo/Buenos Aires: Editorial D. de F., Julio César Faira Editor, 2011.

Tauri, Juan Marcellus. *Restorative justice as a colonial project in the disempowerment of Indigenous peoples. In: Gavrielides, Theo (ed). Routledge International Handbook of Restorative Justice. London and New York: Routledge (Taylor and Francis Group), 2019.*

Teixeira, Antônio Braz. **Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica.** 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: Gomes, Luiz Flávio; Piovesan, Flávia (Coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Turessi, Flávio; Ponte, Antônio. Tutela penal de interesses difusos, justiça penal negociada e os novos desafios do Ministério Público. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 36, 2022.

Umbreit, Mark; Aamour, Marilyn Peterson. *Restorative justice dialogue: an essential guide for research and practice. Foreword by Howard Zehner.* New York: Springer publishing company, 2011.

Van de Vyver, Julie; Travaglino, Giovanni Vasiljevic, Milica; Abrams, Dominc. *The group and cultural context of restorative justice: a social psychological perspective. In: Gavrielides, Theo (Ed). The psychology of restorative justice. Managing the power within. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2016.*

Wacquant, Loïc. **Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity.** Durham and London: Duke University Press, 2009.

Wright, Martin. *The Paradigm of Restorative Justice. In: VOMA Connections. Research and practice. Summer, 2002.* Disponível em: [<http://voma.org/docs/connect11insert.pdf>]. Acesso em 19 de junho de 2023.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde un margen. v. I.** Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Derecho Penal: parte general. 2.ed.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. 5. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Zalpa Ramírez, Genaro. **Cultura y acción social. Teoría(s) de la cultura.** México D.F.: Plaza y Valdes Editores, 2011.

Zehr, Howard. ***Changing lenses. Restorative justice for our times. Twenty-Fifth Anniversary Edition.*** Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015.

Zehr, Howard; Goher, Ali. ***The Little Book of Restorative Justice.*** Pennsylvania (USA): Good Books, 2003. Disponível em: www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

LEGISLAÇÃO E ATOS INSTITUCIONAIS

Argentina, Nación. **Código Penal de la Nación Argentina**. Disponível em:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>
Acesso em: 02 jul. 2023.

Brasil [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

Brasil [Decreto-Lei, 1940]. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

Brasil [Decreto-Lei, 1941]. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

Brasil [Decreto-Lei, 1942]. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 1985]. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da ação civil pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 1989]. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 05 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 1990]. **Lei n. 8.079, de 13 de setembro de 1990**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8079.htm. Acesso em: 05 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 1993]. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

Brasil [Legislação, 1995]. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 29 mai. 2022.

Brasil [Legislação, 1997]. **Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.459%2C%20DE%2013,7%20de%20dezembro%20de%201940. Acesso em: 04 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 2010]. **Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 05 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 2011]. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

Brasil [Legislação, 2013]. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Brasília: Casa Civil, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 03 jan. 2023.

Brasil [Legislação, 2014]. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet.** Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

Brasil [Legislação, 2014]. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.** Brasília (DF): Presidência da República. Casa civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

Brasil [Legislação, 2018]. **Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 05 mai. 2023.

Brasil [Legislação, 2018]. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

Brasil [Legislação, 2019]. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Brasília: Secretaria Geral da Presidência, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

Brasil [Legislação, 2019]. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Brasília: Secretaria Geral da Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

Brasil [Legislação, 2021]. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

Brasil [Legislação, 2023]. **Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm. Acesso em: 04 mai. 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário.** Relatório Analítico Propositivo.

Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018a. Disponível em: [\[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf\]](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf). Acesso em: 14 jun. 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Metas nacionais para 2016 aprovadas no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário**. Disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio)**. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Brasília: Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 2016b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20Para%20que%20o,do%20conflito%20ao%20processo%20judicial>. Acesso em: 10 out. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 253, de 04 de setembro de 2018**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_253_04092018_05092018141948.pdf. Acesso em: 27 dez. 2022.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Guia de atuação resolutiva. v. 3. Guia de práticas restaurativas**. Corregedoria Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2023. 117 p. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/Guias/Guia_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_Resolutiva_Vol.3-Pr%C3%A1ticas_Restaurativas.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Guia de desafios para implementação da APAC**. Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/07-06_Guia_APAC_FINAL_v2.pdf. Acesso em: 01 jul. 2023.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014**. Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181 de 07 de agosto de 2017**, com redação alterada pela Resolução n. 183 de 24 de janeiro de 2018 do mesmo colegiado, acrescidas do artigo 25 da Resolução nº 5.457 de 27 de setembro de 2018 da íncrita Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponíveis em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> e também https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_5457-2019_-_PIC_-_Ministerio_Pulico_do_Estado_do_Parana.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021**. Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 261 de 11 de abril de 2023**. Institui o Código de Ética do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-261-2023.pdf> Acesso em 1º de maio de 2023.

Colombia [Constituição]. **Constitución Política de República de Colombia**. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>. Acesso em: 03 jun. 2023.

Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná; Ministério Público do Estado do Paraná. **Instrução normativa conjunta nº 1/2014**. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f9491e7b31fe9b4d06b9e4a6777852ab38bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em: 23 jul. 2023.

Itália, Regno d'. **Codice Penale per il Regno d'Italia**. Roma: Stamperia Reale, 1889. Disponível em: <http://www.antropologiagiuridica.it/cp1889.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Ministério Público do Estado do Paraná. **Criado no MPPR o Núcleo de Práticas e Incentivo à Autocomposição (NUPIA)**, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Galeria-de-Imagens/Nupia>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Organização das Nações Unidas. **Manual sobre programas de justiça restaurativa**. Escritório sobre Drogas e Crime. Nações Unidas: Viena, 2020. 2.ed. Tradução de Cristina Ferraz Coimbra e Kelli Semolini. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Portugues_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes_-_Final.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

Organização das Nações Unidas. **Resolução n. 2000/14 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas**. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, 2000. Disponível em: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2020/resolution-2000-14.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

Paraná, Estado do. **Decreto Estadual n. 5.381, de 24 de outubro de 2016**. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=163963&codTipoAto=11&tipoVisualizacao=original>. Acesso em: 23 jul. 2023.