

REFLETIR PARA RESTAURAR



ESTUDOS A PARTIR DA OBRA:
"SEGURANÇA E CUIDADO – JUSTIÇA RESTAURATIVA E SOCIEDADES SAUDÁVEIS"
DE ELIZABETH M. ELLIOTT

GRUPO DE ESTUDOS COORDENADO PELO PROF. JOÃO SALM

EMAG

R332 Refletir para restaurar : estudos a partir da obra:
Segurança e Cuidado - Justiça Restaurativa e Sociedades
Saudáveis de Elizabeth M. Elliott / coordenador João
Salm ; Grupo de Estudos da EMAG. -- São Paulo : Escola de Magistrados
da Justiça Federal da 3ª Região, 2022.
176 p.

ISBN 9786599814402

DOI 10.5281/zenodo.4606198

1. Justiça restaurativa. 2. Punitivismo. 3. Dano Moral. 4. Roubo. 5. Justiça criminal. I.Salm, João Batista. II.Balan, Andréia Cristian. III.Iseppi, Barbara de Lima. IV.Souza, Carla Rodrigues de. V.Freitas, Cíntia Helena Bulgarelli. VI.Vieira, Fernando Cezar Carrusca. VII.Camargo, Fernão Pompeo de. VIII.Silva, Flávia Serizawa e. IX.Almeida, Jussara Cristina do Carmo Costa. X.Roncada, Katia Herminia Martins Lazarano. XI.Zandavali, Marcelo Freiburger. XII.Souza, Maria Fernanda de Moura e. XIII.Matos, Mária Rúbia Andrade. XIV.Azevedo, Paulo Bueno de. XV.Carvalho, Priscila Pinheiro de. XVI.Melo, Samuel de Castro Barbosa. XVII.Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (Emag). XVIII. Título.

CDD 341.545

Índice

Do punir ao tratar danos: novas perspectivas para o Sistema de Justiça Criminal	5
Crimes de roubo e comunidades: possibilidade de uma abordagem restaurativa	26
A Floresta Acordou. Justiça Restaurativa: O Despertar de Uma Nova Consciência.	40
Justiça Restaurativa e a Retificação dos Nomes: a Alquimia no Sistema de Justiça	57
Uma Abordagem sobre a Punição	91
A Restauração do Dano Moral	113
Justiça Restaurativa: Um Toque de Humanidade na Resolução de Conflitos Criminais, no Âmbito da Justiça Federal	140
Justiça Restaurativa: aproximação conceitual e reflexões a partir dos conceitos de segurança e cuidado no pensamento de Elizabeth M. Elliott	155

Apresentação

O TRF3 tem exercido fundamental papel no desenvolvimento da Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal. O Tribunal lidera hoje projetos dinâmicos e criativos incorporando a Justiça Restaurativa na esfera da Justiça ambiental, social e distributiva - dando o tom para a Justiça do futuro.

Foi fundamental, assim, estabelecer o grupo de estudos para juízes e servidores, orquestrado pela Desembargadora Federal Therezinha Cazerta e pelos Juízes Federais Katia Lazarano Roncada e Fernão Pompêo de Camargo, criando-se a oportunidade ímpar de aperfeiçoamento de um conhecimento teórico, consistente com princípios e aplicabilidade da Justiça Restaurativa. Também foi uma possibilidade de pensar e refletir a Justiça Restaurativa de forma coletiva e compromissada.

O grupo de estudos teve como base a obra “Segurança e Cuidado, Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis”, da Professora Elizabeth Elliott. A fundamentação teórica traz, com substância, os preceitos de uma Justiça que busca o bom viver, o viver justo, elaborando ideias de Justiça para além da punição e da indiferença, com respeito ao ser humano - e o que mais carece a Justiça Restaurativa no Brasil hoje - responsabilidade e compromisso.

João Salm

**Do punir ao tratar danos:
novas perspectivas para o
Sistema de Justiça Criminal**

Andréia Cristian Balan

Analista Judiciário

Especialidade na Área Judiciária. Facilitadora de Metodologias de Justiça Restaurativa. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de São Paulo.

Cintia Helena Bulgarelli Freitas

Analista Judiciário

Especialidade em Psicologia Clínica. Facilitadora de Metodologias de Justiça Restaurativa. Mestre em Psicologia Social e Especialista em Psicologia Clínica pela Universidade Católica de São Paulo.

Jussara Cristina do Carmo Costa Almeida

Analista Judiciário

Especialidade em Serviço Social. Facilitadora de Metodologias de Justiça Restaurativa. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura.

Sumário

1. Introdução
2. Punição: entre suas funções declaradas e não declaradas
3. Ofensores/réus, vítimas, comunidade e profissionais no paradigma retributivo: o que importa ao sistema de justiça criminal?
4. A punição ultrapassa a pessoa do condenado e afeta comunidades
5. Trocando as lentes: outras formas de produção de justiça
6. Autor do delito, vítimas, comunidade e profissionais no paradigma da Justiça Restaurativa
7. A concretude e suas reais possibilidades
8. Conclusão
9. Referências

Resumo

O presente artigo tece considerações sobre a finalidade da punição no Sistema de Justiça Criminal e seus efeitos para as pessoas envolvidas em um conflito, evocando a necessidade de outros modelos de juridicidade. Para isso, utilizando-se de conceitos teóricos e da experiência prática das autoras, apresenta, em linhas gerais, a Justiça Restaurativa e, a partir de um caso real, discorre sobre o tratamento oferecido ao réu/ofensor, à vítima e seus familiares a partir de uma prática de Justiça Restaurativa, em sua relação com a Justiça Retributiva.

Palavras-chave: Punição. Justiça Retributiva. Ineficácia da punição. Conflito. Justiça Restaurativa. Mediação vítima-infrator. Mediação Vítima-Ofensor

Abstract

This article considers the purpose of punishment in the Criminal Justice System and its effects on people involved in a conflict, evoking the need for other models of legality. For this, using theoretical concepts and the authors' practical experience, it presents Restorative Justice in general lines and, based on a real case, discusses the treatment offered to the defendant/offender, the victim and their families from a Restorative Justice practice, in its relationship with Retributive Justice.

Keywords: Punishment. Retributive Justice. Ineffectiveness of punishment. Conflict. Restorative Justice. Victim-Offender Mediation.

1. Introdução

Este artigo é resultado de nossas inquietações e reflexões, ao longo do ano de 2021, durante a participação no Grupo de Estudos sobre Justiça Restaurativa, sob a coordenação científica e pedagógica do Professor PhD João Salm, organizado pela EMAG - Escola de Magistrado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Delineamos um caminho de escrita que buscou contemplar elementos não só estudados em teoria, mas pinçados de nossa prática profissional, como analistas do quadro do Judiciário Federal e facilitadoras em Justiça Restaurativa, oportunidade que nos foi proporcionada pelo próprio TRF3.

Partimos da apresentação do que a punição em geral, bem como a punição típica do nosso momento histórico (a pena de prisão), oferece em concreto, para além de suas funções declaradas. Em seguida, mostramos como nosso sistema de justiça criminal considera os personagens envolvidos em um conflito – o réu/ofensor, a vítima, sua comunidade de relações, os profissionais. A partir disso, justificamos a necessidade de outros modelos de juridicidade, apresentando a perspectiva da Justiça Restaurativa. Em seguida, analisamos um caso real que chegou ao Sistema de Justiça Criminal e foi amplamente divulgado pela mídia, tecendo considerações sobre a utilização de princípios da Justiça Restaurativa e da Justiça Retributiva no tratamento do conflito e das pessoas envolvidas, avaliando seus efeitos/resultados em três diferentes dimensões: pessoal, interpessoal e comunitária.

2. Punição: entre suas funções declaradas e não declaradas

Uma das grandes estudiosas da Justiça Restaurativa, a Doutora em Criminologia Elizabeth M. Elliott, em sua obra *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*¹, sustenta que, nas nossas democracias ocidentais, que operam com base no Estado de Direito, a lei está associada à punição – sua faceta visível – e que as contribuições teóricas para desconstruir, racionalizar, explicar e justificar a punição indicam nosso mal-estar diante dela, que consiste, na prática, na imposição intencional de uma dor calculada (conforme os níveis de gradação autorizados pelo sistema), justificada pelo Estado de Direito como um mal necessário que levaria a um fim virtuoso, qual seja, a dissuasão geral (da coletividade) e específica (do ofensor). Afirma que as supostas finalidades da punição não encontram evidências científicas, mas, a despeito delas, ela segue sendo aplicada².

As diversas teorias da pena, com suas subclassificações, constituem um perfeito exemplo de como esse mal-estar diante da pena, apontado pela autora, leva à racionalização para fins de sua justificação de suas funções.

¹ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. 1 ed. São Paulo: Palas Athena. 2018.

² *Ibid.*, p. 130.

Em linhas muito gerais, tradicionalmente, as teorias sobre a finalidade da pena são classificadas como absolutas/retributivas, relativas/preventivas e mistas/ecléticas. Para as teorias retributivas, a pena tem função de compensar o mal do crime, voltando-se ao passado. Já as teorias preventivas se voltam ao futuro, tendo como função prevenir a ocorrência de novos crimes. Para as teorias mistas, por sua vez, haveria mais de uma das finalidades referidas. Conforme o destinatário, considera-se a função preventiva geral (foco na coletividade) e a especial (foco no indivíduo que praticou o delito). Se estas teorias têm função legitimadora da sanção penal, de outro lado, importa registrar a existência de teorias deslegitimadoras, que negam finalidade legitimadora para a pena, como a teoria agnóstica e a teoria materialista dialética³.

Diz o art. 59 do Código Penal brasileiro que o juiz deve aplicar a pena com base na sua necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, parecendo adotar um caráter misto a respeito das finalidades da pena. Já o art. 1º da Lei de Execuções Penais dispõe que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Assim, remetendo aos critérios de fixação da pena empregados pelo juiz na sentença, parece realçar o aspecto da prevenção especial.

Como poderia o juiz justificar a pena como necessária, se não constar que foram tentadas outras respostas menos gravosas, sem lograr êxito? Ainda, o que daria suporte ao argumento da suficiência da pena para solucionar a questão? No cotidiano da justiça criminal, não se espera esse ônus argumentativo. Espera-se que seja assumido que, tendo havido um fato caracterizado como crime, segundo os critérios dogmáticos da teoria do crime e, não havendo hipóteses excepcionais que isentem o agente de pena, impõe-se sua aplicação. São assumidas as funções abstratas da pena, teorizadas e insculpidas em nosso ordenamento, como hábeis a produzir os efeitos pretendidos e, assim, justificar sua imposição aos casos concretos.

Vera Regina Andrade⁴ aponta que as teorias da pena tratam da pena em abstrato, mas esta não existe. Nessa linha, argumenta que, se do ponto de vista da sua função instrumental/declarada, a prisão seria um fracasso, pois não cumpriria a suposta missão de prevenção e ressocialização, do ponto de vista da sua função não declarada, é um sucesso, pois permite a perpetuação da criminalização da pobreza - ponto central da tese da autora. Todavia, a despeito dos dados empíricos, a prisão segue produzindo efeitos simbólicos de ilusão de prevenção e ressocialização.

Há diversos estudos e pesquisas que atestam que sistemas penais são seletivos, mesmo em sociedades menos desiguais do ponto de vista social que a sociedade brasileira. Exemplificativamente e, nesse sentido, Elliott destaca a sobre-representatividade da população aborígine no sistema de justiça criminal do Canadá⁵. Apresenta dados sobre os

³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 509-524.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Qual alternativismo para a brasilidade? Política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, v. out/dez 20, p. 83-107, 2015.

⁵ ELLIOTT, *op. cit.*, p. 144.

grupos-alvo do encarceramento nos EUA, a saber, jovens afro-americanos dos grandes centros urbanos, havendo também presença expressiva de mulheres afro-americanas e latinas⁶. Eugênio Zaffaroni denuncia a seletividade estrutural do sistema penal, pois está estruturalmente montado para exercer seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis⁷. Ana Luisa Zago de Moraes, a partir do conceito de crimigração, aponta as intersecções entre as políticas migratórias e criminal, que promovem a distinção entre insiders e outsiders, punindo mais severamente estes, pois inimigos, o que não é uma exclusividade norte-americana, mas alcança os países do norte-global. Destaca também o aprisionamento dos imigrantes “mulas” de tráfico de drogas no Brasil⁸.

Elliott, ancorada na crítica trazida pela Criminologia, aponta que o cometimento dos fatos de um crime é condição necessária, mas não suficiente para a sanção penal, que deve decorrer da impossibilidade de se implementarem alternativas prioritárias que considerem as necessidades de todos os que foram atingidos por tais fatos, o que abre perspectivas para a Justiça Restaurativa⁹. Aqui já temos um elemento essencial (atenção às necessidades humanas), que não é foco do modelo ora tratado, mas central no modelo proposto mais à frente neste trabalho.

A autora examina o que a teoria e as pesquisas apontam sobre a eficácia da punição em prevenir o dano (dissuasão) e responder a ele (reabilitação), concluindo que não há evidência de que ela detenha o crime ou ensine valores morais a transgressores porque não é possível medir a dissuasão nem a recidiva de modo confiável. Sustenta que o modelo de punição e recompensa, como forma de moldar o comportamento futuro, não é efetivo e que a punição, como um mecanismo externo ao agente, na prática, gera ainda maior disfuncionalidade do comportamento, dado que o infrator se torna ressentido por ser tolhido em sua autonomia e humanidade.

A despeito disso, a punição segue sendo sustentada pelos supostos benefícios a ela associados e é vista como normal. Um suposto benefício da ameaça de punição é que ela forçaria a conformidade com a lei, em vez de a lei invocar a conformidade voluntária baseada em valores comuns; entretanto, não conseguimos medir essa dissuasão. Outro suposto benefício é que ensinaria responsabilidade e prestação de contas; todavia, a autora aponta que ressentimento e hostilidade são reações mais comuns¹⁰.

A teoria dominante é a de que a punição traria reequilíbrio à ordem social ao infligir dor a quem acessou um benefício não disponível aos cumpridores da lei. Mas, invocando outras racionalidades, a autora provoca: ao infligir sofrimento adicional e não compensar a vítima, faz-se justiça? A proporcionalidade da punição é outra intenção que não se verifica, pois é muito difícil estabelecer níveis de culpa devido a inúmeras variáveis e fatores atenuantes em

⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5. ed., 2001.

⁸ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

⁹ ELLIOTT, *op.cit.*, p. 133-134.

¹⁰ *Ibid.* p. 75-76.

jogo: características pessoais do transgressor da norma, que levarão a diferentes percepções sobre a punição; as condições materiais de vida, desvantagem social e preconceito, nas quais a personalidade e caráter se formam. Assim, toca no “problema dos merecimentos justos em um mundo injusto”¹¹, relacionando justiça criminal à justiça social.

De outro turno, se estas evidências inexistem, assevera que é seguro verificar certos padrões comportamentais vividos na infância de pessoas que transgrediram (abuso sexual e negligência), mas que as respostas consistem em mais institucionalização e controle estatal. Cita estudos, a maior parte envolvendo adultos encarcerados ou pacientes de hospitais de custódia e tratamento, que apontam que a vitimização precoce, por meio da exposição a violências diversas, é fator que aumenta o risco de comportamentos ofensivos futuros, tanto heteroagressivos quanto autodestrutivos (abuso de substâncias psicoativas, depressão, desordem de estresse pós-traumático). Na contramão de tais estudos, afirma que a Justiça Criminal continua delineando papéis estanques de ofensor e vítima, estando baseada no pressuposto de que os ofensores são diferentes dos não ofensores e, portanto, mirando o que está na superfície: o seu comportamento. Sugere que esse tratamento da questão pode ter relação com o medo de que a consideração da vivência pregressa de violência do ofensor possa ser usada para legitimá-lo¹².

João Salm e Jackson Leal¹³, tratando da construção de um paradigma de diálogo e não violência, remetem a Howard Zehr e Barb Towes¹⁴, para mostrar como lidamos com o outro a partir de estereótipos, o que permite que sejamos capazes de ações que não teríamos, se não tivesse sido criada essa distância social:

O público nunca tem a oportunidade de conhecer os infratores e as vítimas como indivíduos multidimensionais, com histórias pessoais e experiências únicas. Ao contrário, os infratores e também as vítimas são os estereótipos do outro. Esses outros são frequentemente associados a grupos étnicos e classes sociais distintas daquelas da maioria da sociedade. Uma vez que essa distância social foi criada, somos capazes de fazer a eles coisas que não seríamos capazes de fazer se percebêssemos suas individualidades. Como Christie (1982) ressaltou, essa sensação de distanciamento social é o que nos permite punir os infratores e ignorar e/ou culpar as vítimas.

3. Ofensores/réus, vítimas, comunidade e profissionais no paradigma retributivo: o que importa ao sistema de justiça criminal?

Olhando pelas lentes de Elizabeth M. Elliott, vamos destacar as principais características do que a autora classifica como a Justiça Criminal Retributiva com relação

¹¹ TONY, Michael *apud* ELLIOT, *Ibid.*, p. 79.

¹² *Ibid.*, p. 75-79; 238-239.

¹³ SALM, João e LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. Sequência (Florianópolis) [online]. 2012, n. 64 [Acessado 18 Janeiro 2022], pp. 195-226. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>>. Epub 17 Jun 2013. ISSN 2177-7055. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>.

¹⁴ Howard Zehr e Barb Towes *apud* SALM e LEAL, *Ibid.*, p. 424.

aos ofensores, às vítimas, à comunidade (de relações) e aos profissionais envolvidos¹⁵, cujos pilares estão sustentados nas teorias do crime e da pena. Mais à frente, contrastamos com o paradigma trazido pela Justiça Restaurativa.

O paradigma retributivo tem foco no indivíduo ofensor, tido como a fonte do crime; o processo busca a identificação de fatores criminógenos ou dos fatores de risco e dos componentes patológicos individuais, com vistas à correção do desvio. Os relacionamentos entre as pessoas são abordados apenas a partir das necessidades do sistema (solucionar o crime, lidar com o indivíduo desviante). O desvio é visto como interno (abordagem psicológica) ou inato (perspectiva biológica), de modo que o sistema categoriza e rotula o ofensor, que é o “outro” que precisa ser compreendido pelos não desviantes. Com isso, ao localizar no indivíduo a disfunção, retira-se pressão do sistema social, que não é posto em xeque, não permitindo que sejam considerados os fatores etiológicos da pobreza, racismo, desestruturação familiar ou da própria anomia do sistema econômico. Nesta ótica, a punição do desvio é a ferramenta para a resposta e, portanto, o sistema precisa encontrar um ator responsável, culpado e punível.

Todavia, cabe ressaltar que a imposição de uma sanção pelo Estado-juiz não assegura que o ofensor implicou-se ativa e verdadeiramente com as consequências de sua conduta e com a reparação do dano causado. Esse aspecto da responsabilização será retomado posteriormente, por sua importância para o modelo da Justiça Restaurativa.

Sustenta que, na lógica retributiva, o indivíduo é objetificado, à medida que o foco nele importa também para sustentar a concepção retributiva da dissuasão: o homem razoável evitará praticar um crime para evitar dor e punição; e os indivíduos em geral também o farão a partir da verificação da punição imposta aos ofensores. Assim, o indivíduo não é visto como fim em si mesmo, mas como meio para se alcançar um fim, o que também ocorre com as vítimas, que são testemunhas do Estado ou espectadores passivos, sem que o sistema se ocupe de necessidades/traumas sofridos.

Ainda nessa lógica, pontua que a relação primária do processo penal é entre acusado e Estado, por meio de “[...] um sistema de regras codificadas, processos regulatórios e punições administradas pelo Estado”¹⁶, sem que sejam olhadas as relações afetadas. Aponta que “[...] o paradigma retributivo tira os indivíduos de seu contexto social, emocional e espiritual, deixando intactas as comunidades, famílias e práticas sociais disfuncionais”¹⁷.

Tratando da questão da profissionalização, a partir da imagem do teatro, aponta que na Justiça Criminal os participantes desempenham “papéis ocupacionais”, estando desapegados dos eventos relacionados aos casos em que estão profissionalmente engajados¹⁸. O sistema desconfia, desestimula ou proíbe a constituição de vínculo entre os profissionais do sistema e os personagens afetados por uma conduta - ofensores, vítimas, comunidades. A instituição vai se afastando das finalidades para as quais foi criada.

¹⁵ ELLIOTT, *op.cit.*, p. 180-185.

¹⁶ ELLIOTT, *op.cit.*, p. 183.

¹⁷ *Ibid.*, p. 185.

¹⁸ James Dignan et al. (2007) *apud* Elliott, *op.cit.*, p. 138-141.

Afirma que o sistema de justiça criminal tem o foco no ofensor e no governo, sendo os demais personagens, coadjuvantes – ou excluídos. Nessa perspectiva, o Estado é a vítima e, portanto, as pessoas que diretamente experimentaram um dano em razão da conduta do ofensor têm seu status de vítima usurpados, sendo relegadas ao papel de testemunhas.

Os elementos que importam são identificar o crime, a regra violada, a autoria, a punição. O sistema visa à uniformidade na aplicação das sanções, a partir de um modelo adversarial, altamente hierarquizado e formal e, ainda, suas instituições se tornam, muitas vezes, desconectadas das necessidades das pessoas para as quais devem prestar serviços¹⁹.

Nesse ponto, importa trazer dois representantes do abolicionismo penal, uma das vertentes da Criminologia Crítica, Nills Christie e Louk Hulsman, cujas críticas ao sistema criminal dialogam com questões suscitadas acima. Sem pretender sustentar a posição defendida pelas escolas abolicionistas que representam, eles são ora trazidos especialmente porque suas críticas contribuíram para o desenvolvimento acadêmico da Justiça Restaurativa, a partir da década de 1970, ainda que os aspectos construtivos/propositivos que trazem tenham sido pouco considerados pela literatura jurídica e criminológica, conforme sustenta Daniel Achutti, em sua tese de doutoramento²⁰.

Sem pretender aprofundar nas contribuições dos autores, importa destacar que HULSMAN propôs que os eventos criminais fossem tratados como problemas sociais, propondo a desconstrução da linguagem da justiça criminal (de crime para “situações problemáticas”), o que abriria um amplo leque de possibilidades de resposta para então definir o conflito a partir do ponto de vista dos envolvidos, possibilitando que encontrem uma solução efetiva para o caso. Ao contrário, na linguagem do sistema criminal, o crime é tomado como se fosse uma realidade ontológica, com uma qualidade que o diferencie, intrinsecamente, de outras condutas e não como socialmente construído; assim, os eventos criminais são tomados como excepcionais e os criminosos, como uma categoria especial de pessoas, o que resulta na reação social que se estabelece em relação a eles²¹.

Christie, em seu clássico texto *Conflicts as property*, publicado em 1977 na Revista Britânica de Criminologia²², questiona a apropriação dos conflitos pelo Estado e pelos profissionais do sistema de justiça. Aponta que a vítima, além do dano sofrido, perde participação em seu próprio caso, pois é o Estado que está no centro, é ele quem descreve as perdas e fala com o ofensor e que esse alheamento representa perdas para todos, pois se perdem possibilidades pedagógicas e de entendimento. Aponta que não há comprovação de que a forma como vimos lidando com crime e punição tem eficácia comprovada. Então, podemos reagir ao crime de acordo com o que as partes envolvidas consideram justo e de acordo com os valores gerais da sociedade. Defende um sistema orientado para a vítima e

¹⁹ ELLIOTT, *op.cit.* p. 142-143.

²⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

²¹ ACHUTTI, *Ibid.*, p. 114-123.

²² CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property*. *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, 1977.

suas necessidades, de base comunitária e descentralizado, conduzido por leigos, pois, para ele, a especialização é a maior inimiga e deve ser limitada ao máximo.

A respeito da contribuição destas correntes abolicionistas, Achutti aponta que “[...] o abolicionismo penal pode ser considerado como uma utopia orientadora e ser tomado “[...] como um guia para a elaboração de políticas criminais que reduzam a incidência do sistema penal”²³.

Mais à frente, veremos como essas contribuições críticas estão incorporadas nas propostas da Justiça Restaurativa.

4. A punição ultrapassa a pessoa do condenado e afeta comunidades

Elliott aponta que as consequências do encarceramento não se circunscrevem às penitenciárias, mas chegam às famílias e comunidades das populações-alvo do encarceramento, que sofrem com suas famílias desintegradas, deslocadas e empobrecidas. Aponta preocupações também quanto à segurança destas comunidades. Se segurança é pretexto para encarcerar, como isso é considerado ao se libertarem os presos?

Ainda, refere-se a pesquisas sobre programas de atendimento àqueles que estão fora da cadeia e ao impacto do aprisionamento para conseguirem emprego e na redução de ganhos possíveis. Pontua que já estavam em condições vulneráveis antes do encarceramento e que estas se agravaram.

Pergunta: como as comunidades, com seus escassos equipamentos comunitários, podem absorver o custo social elevado de centenas de milhares de pessoas que, anualmente, são colocadas em liberdade, tendo em vista que os problemas sociais que já existiam antes de serem levados às prisões se exacerbaram?²⁴

Ainda, é possível apontar que as consequências da punição para ofensor, vítima, seus familiares e comunidades são, em muitos casos, desproporcionais aos danos causados pela prática do crime, o que traz aos operadores do Direito uma sensação de injustiça. De outro lado, à medida que a relação primária na Justiça Criminal é entre a pessoa que causou o dano e o Estado, quem efetivamente sofre os efeitos causados pelo delito - vítima, familiares e comunidades -, sente-se desassistido pelo sistema criminal.

5. Trocando as lentes: outras formas de produção de justiça

Deste ponto em diante, apresentaremos a perspectiva da Justiça Restaurativa. Para os propósitos deste artigo, escolhemos três autores que possuem estudos científicos e empíricos consistentes sobre o tema e sua interface com o Sistema Criminal e dialogam entre

²³ ACHUTTI, *op.cit.* p. 313.

²⁴ ELLIOTT, *op.cit.*, p. 46-48.

si: Howard Zehr, um expoente da Justiça Restaurativa, autor do livro “Trocando as lentes”²⁵, onde apresenta esse novo paradigma; Elizabeth M. Elliott, autora do livro “Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis”²⁶, o fio condutor do nosso Grupo de Estudos e João Salm, que teve Elliott como sua mestra, a quem carinhosamente chama de Liz, tornando-se também nosso mestre, nesse percurso. De sua autoria e de Jackson da Silva Leal, selecionamos o artigo “A Justiça Restaurativa: Multidimensionalidade humana e seu convidado de honra”²⁷ para introduzir algumas sutilezas dessa perspectiva. Acrescentamos, ainda, o conceito de comunidade, a partir de Paul McCould e Benjamin Wachtel, que dialogam com Elliott e Salm e Leal ao trazer a ideia de que comunidade são os vínculos estabelecidos a partir de relações, e não um espaço geográfico delimitado.

Elliott nos esclarece que o termo ‘Justiça Restaurativa’ (JR) é utilizado para descrever “uma infinidade de filosofias, princípios, teorias, práticas e programas”, mas que suas práticas emergiram no contexto da Justiça Criminal e se disseminaram para as escolas, locais de trabalho e organizações”²⁸.

No Brasil, a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça²⁹ dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, referenciando com qualidade sua implementação de forma mais aberta possível, preservando sua diversidade. Isso implica dizer que a normativa não define uma metodologia específica, não cria personalismos, constituindo-se no referencial nacional de organização desta política pública.

Salm e Leal sustentam a necessidade de um modelo de juridicidade alternativa que reconheça a multidimensionalidade humana e, portanto, humanize os envolvidos, em vez de estereotipá-los; que esteja calcada em valores e em relações interpessoais e que tenha como foco a responsabilização e reconstrução dos laços rompidos, sem se preocupar com a reconstituição do status quo ante (visão retrospectiva), e sim com o futuro da comunidade (visão prospectiva). Essa juridicidade deve ser construída a partir da possibilidade de transformar os espaços onde se busca a justiça em espaços e abordagens democráticas e de participação ativa na construção de soluções dialogadas, por meio de experiências de troca de saberes e de discursos, rompendo com o monopólio da fala e de dizer o direito. Deste modelo, que é de coprodução da justiça, o Estado participa “sem intervenção e colonização teórica e epistemológica [...], sem poder soberano ou de violência e imposição, como mais um ator na construção da justiça que é, assim, “[...] um convidado de honra das práticas restaurativas e comunitárias alternativas, de desjudicialização e desburocratização”³⁰.

²⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 3. edição, 2018.

²⁶ ELLIOTT, *op.cit.*

²⁷ ELLIOTT, *op.cit.*

²⁸ SALM e LEAL, *op.cit.*

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Último acesso em junho de 2016.

³⁰ SALM E LEAL, *op.cit.*, p. 221-222.

Zehr conceitua crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, que suscita a obrigação de reparação. Para o autor, “[...] a justiça envolve as vítimas, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.”³¹

Mais ainda, Elliott propõe que, no campo da Justiça Criminal, “a Justiça Restaurativa tem a capacidade de expandir as lentes do inquérito para o conflito de modo a incluir uma ampla gama de problemas deixados de fora pelas questões retributivas”³², permitindo trazê-los à tona e explorar sua complexidade. É o que veremos no caso apresentado mais adiante.

Desse modo, nos procedimentos embasados nos princípios da Justiça Restaurativa, pergunta-se: “Qual é o dano e quem foi afetado por ele? Quais são as suas necessidades? De quem é a obrigação de atender essas necessidades e reparar os danos?”. Com relação aos danos e necessidades, Elliott coloca em evidência três cuidados importantes: atentar, em todas as etapas das metodologias aplicadas, para as necessidades dos participantes, tanto daqueles que sofreram o dano como daqueles que o cometeram e da comunidade afetada; considerar que aquilo que a autora denomina cura dos danos, em seu sentido mais amplo, envolve não apenas a responsabilização daqueles que cometeram o ato danoso e sua reparação, mas também a reflexão, por parte de membros da comunidade, sobre as condições que facilitam a produção daquele dano; garantir um processo seguro, respeitoso e cuidadoso, que incorpore e reflita os valores centrais da comunidade envolvida³³.

6. Autor do delito, vítimas, comunidade e profissionais no paradigma da Justiça Restaurativa

A responsabilização de quem praticou o dano é uma das preocupações da Justiça Restaurativa. Na apuração da responsabilidade, o contexto de vida do indivíduo é considerado, as diferenças sociais e culturais são respeitadas e busca-se entender os motivos que o levaram a praticar o ato. Ainda, são considerados eventuais comportamentos da família, da comunidade e do Estado na ocorrência do evento e nos seus desdobramentos. Segundo, praticantes fundamentados em valores e princípios da JR são sensíveis às questões que envolvem justiça social, pois as respostas aos conflitos não podem ser depositadas, apenas, no indivíduo, mas nas relações estabelecidas com o seu entorno.

No procedimento restaurativo, as metodologias utilizadas estimulam a compreensão do impacto e das consequências do ato, tanto na vida de quem o praticou quanto na de quem sofreu o dano. Revelam histórias e necessidades.

As questões “Quem sofreu o dano?” e “Como foram afetados?” posicionam a vítima no centro das respostas da Justiça Restaurativa, oferecendo atenção especial às suas necessidades. Ela tem a oportunidade de contar sua história, de obter apoio para se recuperar

³¹ ZEHR, *op.cit.*, p.181.

³² ELLIOTT, *op.cit.*, p. 119-120.

³³ *Ibid.*, p.105-123.

de possíveis traumas decorrentes e de participar do processo de tomada de decisão, que produzirá planos de reparação.

Os membros da comunidade também sofrem as consequências do ato, têm necessidades e podem desempenhar um papel importante na prevenção de futuros danos.

Aqui importa situar muito brevemente um conceito de comunidade, sem pretender aprofundar o tema, mas para melhor delimitar perspectivas do que está sendo entendido como comunidade neste trabalho.

Em apertada síntese, importa trazer as contribuições de Paul McCould e Benjamin Wachtel, que, tratando das iniciativas de justiça comunitária para resolver situações de conflito e auxiliar no controle do crime - nas quais inclui o policiamento comunitário e a justiça restaurativa -, destacam que é necessário ter clareza do significado de comunidade para o alcance de seus objetivos. Assim, sustentam que uma unidade geográfica (um local) não constitui ou corresponde a uma comunidade, pois esta se faz a partir da percepção de vínculo entre as pessoas, que não se contém dentro de fronteiras geográficas, ainda que o lugar possa desempenhar um papel na criação de uma comunidade de interesse em torno de um crime em um local específico, mas apenas por coincidência. Assim, o enfoque está nos vínculos entre as pessoas (afetadas por interesses comuns, relações de interdependência), de modo que uma perspectiva de justiça comunitária é de construção de relações e percepção do sentido de conexão com indivíduos e grupos como forma de responder e prevenir crimes e transgressões.³⁴

7. A concretude e suas reais possibilidades

Partindo da afirmação de que conflitos são tratados de maneiras diferentes pela Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa a partir dos diversos contrapontos aqui já abordados, o primeiro objetivo, nesta etapa de nossa escrita, será a análise de um caso real, amplamente divulgado na mídia³⁵, à luz de três importantes princípios da Justiça Restaurativa: abordagens restaurativas são relacionais, têm por uma de suas finalidades o tratamento do dano e fomentam a responsabilidade coletiva. A comparação ao tratamento oferecido pela Justiça Retributiva será costurada à análise, configurando-se como nosso segundo objetivo.

No bairro Condomínio Prado, em Planaltina-DF, em dezembro de 2013, às vésperas das festas de final de ano, Leonardo, um jovem morador (23 anos) perde o controle do carro, sobe na calçada, atingindo seis pessoas da mesma família e causando a morte de uma delas e ferimentos em outras. Ele foge do local por medo de ser linchado e seu carro é queimado pelos vizinhos.

³⁴ McCOLD, Paul; WACHTEL, Benjamin. Community is not a Place: a new look at community justice initiatives. *Contemporary Justice Review*, v. 1, n. 1, 1998. p. 1-14.

³⁵ Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/edicao/justica-restaurativa/#page22>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

O acidente provocado por Leonardo resultou na morte de uma pessoa e ele foi acusado de homicídio, na modalidade culposa, crime tipificado pelo Código Penal brasileiro no art. 121, §3º, considerado grave porque atenta contra a vida, bem jurídico dos mais relevantes.

De acordo com Zehr, no paradigma retributivo, “o crime passa a ser inserido em uma categoria distinta de outros danos”, que são desconsiderados e, no paradigma restaurativo, o crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos”³⁶.

O caminho inicial para a resolução desse conflito foi delineado por pressupostos retributivos, uma vez que uma denúncia foi oferecida, pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJDF. O homicídio culposo possui pena prevista de um a três anos de prisão.

Enquanto no procedimento retributivo o Estado (representado pelo Ministério Público, na pessoa do(a) promotor (a)) e Leonardo (denominado réu) são partes no processo, no procedimento restaurativo, todas as pessoas envolvidas no conflito e que sofreram danos são consideradas e são convidadas a participar.

A reportagem informa que esse é um caso em que o procedimento restaurativo ocorreu em paralelo ao processo formal. Ao analisar elementos da denúncia, a juíza responsável pelo processo decidiu, com a anuência de Leonardo, pelo encaminhamento do caso ao Nujures - Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa, que, após a análise técnica sobre a viabilidade do procedimento a partir dos pressupostos da Justiça Restaurativa, decidiu iniciá-lo. Para participar do procedimento é necessário que a pessoa reconheça que cometeu o ato que causou dano(s).

A Mediação Vítima-Ofensor é um processo onde há o encontro das partes envolvidas em um conflito ou violência, na presença de um mediador capacitado. Assim como todas as metodologias em Justiça Restaurativa, ela visa à construção de um acordo voltado à reparação de danos à(s) vítimas(s) e atendimento das necessidades dos envolvidos. Familiares e membros da comunidade podem participar, inicialmente, em papéis secundários. No caso em questão, veremos que familiares também foram priorizados na escuta.

O procedimento restaurativo incluiu a realização de 19 encontros individuais, para a escuta sistematizada e qualificada, tanto dos membros da família que sofreu o atropelamento, quanto de Leonardo e sua família. Cabe ressaltar que esses encontros individuais com (as) facilitadores (as), mencionados na reportagem, constituem parte de todas as metodologias aplicadas em Justiça Restaurativa.

Esses encontros incluem: esclarecimentos sobre algumas diferenças entre procedimentos retributivo e restaurativo; o convite à participação, que pode ser aceito ou não; a garantia de confidencialidade sobre o que for falado pelos envolvidos; a explicitação e compreensão, pelo facilitador, dos seguintes aspectos: o que cada um pensou no momento do ocorrido, o que sentiu logo depois e o que pensa hoje sobre o que aconteceu, quem foi afetado pela situação e algo mais que seja importante que todos saibam.

³⁶ ZEHR, *op.cit.*, p.189-190.

Esses aspectos desvelam danos e necessidades, que precisam ser olhados e cuidados para que todos saiam melhores. Eles não são contemplados pela modalidade retributiva, uma vez que, conforme observação de James Dignan et al. (2007), citada no item 3, os ritos processuais demandam que seus participantes desempenhem papéis ocupacionais, promovendo sua desconexão proposital com eventos relacionados aos casos em que estão profissionalmente engajados.

Os encontros permitiram a identificação de outros danos, coadjuvantes ao dano principal, invisíveis às lentes da justiça retributiva, que colocaram em relevo dimensões interpessoais, sociais, éticas e econômicas do conflito.

Integrantes da comunidade, ainda revoltados com o ocorrido, passaram a ameaçar Leonardo de morte, obrigando-o a se mudar para outra cidade satélite. Para visitar a filha, ele entrava no condomínio, escondido no porta-malas de um carro. Some-se a isso sua dificuldade para conseguir trabalho. Na perspectiva da Justiça Restaurativa, os danos sofridos pelo ofensor também são importantes e merecem cuidado, diferentemente da perspectiva retributiva, onde eles são periféricos ou meras externalidades decorrentes da prática do delito.

Membros da família atropelada revelaram ainda mais danos: a neta da matriarca e filha de Camila, que tinha dois anos e havia ficado presa embaixo do carro, teve perda de visão de um olho e passou por uma traqueostomia, o que lhe rendeu uma cicatriz no pescoço; Vanessa, a nora da falecida, após o trauma, passou a ter medo de andar de carro e dificuldade para engravidar do terceiro filho.

Posteriormente, nos encontros entre as duas famílias envolvidas no acidente, todos puderam falar e ouvir sobre o que aconteceu, como se sentiram após o acidente e quais foram os efeitos dele em suas vidas.

Leonardo conseguiu dizer que não havia causado o acidente de maneira proposital e que tentou socorrer a criança, mas fugiu porque queriam linchá-lo; desculpou-se. Como parte do plano de reparação de danos, propôs custear o tratamento de fertilidade de Vanessa e a cirurgia da filha de Camila, no valor de R\$ 5.000,00. Do salário mínimo que recebia lavando piscinas, pagou R\$ 1.000,00 iniciais e dividiu o restante em parcelas de R\$ 300,00.

A responsabilização de Leonardo se deu de maneira mais natural, pois a proposta dos pagamentos, de acordo com o que poderia pagar, partiu dele e não da imposição de alguém ou do grupo, como ocorre no processo com bases retributivas, onde as penas pecuniárias, por exemplo, são definidas pelo juiz. A conexão estabelecida entre todos e a empatia de Leonardo pelo sofrimento de Vanessa e da filha de Camila também contribuíram para o resultado.

Para Camila, que tinha a mesma idade de Leonardo, foi importante ouvi-lo, pois entendeu que o atropelamento não foi proposital, mas um acidente. Ela voltou a estudar e cursa Odontologia, atividade essa que havia sido paralisada em razão do trauma vivido, conforme mencionado na reportagem.

Vanessa, por sua vez, engravidou após um mês do término do procedimento restaurativo e abriu mão do restante do valor acordado. Ela atribuiu a gravidez e a perda do medo de andar de carro ao fato de ter perdoado Leonardo pelo atropelamento da mãe.

Esses efeitos vivenciados por Camila e Vanessa, após o procedimento restaurativo, corroboram com a afirmação de Elliott de que “o fenômeno psicológico do trauma se torna uma variável notável tanto para o dano quanto para a cura” e que [...] “abordagens de significativo cuidado do trauma nas situações de dano produzido por atos violentos são de grande valor.”³⁷

O caso apresentado indica que a abertura para o diálogo na resolução de conflitos a partir dos princípios e metodologias estruturadas em Justiça Restaurativa promove efeitos inovadores: cria conexões entre pessoas, reduz barreiras e estereótipos sobre o outro, fomentando respeito e solidariedade e promovendo responsabilização ativa.

Ao contrário, o paradigma retributivo, que mantém o foco no ofensor, aborda os relacionamentos entre as pessoas apenas a partir das necessidades do sistema (solucionar o crime, lidar com o indivíduo desviante) e impõe uma sanção pelo Estado–juiz, não produz os mesmos efeitos, uma vez que nem sempre o ofensor se implica ativa e verdadeiramente com as consequências de sua conduta e com a reparação do dano causado. Isso sem falar na(s) vítima(s) indiretas que, longe de terem um papel ativo, como foi o caso de Camila e Vanessa, mal são ouvidas como tal, mas como testemunhas.

O que nos chama a atenção no procedimento é que, em momento algum, houve um convite a membros da vizinhança para uma reflexão sobre os fatos ocorridos, um dos cuidados anteriormente ressaltados por Elliott, quando danos e necessidades estão em jogo. Isso porque houve, ali, uma tentativa de linchamento e ameaças de morte que impediram Leonardo de auxiliar no socorro à criança atropelada (ao temer por sua própria vida) e o obrigaram a fugir do local em que residia, a abandonar seu emprego e a visitar a própria filha às escondidas.

Essa situação nos leva a retomar McCold e Wachtel, que nos trazem o conceito de comunidade associado às conexões entre as pessoas e a convivência em um mesmo espaço geográfico, ainda que o lugar possa desempenhar um papel na criação de uma comunidade³⁸ de interesse em torno de um crime em um local específico, mas apenas por coincidência.

Ao final, a reportagem menciona que o acordo, construído coletivamente durante o procedimento restaurativo, foi considerado pela juíza durante o julgamento, mas, ainda assim, Leonardo foi condenado a cumprir a pena mínima prevista em lei.

³⁷ ELLIOTT, *op.cit.*, p. 224.

³⁸ MCCOLD e WACHTEL, *op.cit.*, p. 1-14.

8. Conclusão

Parece haver acúmulo teórico e pesquisas empíricas suficientes para deslegitimar a punição (em particular, a pena de prisão, punição típica do nosso momento histórico) como resposta eficaz para assegurar compensação e alcance de fins virtuosos. Parte desse acúmulo foi trazido aqui neste trabalho, como mais um esforço argumentativo no sentido da defesa da construção e experimentação de outros modelos de juridicidade, na expressão de Salm e Leal, modelos estes que nos humanizem, que estejam ancorados em valores e em relações para buscar a responsabilização individual e coletiva, tratar o dano e fortalecer comunidades, por meio de abordagens democráticas, da participação ativa, favorecendo a coprodução da justiça, em um sentido amplo (do caso concreto, mas também distributiva, social e ambiental).

Como aponta Elizabeth M. Elliott³⁹, a Justiça Restaurativa oferece os valores e o processo que proporciona integridade a eles, na construção da cidadania, do viver junto. E é fundamental experienciar para que se possa conhecer novas perspectivas e possibilidades de construção⁴⁰.

Daniel Achutti, em busca de oferecer contribuições à construção de um modelo de administração de conflitos no Brasil, estudou o modelo belga de Justiça Restaurativa, dentre outros elementos teóricos e normativos em que baseou seu estudo. Naquele modelo, a Justiça Restaurativa, sob a forma de mediação vítima-ofensor, é utilizada em toda a escala de delitos e relaciona-se com o sistema penal de três diferentes formas: (i) mediação na fase policial (para pequenos delitos, podendo fundamentar o arquivamento da investigação); (ii) mediação penal (no âmbito do Ministério Público, para crimes com penas de até dois anos de prisão, podendo resultar na decisão de oferecimento ou não da denúncia); e (iii) mediação para reparação (em qualquer fase do processo penal, inclusive após sentenciamento). A mediação para reparação está prevista em lei desde 2005, é realizada fora do sistema judicial, por organizações sociais certificadas pelo Estado e o resultado do processo pode ser levado ao conhecimento do juiz que, necessariamente, deve mencionar que está ciente do resultado e poderá levá-lo em consideração no momento da sentença. Para o autor, este modelo confere maior autonomia à JR e, ao atribuir o procedimento a operadores não necessariamente jurídicos, as chances de colonização pelo formalismo legal são reduzidas⁴¹.

O autor não propõe nenhum transplante do modelo belga ao brasileiro sem levar em consideração as peculiaridades de um e de outro⁴², trazendo-o, junto com diversos outros elementos de análise, para fins de aprendizado de uma experiência consolidada (apesar das suas dificuldades iniciais) e bem avaliada, por razões que aponta em sua tese e que não nos é possível trazer neste momento do trabalho.

Também nós não fazemos a defesa deste modelo em particular, trazendo-o para aprender com a experiência acumulada, que tem pontos de contato com o caso aqui

³⁹ ELLIOT, *op.cit.*, p. 173

⁴⁰ ACHUTTI, *op.cit.*, p. 318

⁴¹ *Ibid.*, p. 249-252.

⁴² *Ibid.*, p. 310.

trazido para análise. A construção de um modelo genuinamente brasileiro de administração de conflitos exigiria incluir outros elementos analíticos e que levem em conta nossa constituição histórica, étnica, a incorporação dos valores e culturas dos povos que compõem nossa brasilidade, nossa estrutura social, a própria trajetória de implantação de projetos e programas de JR no país, dentre outros, sobre o que temos muito a aprender.

No caso analisado neste trabalho (TJDF), a técnica empregada foi a mediação vítima-ofensor, no âmbito judicial, após oferecimento da denúncia, sendo realizada por equipe própria do Tribunal. Ao fim, a juíza levou em conta os resultados do processo e sentenciou o ofensor à pena mínima prevista em lei. A partir das informações veiculadas sobre o caso, há elementos que permitem identificar a satisfação das pessoas diretamente envolvidas com o procedimento e seus resultados.

A experimentação deve andar junto com a avaliação constante. Elliott aponta que essa avaliação requer uma metodologia diferenciada, tendo em conta que não é possível quantificar valores e processos nem os tempos para uma mudança de paradigma. Noutro ponto, sugere que, se ela está embasada em valores centrais, é com base neles que deve ser avaliada, a partir do relato das pessoas atendidas pelo processo para saber se estão sendo tratadas conforme esses valores⁴³.

Outro aspecto que merece destaque é a questão da aceitação pública da Justiça Restaurativa. Quando as pessoas são instadas a responder em abstrato sobre a aceitação deste modelo de juridicidade surgem resistências, como a percepção de leniência ou insuficiência da resposta. Todavia, citando um estudo conduzido por Gromet & Darley (2006), foi demonstrado que a percepção pública é alterada diante de informações sobre a satisfação dos facilitadores e das vítimas com os resultados das práticas restaurativas – no caso da pesquisa, realizadas previamente ao sentenciamento dos casos⁴⁴.

Achutti também aponta que há um alto nível de satisfação das partes com o serviço prestado pelas ONGs belgas que desenvolvem o serviço de mediação penal e um dos principais aspectos salientados por elas é o fato de haver uma efetiva participação na resolução dos seus casos⁴⁵.

Em lugar de perda de poder do Estado, sustenta que as partes que optam pela JR passaram a dar maior credibilidade ao sistema de justiça, especialmente pelo fato de a decisão sobre o caso ter sido discutida coletivamente e a versão delas ter sido efetivamente ouvida. E, como o resultado pode ou não ser levado em conta pelo juiz ou Ministério Público, defende que há a criação de um novo limite ao poder de punir, pois os operadores jurídicos devem levar em consideração os resultados obtidos por meio da JR antes de se impor⁴⁶.

Esses resultados e aprendizados nos animam a prosseguir.

⁴³ ELLIOTT, *op.cit.*, p.: 173; 119.

⁴⁴ Gromet & Darley (2006) *apud* ELLIOTT, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵ ACHUTTI, *op.cit.*, p. 333.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 307-308

9. Referências

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Qual alternativismo para a brasilidade? Política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, v. out/dez 20, p. 83-107, 2015.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, 1977.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 19 jun. 2016.

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

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Benjamin. Community is not a Place: a new look at community justice initiatives. *Contemporary Justice Review*, v. 1, n. 1, 1998.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

PAVLICH, George. What are the dangers as well as the promises of Community involvement? In TOEWS, Barb e ZEHR, Howard (editors). *Critical Issues in Restorative Justice*. Criminal Justice Press, 2004, pp. 173 a 183.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Sequência* (Florianópolis) [online]. 2012, n. 64 [Acessado 18 Janeiro 2022], pp. 195-226. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>>. Acesso em: 17 jun 2013. ISSN 2177-7055. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5. ed., 2001, 5ª reimpressão, 2017.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 3. ed., 2018.

**Crimes de roubo e comunidades:
possibilidade de uma abordagem restaurativa**

Barbara de Lima Iseppi

Juíza Federal Substituta da 4^a Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP. Ex-Defensora Pública do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade UNIDERP. Especialista em Direito Penitenciário pela Università della Calabria/Italia.

Samuel de Castro Barbosa Melo

Juiz Federal Titular da 2^a Vara Federal da Subseção Judiciária de Franca/SP. Ex-Promotor de Justiça do MPMG. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Sumário:

1. Considerações Iniciais.
2. O crime de roubo como um mal social.
3. Justiça Restaurativa e Comunidade.
4. Conclusão.
5. Referências.

Resumo:

O presente artigo pretende trazer reflexão sobre como a prática do crime de roubo na sociedade brasileira atual está conectada à estrutura social, assim como sobre a possibilidade de abordagem e tratamento do delito pela Justiça Restaurativa, através da comunidade.

Palavras-chave: Roubo. Violência Urbana. Cura. Justiça Restaurativa.

Abstract:

This article aims to reflect about the robbery felony on brazilian current society and how it is related to the social structure, as well as the possibility of approach and handling by the Restorative Justice, through its concept of Community.

Keywords: Robbery. Urban violence. Cure. Restorative Justice.

1. Considerações iniciais

O crime de roubo aparece em estatísticas como responsável pela maior parte dos encarceramentos no Brasil. Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN, relativo ao primeiro semestre de 2021, 167.422 das 724.788 pessoas presas no país haviam incidido em tipificações penais relativas a roubo – simples e qualificado. Desde o ano de 2018 a prática de crimes contra o patrimônio supera em larga escala até mesmo a do crime de tráfico de drogas, historicamente conhecido como a maior causa de encarceramento no país. Entre janeiro e junho de 2021, por exemplo, foram identificados 269.665 casos de crimes patrimoniais praticados por presos no Brasil, em detrimento de 205.616 casos de crimes previsto na Lei de Drogas ¹.

Ademais, crimes patrimoniais são frequentemente mencionados como causa de inquietação social, violência urbana e de comprometimento à ordem pública para explicitar incômodo nas comunidades, intrinsecamente afetadas pela ocorrência desses. A sensação de insegurança nas cidades é centrada no medo difuso de ser roubado — nas ruas, no comércio ou em casa. A exemplo, tem-se que dos três “Indicadores Estratégicos da Criminalidade” selecionados pelo “Sistema Integrado de Metas” do Governo do Estado do Rio de Janeiro como crimes de “maior impacto na sensação de insegurança da população”, dois referem-se a roubos: os de veículos e os de rua (somatório de incidências de roubos a transeunte, em coletivo e de aparelho celular) ². Tais indicadores explicam, outrossim, a prioridade de ações do estado na área de segurança pública para enfrentar e combater o roubo.

De outro lado pesquisas indicam que a própria repressão ao crime gera mais violência como, por exemplo, o número de 67,1% dos casos de homicídios decorrentes de ações policiais na cidade de São Paulo, que ocorrem em situações relacionadas a roubos. No Rio de Janeiro, 23% das operações policiais realizadas em favelas da Região Metropolitana em 2017 e 2018, com motivação informada, visavam à recuperação de bens roubados. ³

O aumento da ocorrência de crimes patrimoniais e do consequente encarceramento em razão de tais crimes é vivenciado pela Justiça Federal, a qual, no exercício de sua competência criminal julga crimes de roubo essencialmente quando cometido contra

¹ Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25 jan. 2022.

² Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=70>. Acesso em: 25 jan. 2022.

³ GODOI, Rafael; GRILLO, Carolina Christoph; TONCHE, Juliana; MALLART, Fábio; RAMACHIOTTI, Bruna; DE BRAUD, Paula Pagliari. Letalidade policial e respaldo institucional: perfil e processamento dos casos de ‘resistência seguida de morte’ na cidade de São Paulo. *Revista de Estudos Sociales*, n. 73, pp. 58–72, 2020.

bens, serviços e interesses da União e suas entidades autárquicas (artigo 109, inciso IV da Constituição da República).

Na cidade de São Paulo, por exemplo, a prática de roubos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT é frequente e expõe ao Judiciário como eventos criminosos afetam a sociedade de forma complexa. Cite-se como exemplo a inexistência do serviço de entrega de encomendas e objetos postais na residência de destinatários em regiões da cidade consideradas “perigosas”:

Questionados pela reportagem, os Correios explicam, por nota: ‘As áreas com restrição de entrega são estabelecidas tendo como referência o mapa de risco fornecido pelos órgãos de segurança pública e pelo número de ocorrências contra os Correios. Essa condição é temporária e aplicada somente para a entrega de encomendas, a fim de garantir a segurança dos trabalhadores, dos clientes e a integridade dos objetos postais’. Dependendo do histórico de delitos contra a empresa e o nível de criminalidade na região, a entrega pode ser feita com prazo dilatado, com escolta armada, ou por entrega interna, que é quando o objeto deve ser retirado na unidade dos Correios. Em último caso, é deixado um aviso ao destinatário, com informações para retirada do objeto postal no horário e endereço especificado ⁴’. (destaques nossos).

Verifica-se que a criminalidade transforma e regula novas formas de ordenamentos e comportamentos, causando uma multiplicidade de complexos eventos vinculados ao modo de vida das grandes metrópoles na modernidade, sendo que a Justiça Restaurativa, por visar em última instância a “cura” da sociedade como um todo, pode se mostrar prática frutífera para o tratamento do crime de roubo, o que aqui se proporá.

2. O crime de roubo como um “mal social”

O crime de roubo é capitulado na legislação penal como a subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de havê-la reduzido, por qualquer meio, a possibilidade de resistência (artigo 157, caput, do Código Penal Brasileiro).

A competência criminal genérica da Justiça Federal prevista no artigo 109, inciso IV da Constituição da República, consistente no julgamento de crimes praticado contra bens, serviços e interesses da União e suas entidades autárquicas (artigo 109, inciso IV da Constituição da República).

O termo União empregado no dispositivo constitucional abrange todos os órgãos, secretarias e subdivisões da Administração Direta, como os Ministérios, Agências, Departamentos e tudo o que mais fizer parte destas repartições, integrando seus bens, interesses e serviços. Já os entes autárquicos federais integrantes da Administração Indireta englobam: a) autarquias, aí inclusas as agências, de quaisquer tipos, reguladoras ou

⁴ Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/04/25/onde-o-correio-nao-chega-por-temor-de-roubo-mercearia-vira-caixa-postal.htm>. Acesso em: 25 jan. 2022.

executivas (espécies de autarquia); b) as fundações públicas; e c) os conselhos de fiscalização profissional.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública federal, nos termos da Lei n. 6.538/78 e, além disso, o serviço postal consiste em serviço a ser mantido pela União, consoante o art. 21, inc. X, da CF, razão pela qual os crimes cometidos contra esta são julgados pela Justiça Federal.

Deve-se ressaltar, no entanto, e conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a fixação da competência depende da natureza econômica do serviço prestado. Se explorado diretamente pela empresa pública na forma de agência própria, o crime é de competência da Justiça Federal. Todavia, se a exploração se dá por particular mediante contrato de franquia, a competência para o julgamento da infração é da Justiça estadual ⁵. Assim, os casos julgados pela Justiça Federal com maior frequência são aqueles prestados diretamente pela ECT, tanto nos locais onde funcionam as próprias agências quanto em face de carteiros realizando serviços nas ruas.

As estatísticas citadas nas considerações iniciais comprovam que o roubo é um dos crimes mais praticados no país, ou seja, afeta de modo expressivo os Sistemas Penitenciários e de Justiça em geral.

Ademais, extensa literatura brasileira no campo das ciências sociais constata que crimes de roubo são responsáveis por grande parte das ações violentas nos centros urbanos, o que acaba por afetar as próprias noções de cidade, território e expressa relações sociais de desigualdade:

Do mesmo modo que estudos sobre tráfico de drogas costumam tematizar os controles e as disputas territoriais na cidade, argumentamos que estudos sobre roubos têm muito a contribuir para a reflexão sobre o urbano e suas territorialidades. Muito mais que meros modos de ação tipificados pelo senso comum e pelo código penal, eles são produtores de mundo (world-makers) (DESCOLA, 2015; GOODMAN, 1978), forjando um universo particular que envolve um circuito de mobilidade próprio (JENSEN, KESSELRING e SHELLER, 2018; FREIRE-MEDEIROS, TELLES e ALLIS, 2018), a elaboração de mapas mentais singulares (GELL, 1985) e de fronteiras espaciais tácitas (GRILLO, 2016) e intensivas (DE LANDA, 2010). Para além do fato de ser uma prática e um comportamento com implicações éticas e morais densas e robustas, o assalto e o roubo permitem delinear uma outra cartografia das cidades em que eles se realizam, produzindo um outro regime de 'navegação social' (FELTRAN, 2020).

Um dos efeitos perceptíveis como decorrência da prática de muitos roubos contra os Correios é a mudança da prestação do serviço postal em diversas comunidades.

Inúmeras reportagens na rede mundial de computadores divulgam a inexistência ou prestação muito restrita de serviços de entregas pelos Correios junto a periferias, favelas e locais tidos como violentos, a exemplo das seguintes:

⁵ CC 122.596/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 08/08/2012, DJe 22/08/2012.

O mapa de onde os Correios não entregam encomendas em SP ⁶;
Em periferia de SP sem CEP ou segurança, até mercearia vira caixa postal ⁷;
Favelas do Rio criam correios comunitários para superar problemas de entrega ⁸;
Sem serviços básicos, moradores da Rocinha se mobilizam para que cartas e documentos sejam enviados e recebidos na comunidade ⁹;
Consumidor da periferia reclama que empresas aprofundam segregação urbana¹⁰.

Pesquisa realizada em 2017 verificou que as ditas “Áreas com Restrição de Entrega” ficariam no estado do Rio de Janeiro, na Bahia e na Região Metropolitana de São Paulo. O único dado disponível sobre essas seria uma lista em arquivo PDF informando estado e CEP dos locais restritos. A lista teria mais de 23 mil linhas em 467 páginas. Haveria um link para a lista no site dos Correios, o qual já estava fora do ar quando da divulgação do dado ¹¹. Isso significa dizer que ao contratarem o serviço de entrega, moradores não sabem e não são informados de que esta inexistente para determinada região.

Os distritos que possuem as maiores áreas de entrega interna proporcionalmente são Vila Jacuí, Lajeado, Itaquera e Vila Curuçá, todos na Zona Leste. Os Correios realizam a “entrega interna” em 45 a 50% da área desses distritos. Já os distritos com maiores áreas de entrega diferenciada estão distribuídos entre Zona Leste e Sul. No distrito do Capão Redondo, 90% da sua área é considerada como de “entrega diferenciada” ¹².

A página oficial dos Correios não possui informações a respeito, tendo se manifestado em nota à imprensa após a divulgação de reportagem a respeito, informando haver restrições de serviços de entregas de pacotes (não de cartas) em algumas áreas conforme o histórico de delitos contra a empresa e o nível de criminalidade na região ¹³.

De qualquer modo, o ponto importante de tais constatações é que a comunidade acaba sendo afetada pelo evento criminoso para além dos efeitos supostamente mais óbvios como o medo da violência, a exemplo do depoimento de uma jovem com dezenove anos, moradora do Morro do Salgueiro, zona norte do Rio de Janeiro, que diz nunca ter visto um

⁶ Disponível em: <https://medium.com/medidasp/mapa-onde-os-correios-nao-entregam-sp-9fcd7fee7e9e>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁷ Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/04/25/onde-o-correio-nao-chega-por-temor-de-roubo-mercearia-vira-caixa-postal.htm>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁸ Disponível em: https://br.financas.yahoo.com/noticias/favelas-rio-criam-correios-comunit%C3%A1rios-080500797.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x1LmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAJ0vyivuk6_7e9A7Tp_A3x4_7CcP3qdRbzxR-FbuHmnPloYIwk_2cIeA0441Smk0TQ3jOuHsDuD5zfP2Sr6pD80gZUIWJm8BD0ARUsnFW9xOozcfFqtU0iRSZaxZ-3KSjip4WNPYtFVIT-VLXH7rv1bx_n9KChIdW-COofshLmidJ. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹ Disponível em: <https://vogue.globo.com/atualidades/noticia/2020/10/sem-servicos-basicos-moradores-da-rocinha-se-mobilizam-para-que-cartas-e-documentos-sejam-enviados-e-recebidos-na-comunidade.html>. Acesso em: 25 jan. 2022.

¹⁰ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/09/consumidor-da-periferia-reclama-que-em-presas-aprofundam-segregacao-urbana.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2022.

¹¹ Vide nota n. 05.

¹² Vide nota n. 05.

¹³ Vide nota n. 03.

carteiro em sua vizinhança: “Eu me sinto diferente, porque o correio deveria beneficiar todo mundo, mas pessoas que moram em comunidade não conseguem ter isso, diz ela. Acho que é preconceito, porque em qualquer lugar hoje em dia pode ter tiroteio ou assalto”¹⁴.

Ainda, a relação entre crime de roubo e a comunidade é tão complexa que se ousa ora expor o problema de acordo com outro ponto de vista, o da chamada “vítima mediata”: o carteiro assaltado.

Conforme a doutrina penal clássica, o roubo consiste em crime complexo, pois cuida da violação a mais de um bem jurídico, considerado como imediato o patrimônio e como bem mediato a liberdade ou a integridade física.

A violência mencionada pelo tipo penal pode ser física, consistente em lesões corporais ou vias de fato (vis absoluta) ou psíquica (vis compulsiva). A primeira é a representada por lesões leves (art. 129, caput, do Código Penal) ou vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais), pois, se as lesões forem graves, o crime pode ser o de latrocínio (art. 157, § 3º). Já a violência física ou coação moral e imposta não precisa ser irresistível, bastando que seja idônea aos fins pretendidos (NUCCI, 2017, pp. 571/572).

O roubo praticado contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos consiste em exemplo prático da citada distinção, pois a vítima imediata do crime (proprietária do patrimônio subtraído) é a empresa pública federal, enquanto a vítima mediata (aquela que sofre a violência física ou psíquica) é normalmente uma pessoa física funcionária da empresa ou cliente que se encontra no local.

Isso implica dizer que a pessoa geralmente traumatizada pela violência do evento criminoso não recebe qualquer tipo de atenção, muito menos de reparação por parte do sistema de Justiça, sendo tratada como testemunha.

No caso de funcionário da ECT o trauma pode ser ainda perpetuado pela necessidade de a pessoa continuar a exercer atividade laboral, muitas vezes nos mesmos locais dos assaltos. As consequências são surgimento de doenças psíquicas; afastamentos do trabalho por tais motivos; demissões e até mesmo o ajuizamento de ações judiciais (cíveis e trabalhistas), pleiteando indenizações por danos morais.

Não obstante, nada é feito na sociedade a fim de parar o ciclo vicioso da criminalidade que gera tantos efeitos. Apesar de ações esparsas que emergem em certos segmentos, como a mencionada criação de “Correios Comunitários” em regiões onde não há o serviço oficial ou até mesmo o encaminhamento pelo Judiciário de uma vítima transtornada a serviço público de apoio psicológico, não se pensa de forma global em solução passível de recuperar a comunidade.

A articulação entre roubo, violência e comunidade como conflito urbano permite que se proponha a Justiça Restaurativa como meio de solução, a fim de que em primeira instância a convivência em sociedade seja menos insuportável e, em longo prazo, seja possível até mesmo falar-se cura.

¹⁴ Vide nota n. 07.

3. Justiça Restaurativa e comunidade

De início, mister remarcar que a Justiça Restaurativa compreende um conjunto de princípios (valores humanizantes, relações individuais e coletivas, responsabilidade individual e coletiva, tratar o dano e fortalecer a comunidade) e práticas (mediação vítima e ofensor, círculos de paz, conferências familiares, comissões de verdade e reconciliação) que buscam, com base no diálogo, compreender o conflito em todas as suas dimensões, fortalecer a relação entre os envolvidos (ofensor, vítima e comunidade) e assegurar a participação conjunta na construção coletiva da Justiça.

Não obstante a fluidez do conceito de Justiça Restaurativa, marcada pela pluralidade de concepções e correntes dentro desse movimento, há um denominador comum quanto aos elementos estruturantes: diálogo, protagonismo das partes, oportunidade de reparação dos vínculos e transformação da realidade social ¹⁵.

Contudo, como adverte Elizabeth Elliott, a visão limitada e reducionista de que a JR é mais um Programa de Justiça Criminal desvirtua seus objetivos e finalidades, não podendo simplesmente ser relegada ao status de algo que foi adicionado a processos menos formais para tratar de conflitos de baixa complexidade e gravidade. Trata-se, na verdade, de processo democrático deliberado que conta com o engajamento dos membros da comunidade, oferecendo maior participação em assuntos específicos que os afetam direta e indiretamente e conferindo maior habilidade de exporem suas visões e compartilharem as responsabilidades. Há assistência significativa à vítima antes, durante e depois do processo restaurativo ¹⁶.

Com efeito, a Justiça Restaurativa se volta a cada um dos participantes - ofensor, vítima e comunidade. A vítima tem oportunidade de contar suas histórias, a fim de oferecer ou obter apoio para restabelecer seu bem-estar, assegurando-lhe o direito de participar ativamente do processo de tomada de decisão que produzirá efeitos pela reparação. O ofensor também conta suas histórias, com o apoio de pessoas sob sua escolha, e se envolve no desenvolvimento de acordos reparadores. A comunidade participa do processo de tomada de decisão por meio de facilitadores voluntários e das pessoas que apoiam as vítimas e os ofensores.

O conceito clássico de comunidade envolve um conjunto complexo de relações humanas que se encontram conectadas e engajadas com o propósito de melhorarem a si mesmos e a sociedade em que se encontram inseridas. Contudo, a comunidade em Justiça Restaurativa deve ser vista com novo olhar, dada a sua natureza multidimensional, de modo a

¹⁵ SILVA, Haroldo Luiz Rigo. LEITE, Lucas Romero. As práticas restaurativas na aplicação e execução de medidas específicas de proteção ac crianças e adolescentes. Perspectivas a partir do diálogo interestadual Paraná-Sergipe.

¹⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. São Paulo: Palas Athena. Brasília: ABRAMINJ, 2018, p.74-80.

incluir os aspectos relacionais, afetivos, políticos e sociais. Ao se conectarem emocionalmente e conscientizarem de que pertencem ao tecido da vida comunitária, os membros da comunidade são engajados a tomarem decisões e a construir, reparar e ressignificar os relacionamentos.

A conscientização da dimensão política do ser humano e de sua corresponsabilidade pelas condutas adotadas, vivenciadas no âmbito comunal, orienta-o a agir pautado na ética das convicções e das responsabilidades.

Não se pode descurar de que o crime vai além da responsabilidade individual, sendo também uma corresponsabilidade comunitária. Conforme leciona Eugenio Raúl Zaffaroni, o indivíduo age de acordo com as circunstâncias que o cercam e no âmbito de sua autodeterminação; contudo, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação em razão das causas sociais, as quais não podem ser a ele atribuídas, de modo a sobrecarregá-lo em um juízo negativo de culpabilidade. Assim, costuma-se dizer que há uma coculpabilidade com a qual a própria sociedade dever arcar.

Nos dizeres do jurista Rogério Greco ¹⁷:

[...] Sabemos, como regra geral, a influência que o meio social pode exercer sobre as pessoas. A educação, a cultura, a marginalização e a banalização no cometimento de infrações penais, por exemplo, podem fazer parte do cotidiano. Sabemos, também, que a sociedade premia poucos em detrimento de muitos. A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir sua responsabilidade com a sociedade [...]

Nessa esteira, as práticas restaurativas no âmbito da comunidade, em especial naquelas em que há o constante medo da violência passada ou potencial, como no caso da moradora do Morro do Salgueiro, zona norte do Rio de Janeiro, mostram-se deveras essenciais para restaurar as relações sociais danificadas e prevenir novos delitos.

Dentre as práticas restaurativas que podem ser aplicadas no âmbito comunitário, destacam-se a contação de histórias e os círculos de paz e diálogos, fundados nos valores do respeito, da tolerância, da honestidade e da justiça, os quais asseguram que os membros expressem todos os sentimentos e as necessidades individuais. Oportuniza-se a escuta ativa e qualificada, com a participação direta dos envolvidos, voltando os olhares para as necessidades, a cura do dano, a corresponsabilização dos partícipes e a deliberação conjunta da solução.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa é também um processo de cura para a comunidade, porquanto ao oportunizar a participação ativa, o engajamento e a deliberação da

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 425.

vítima, do ofensor e de seus membros afetados pelo crime ou pela violência potencial podem construir conjuntamente soluções aos traumas, corrigindo as consequências anteriormente vivenciadas e que afetaram a saúde comunal. Vê-se, portanto, que a JR traz a comunidade para uma dimensão participativa, cooperativa e corresponsável.

Como visto, a prática de crimes de roubos contra os Correios afeta diretamente as comunidades menos favorecidas que passam a contar com a inexistência ou a deficiente prestação do serviço postal. A solução aplicada pela empresa pública federal, sob o pretexto de proteger a integridade física e psíquica do carteiro vítima de violência e grave ameaça durante o exercício de sua atividade funcional, além de não tratar o trauma vivenciado pelo ofendido, marginaliza ainda mais os membros dessas comunidades que se veem privados do acesso a cartas e encomendas postais.

No âmbito da Justiça formal e tradicional, o que se tem observado é o aumento de números de ações ajuizadas pelos empregados (carteiros) em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, objetivando a compensação do dano sofrido em sua esfera extrapatrimonial em razão dos abalos psicológicos e psiquiátricos decorrentes da exposição a assaltos. A Justiça do Trabalho tem reconhecido a responsabilidade da empresa pública federal que se beneficia do lucro do empreendimento, especialmente da sua consolidação no mercado logístico para entrega de bens negociados com valores agregados e negociados no comércio eletrônico¹⁸. Entretanto, a mera reparação pecuniária a título de dano moral, embora tenha funções compensatória, punitiva e pedagógica, não se volta ao processo de cura e reabilitação da vítima.

Nessa senda, a participação ativa de todos os membros da comunidade, que poderia contar, inclusive, com a atuação dos Correios, em círculos dialogados, seria a oportunidade de exporem as suas inquietações, angústias e visões, para juntos construírem adequadas soluções na manutenção da prestação desse serviço público tão essencial, sem o qual os membros da comunidade ficam desamparados ao acesso dos direitos à informação e comunicação, dimensões da liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Ao mesmo tempo, o carteiro – nesse ponto, embora a doutrina e a jurisprudência pátria o tratem como vítima secundária do delito de roubo, temos que o seu papel não pode ser desprezado

¹⁸ “AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS. DANOS MORAIS. CARTEIRO. ENTREGA DE MERCADORIAS. VIAS PÚBLICAS. DEZ ASSALTOS. USO DE VIOLÊNCIA E DE ARMA DE FOGO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DIVERGÊNCIA SUPERADA POR ITERATIVA, NOTÓRIA E ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A ocorrência de assaltos, mormente os violentos, evidencia a exposição do carteiro que porta mercadorias ou valores expressivos a maior risco que outros trabalhadores, razão pela qual esta Corte tem firme jurisprudência no sentido de que se aplica a responsabilidade civil objetiva da empregadora prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, afastando a ocorrência de fato de terceiro excludente de responsabilidade. Incidência do art. 894, § 2º, da CLT. Agravo interno a que nega provimento”. (Ag-E-RR-11281-11.2015.5.01.0054 - SBDI-1 - Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro - pub. em 28/09/2018) ocorrência concomitante do dano, do nexos causal e da culpa do empregador. Sem a conjugação de todos esses requisitos, não há de se falar em responsabilidade. É o que se extrai da exegese do art. 186 do Código Civil. Constatado, no entanto, que o risco é inerente à atividade executada pelo empregado na empresa, isto é, que há grande probabilidade de que ocorra o infortúnio, há de se aplicar a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa), conforme se extrai do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. No caso em tela, o Reclamante, carteiro, trabalhava em situação de risco acentuado fazendo entrega de mercadorias de valor monetário, o que possibilita a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Precedentes da Corte”. (AIRR-10354-21.2015.5.01.0062 - 4ª Turma - Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, pub. em: 03/08/2018)

a mera testemunha do processo penal – pode integrar os processos circulares para buscar a cura de seus traumas, que afetam sobremaneira o próprio exercício de sua profissão. Assim, ao se assegurar o real envolvimento das pessoas nas tomadas de decisões e de construção do espírito comunitário, em vez de uma mera participação superficial, investirão mais nos resultados e tratarão o dano como oportunidade de serem adotados propósitos curativos.

O desenvolvimento das ações restaurativas em ambiente seguro, confidencial e dialogado, pautado nos valores da eticidade, do respeito e da urbanidade, no qual todos os envolvidos são ouvidos (escuta ativa), sem condenações apriorísticas, permite o desenvolvimento consciente da autorresponsabilização, do impacto que a conduta pode causar em relação aos demais membros da comunidade e à saúde comunal.

4. Conclusão

Imprescindível se mostra trocar as lentes da percepção do papel da comunidade na Justiça Restaurativa, que deve ser vista como o espaço (esfera pública) no qual os seus membros têm a confiança de compartilhar histórias e experiências, expressarem os sentimentos e as necessidades individuais.

As práticas restaurativas no seio da comunidade são janelas de oportunidades para que, sob uma lógica relacional e holística, todos os partícipes da vida comunal reflitam e reavaliem suas condutas, criando relacionamentos apoiados nos valores da transparência, da verdade, do cuidado e da confiança. Ao mesmo tempo, ao se apropriarem da ideia de pertencimento à comunidade, passam a deliberar conjuntamente soluções mais adequadas dos conflitos, voltando-se olhares para as necessidades, a cura do dano, a corresponsabilização e a prevenção aos danos potenciais.

Os afetados de forma direta ou reflexa pela violência que permeia o tecido comunitário devem ser incluídos, juntamente com os ofensores, no processo restaurativo de forma a curar o dano e preveni-lo pedagogicamente, não podendo tais assuntos serem exclusivamente tratados pelas instituições formais, na medida em que, ao se delegar para o Estado a adjudicação de solução do conflito há um afastamento dos envolvidos, que passam a ser categorizados como agentes abstratos (réu, indiciado, ofendido e testemunha), sem a oportunidade de criarem habilidades que os motivem a desistir de condutas que poderiam causar danos à comunidade.

O não tratamento do dano sob o viés curativo, participativo e democraticamente deliberativo, mas apenas com enfoque no sistema tradicional de Justiça – como citado no exemplo do carteiro vítima de assaltos em comunidade em que busca a indenização por dano moral em face dos Correios em virtude de abolo causado em sua esfera extrapatrimonial, e da restrição de prestação do serviço público essencial de postagem e correio nacional nas comunidades tidas como violentas e não seguras -, implica o aumento de demandas no

âmbito do Poder Judiciário, a marginalização dessas comunidades, a piora da qualidade de saúde dos trabalhadores e a elevação do custo da Previdência Social em razão de afastamentos por motivo de doença incapacitante.

Nesse diapasão, as práticas restaurativas em ambiente seguro, confidencial e dialogado, pautado nos valores da eticidade, do respeito e da urbanidade, no qual todos os envolvidos são ouvidos (escuta ativa), sem condenações apriorísticas, permite o desenvolvimento consciente da autorresponsabilização, da conscientização do impacto que a conduta pode causar em relação à comunidade, da assistência à vítima e da cura do dano.

5. Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Editora Saraiva: São Paulo, 10. ed. 2016.

ELLIOTT, Elizabeth M. Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena. Brasília: ABRAMINJ, 2018.

GODOI, Rafael. Vasos comunicantes, fluxos penitenciários: Entre dentro e fora das prisões de São Paulo. Vivências: Revista de Antropologia, n. 64, pp. 131-142, 2015.

_____; GRILLO, Carolina Christoph; TONCHE, Juliana; MALLART, Fábio; RAMACHIOTTI, Bruna; DE BRAUD, Paula Pagliari. Letalidade policial e respaldo institucional: perfil e processamento dos casos de ‘resistência seguida de morte’ na cidade de São Paulo. Revista de Estudios Sociales, n. 73, pp. 58-72, 2020.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Luana; CORRÊA, Diogo e FELTRAN, Gabriel. Dilemas, Revista de Estudos sobre Conflito e Controle Social. Rio de Janeiro, Vol. 13, n. 3, set-dez 2020, pp. 557-564.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 17. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, Haroldo Luiz Rigo. LEITE, Lucas Romero. As práticas restaurativas na aplicação e execução de medidas específicas de proteção a crianças e adolescentes. Perspectivas a partir do diálogo interestadual Paraná-Sergipe.

A Floresta Acordou.
Justiça Restaurativa:
O Despertar de Uma Nova Consciência.

Carla Rodrigues de Souza

Técnica Judiciária e Colaboradora do CEJURE

Fernão Pompêo de Camargo

Juiz Federal e Coordenador Substituto do CEJURE

Katia Hermínia Martins Lazarano Roncada

Juíza Federal e Coordenadora do CEJURE

Sumário:

1. Introdução.
2. O conflito e o fenômeno social da violência.
3. Julgamento e punição.
4. O olhar holístico em contraposição à fragmentação.
5. A corresponsabilidade coletiva.
6. A implementação das práticas na busca da transformação.
7. Conclusão.
8. Referências.

Resumo:

O presente artigo buscou trazer algumas luzes para o tema da necessária transformação do paradigma de convivência social vigente, baseado em um modelo insuficiente para alcançar a paz social. Prestigiando os ensinamentos construídos coletivamente durante as aulas do grupo de estudos em Justiça Restaurativa, da EMAG, lastreados no estudo do livro de Elizabeth M. Elliot, “Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis”, buscamos contribuir com reflexões introdutórias acerca do fenômeno social da violência e dos caminhos de construção de sociedades saudáveis, convictos de que a Justiça Restaurativa é uma filosofia de vida que possibilita à coletividade ir ao encontro da essência humana em cada membro do corpo social, por meio de um processo anímico e introspectivo, que amplia os horizontes da investigação dos conflitos e suas causas. Os estudos em Justiça Restaurativa estão se iniciando no âmbito da Justiça Federal nas Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, e o presente artigo busca plantar sementes do despertar de uma nova consciência em nossa instituição.

Abstract:

This article sought to shed some light on the issue of the necessary transformation of the current paradigm of social coexistence, based on an insufficient model to achieve social peace. By honoring the teachings built collectively during the classes of the study group on Restorative Justice, from EMAG, based on the study of Elizabeth M. Elliot’s book, “Safety and Care: Restorative Justice and Healthy Societies”, our intention was to contribute with introductory reflections on the violence phenomenon and the ways of building healthy societies, convinced that Restorative Justice is a philosophy of life that allows the community to meet the human essence in each member of the social body, through an animistic and introspective process, which broadens the horizons of the investigation of conflicts and their causes. Studies in Restorative Justice are beginning within the scope of Federal Justice in the Judiciary Sections of São Paulo and Mato Grosso do Sul, and this article seeks to plant seeds of the awakening of a new consciousness in our institution.

Keywords: Restorative Justice. Social Pacification. Collective Co-responsibility. Culture of Peace.

Epígrafe:

Um índio
Caetano Veloso

Um índio descerá de uma estrela colorida, brilhante
De uma estrela que virá numa velocidade estonteante
E pousará no coração do hemisfério sul
Na América, num claro instante
Depois de exterminada a última nação indígena
E o espírito dos pássaros das fontes de água límpida
Mais avançado que a mais avançada das mais avançadas das tecnologias
Virá
Impávido que nem Muhammad Ali
Virá que eu vi
Apaixonadamente como Peri
Virá que eu vi
Tranquilo e infalível como Bruce Lee
Virá que eu vi
O axé do afoxé Filhos de Gandhi
Virá
Um índio preservado em pleno corpo físico
Em todo sólido, todo gás e todo líquido
Em átomos, palavras, alma, cor
Em gesto, em cheiro, em sombra, em luz, em som magnífico
Num ponto equidistante entre o Atlântico e o Pacífico
Do objeto-sim resplandecente descerá o índio
E as coisas que eu sei que ele dirá, fará
Não sei dizer assim de um modo explícito
Virá
Impávido que nem Muhammad Ali
Virá que eu vi
Apaixonadamente como Peri
Virá que eu vi
Tranquilo e infalível como Bruce Lee
Virá que eu vi
O axé do afoxé Filhos de Gandhi
Virá
E aquilo que nesse momento se revelará aos povos
Surpreenderá a todos não por ser exótico
Mas pelo fato de poder ter sempre estado oculto
Quando terá sido o óbvio ¹

¹ VELLOSO, Caetano. *Um índio*. Disponível em: < <https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/44788/> > . Acesso em: 29 jan. 2022.

1. Introdução

O presente artigo consiste no trabalho de finalização do grupo de estudos em Justiça Restaurativa, patrocinado pela EMAG – Escola de Magistrados da Terceira Região.

Durante aproximadamente sete meses, de junho a dezembro de 2021, o grupo formado por juízes e servidores da Justiça Federal de São Paulo e Mato Grosso do Sul e, ainda, por uma procuradora da República e uma colaboradora em Justiça Restaurativa, estudou o livro escrito por Elizabeth M. Elliott, “Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis”, sob a orientação e coordenação acadêmica do professor João Salm.

Como nos ensina João Salm, a obra é atualmente uma das mais importantes referências de arcabouço teórico em Justiça Restaurativa, em âmbito mundial, apresentando as raízes que sustentam o desenvolvimento deste novo paradigma de relacionamento humano e de vida social democrática.

2. O conflito e o fenômeno social da violência

Qual a razão de estarmos vivenciando a experiência humana? Trata-se de um questionamento fundamental que todos deveriam se fazer. A busca pela compreensão da Verdade tem sido a grande jornada da humanidade nos milênios em que vem habitando a superfície do Planeta Terra.

E esse caminhar representa o processo de evolução da consciência.

Por milênios, a humanidade vem oscilando entre as polaridades do bem e do mal, em uma trajetória norteadada pela violência.

O conflito é um fenômeno que surge naturalmente em um estágio da vida em sociedade, o que não é natural é a busca de tratamento do conflito por meio da violência.

E não é pelo acaso que Gandhi afirmou: “Creio que a verdadeira democracia só pode nascer da não-violência”.²

Tolle nos recorda que:

Todos os seres humanos do planeta poderiam ser facilmente atendidos em suas carências materiais em relação a alimento, água, abrigo, roupas e confortos básicos, não fosse pelo desequilíbrio de recursos criado pela necessidade insana e voraz de querer sempre mais, a ganância do ego. Isso encontra expressão coletiva nas estruturas econômicas, como as grandes corporações, que são entidades egóicas que competem entre si por mais. Seu único – e cego – objetivo é o lucro. Elas perseguem essa meta do modo mais implacável possível. A natureza, os animais, as pessoas, até mesmo os funcionários, não são mais do que algarismos no seu balanço comercial, objetos inanimados a serem usados e depois descartados.³

² Apud MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência*. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.

³ TOLLE, Eckhart. *Um novo mundo: o despertar de uma nova consciência*. Tradução de Henrique Monteiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2007, p. 47.

A inacreditável desigualdade social, a injusta distribuição de bens e riquezas, a crueldade das guerras e da exploração da mão-de-obra, a destruição desmedida dos recursos naturais, a corrupção inerente ao jogo do poder e da fama, a ambição e a ganância por ganhos materiais ilusórios e passageiros, dentre tantos outros fatores sociais constituem o espelho do nível de consciência em que se encontra a humanidade, como corpo coletivo, neste atual momento da história.

A transformação desta perniciosa realidade passa necessariamente pela transformação da consciência do ser humano, do indivíduo. Faz-se necessário encontrar o caminho para possibilitar esse alvorecer anímico da humanidade, por meio do despertar da consciência em cada integrante da comunidade. Trata-se de uma construção (ou reconstrução) interna de cada ser, e que só pode ser feita pelo próprio indivíduo, pois a experiência já comprovou que a mudança não virá por meio de fatores externos, ela deve vir de dentro de cada célula desta coletividade. A alquimia decorre do exercício da introspecção, em um caminho individual e voluntário.

Como ensinou Salm, nos debates durante o curso na EMAG, a Justiça Restaurativa é um espaço de isonomia, igualdade, de introspecção, de atendimento de necessidades. É uma construção anímica baseada na transformação de hábitos e valores de vida, que possibilita autonomia e liberdade. É uma justiça relacional-transformativa, que nos ensina a agir com base em valores humanizantes. Não é um espaço de hierarquia e exercício de poder sobre o outro. Ela trata, sim, do exercício do poder com o outro. A Justiça Restaurativa resgata a humanidade intrínseca a todos nós; reconstrói as relações, as conexões entre as pessoas, e entre as pessoas e o Meio Ambiente; humaniza os múltiplos espaços e a complexidade da vida em sociedade. A Justiça Restaurativa recupera a humanidade que o “sistema” atua para retirar ou anular em nós. Ela possibilita a reconexão com a Essência.

O modelo atual de sociedade, baseado no padrão cartesiano-mecanicista, retributivo-punitivista, predominantemente materialista, não obteve êxito em superar a violência e construir a paz social. Urge, portanto, a adoção de outro paradigma para que um novo padrão de relacionamento humano, não-violento, possa germinar no seio social.

Lederach nos traz a importante reflexão:

Os pontos de virada precisam encontrar uma forma de transcender os ciclos de violência destrutiva, ao mesmo tempo em que precisam conviver com esses ciclos e ser relevantes no contexto que os produz. Um horizonte, embora visível, está permanentemente fora do nosso alcance, o que sugere uma jornada épica, cuja busca na construção da paz significa forjar novos caminhos para abordar os assuntos humanos com um inimigo. Em nossa área, esse tipo de jornada não é construído com um manual técnico. Ele exige que exploremos a arte e a alma da mudança social, e começa com a necessidade de explorar a essência da construção da paz e o coração das realidades locais onde os padrões violentos vêm dominando os assuntos humanos.⁴

=

⁴ LEDERACH, John Paul. *A imaginação moral: arte e alma da construção da paz*. Tradução de Marcos Fávero Florence de Barros. São Paulo: Palas Athena, 2011, p. 32.

3. Julgamento e punição

“Desconfie totalmente daquele cujo impulso punitivo é muito forte” (Nietzsche).⁵

A formação cultural que recebemos vem recheada da ideia do julgamento e da punição. É preciso fazer o que é certo, e, se não o fizer, é passível a punição. Mas quem define o certo e a punição correspondente à infração? As leis e o *modus operandi* da justiça têm de fato proporcionado a pacificação social?

O julgamento e a condenação não convidam ao esclarecimento da verdade, tampouco à responsabilização. O significado de ‘defesa’, muitas vezes, é a definição da melhor estratégia para ocultar a verdade com vistas à menor punição possível. As pessoas não são incentivadas a fazerem o que é certo em relação aos legítimos anseios da comunidade, mas a atuar considerando o preço que poderiam vir a pagar pelas suas condutas. Os membros do corpo social não são treinados para assumir as responsabilidades por seus pensamentos, palavras e ações.

Nesse sentido, Elliott nos convida a refletir sobre as motivações intrínsecas e extrínsecas das condutas. Nas palavras da autora: “A motivação intrínseca encoraja as tomadas de decisões morais baseadas em valores, enquanto a motivação extrínseca promove tomada de decisão baseadas em punição e recompensa.”⁶

Ainda é muito difundida a ideia de que educar as crianças esteja associado ao controle que se obtém por meio de estímulos de reforço e punição. Então, quando a criança faz algo de bom, esse comportamento é reforçado por recompensas, mas se o comportamento é tido como ruim, tal comportamento é desestimulado pela punição, tudo visando ao controle das ações. Essa vem sendo a educação recebida por muitos de nós e, não raro, reproduzimos esses comportamentos com as pessoas ao nosso redor, incluindo nossos filhos.

Assim a formação ética do indivíduo fica em segundo plano e as razões pelas quais uma pessoa age de determinada forma ganha menor importância.

A educação emocional é desprezada. Apesar de haver vasta literatura sobre pedagogia infantil, na prática a educação acaba se fazendo de forma intuitiva e pela repetição dos padrões que o responsável julga que deram certo na sua trajetória de vida. Pouco se vivencia uma pedagogia social e libertadora. As crianças ainda são estimuladas a engolirem o choro e não têm espaço para falarem de seus sentimentos, refletirem a respeito das experiências vivenciadas, para a promoção de um aprendizado autônomo.

Negligenciar as motivações, intenções e investigação dos sentimentos na busca das necessidades não atendidas pode ser desastroso do ponto de vista da saúde emocional e, conseqüentemente, social.

Como trouxe Caetano Veloso na música em epígrafe:

⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 61.

⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 64.

Depois de exterminada a última nação indígena
E o espírito dos pássaros das fontes de água límpida
Mais avançado que a mais avançada das mais avançadas das tecnologias.

E aquilo que nesse momento se revelará aos povos
Surpreenderá a todos não por ser exótico
Mas pelo fato de poder ter sempre estado oculto
Quando terá sido o óbvio⁷

Algumas perguntas devem ser feitas: Será que é mesmo possível termos uma sociedade pacífica sem criar condições de desenvolvimento sustentável a todos? Será mesmo possível ‘exilar’ milhares de pessoas em penitenciárias por um período sem cuidar dos motivos (causas) que levaram essas pessoas a praticarem comportamentos danosos?

A cofundadora da Associação Palas Athena, Lia Diskin, em vídeo que pode ser visto pelo YouTube, conforme link na descrição,⁸ questiona a punição como fim em si mesma e nos lembra que 70% da população carcerária brasileira é reincidente. Destaca que nosso sistema punitivo não tem promovido restauração nem socializado ou ressocializado as pessoas que passam pelos sistemas carcerários. O que existe hoje é uma subtração do indivíduo que de alguma forma perturba, confinando-o a um presídio, acreditando que aquele é um espaço imaginário que não faz parte da sociedade. A professora destaca que é preciso compreender que a punição não atinge apenas ao transgressor, mas toda a sua rede de relacionamentos vinculantes. Então, restaurar a rede de vinculação daqueles que estão presos para reinseri-los na sociedade seria um movimento que, de fato, poderia ser reconhecido como Justiça. É preciso refletir sobre a ideia de que o sofrimento é um mecanismo seguro para obter um comportamento desejável. Por que infligir dor traria reparação de um dano?

É preciso compreender que as pessoas que perturbam o contexto social, cujos atos transgridem leis e comportamentos sociais entendidos como corretos, não são as exclusivas responsáveis pela sua ação. Em alguma medida, suas ações são reflexos de uma comunidade que pode estar profundamente adoecida, e que também tem responsabilidade pela lesão indevida praticada por um de seus membros.

O convite que deve ser feito é para uma mudança de perspectiva, olhando-se atentamente para o cuidado com as relações.

Nesse prisma, a Justiça Restaurativa foi buscar na experiência indígena ancestral esse reaprendizado da ciência do relacionamento, que, a despeito de sempre ter estado ali, o violento processo de colonização sufocou, deixando-nos perdidos no labirinto que a própria civilização construiu. Será necessária a humildade para reconhecer os erros cometidos individual e coletivamente, para tecer novamente os tecidos sociais esgarçados pela exclusão e punição.

⁷ VELLOSO, Caetano. *Um índio*. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/44788/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

⁸ DISKIN, Lia. *Entrevista: Sistema punitivo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fPoacGR-MsI>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

É preciso olhar para além do indivíduo para perceber todas as relações afetadas a partir de um dano, de modo a descobrir que, para além do papel da vítima e do ofensor, temos ainda uma reverberação imensa, que afeta muitas outras pessoas, que estão, direta ou indiretamente, ligadas ao episódio (familiares, amigos, comunidade).

A vida em sociedade não tolera a exclusão leviana, sendo que o preço a ser pago pelo abandono das pessoas é imensurável, e já vem sendo cobrado.

4. O olhar holístico em contraposição à fragmentação

A Justiça Restaurativa traz a proposta de viver a partir do melhor de cada um e propõe o resgate da integralidade não apenas ética, mas também da interdependência existente entre nós e o universo em que estamos inseridos. A JR nos convida ao reconhecimento de que somos seres holísticos, integrados, interconectados e interdependentes entre si.

De fato, do micro ao macro, estamos inicialmente conectados conosco mesmo, cada uma das nossas células interfere no todo que somos e o mau funcionamento de qualquer delas impacta o conjunto. Isso não se dá apenas no aspecto físico, ao contrário, está intimamente ligado com questões emocionais, mentais e espirituais. A Roda da Medicina, dos nativos norte-americanos, descreve a integralidade do ser humano a partir desses quatro quadrantes.⁹

Esse universo tem muito a ver com as relações internas travadas – o ser consigo mesmo. E também com as relações externas, a partir do eu com o outro e com a própria Natureza, que é o que permite o desenvolvimento da vida. A natureza social do ser humano exige o estar com o outro, a vida em comunidade. Essas relações sociais demandam, em termos qualitativos, saber estar com o outro, o que implica um processo de autoconhecimento e aceitação, bem como aceitação do outro, nas suas múltiplas dimensões, com suas diferentes concepções e visões de vida.

Nesse sentido, Elliott cita a lição de Harris:

[...] Nesta visão, Justiça Restaurativa significa uma demonstração de comprometimento com o cuidado mútuo, com a consequente ênfase nas relações e no reconhecimento de que indivíduos saudáveis não existem isoladamente. Portanto, a Justiça Restaurativa requer atenção à rede de relacionamentos e às circunstâncias nas quais estão inseridas.¹⁰

Da mesma forma que as células são diferentes entre si, cada pessoa também o é, e a grande questão está em garantir a qualidade das relações, que parte do respeito a cada indivíduo e a seu espaço, sem pretender alterá-lo, sobrepor-se a ele, ou mesmo subjugar-lo. Deve-se construir o equilíbrio a partir do valor respeito, mas que vai além, conforme pontua Muller:

⁹ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de Construção de Paz*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 44-46.

¹⁰ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 122.

O homem é essencialmente um ser relacional. Eu existo apenas na relação com o outro. No entanto, de modo geral, experimento o meu primeiro contato com o outro como adversidade, enfrentamento. A vinda do outro até minha casa é um incômodo. O outro é um invasor da minha zona de conforto; arranca-me de meu repouso.¹¹

Mais adiante prossegue o autor:

O homem deve esforçar-se em manter uma relação pacífica com outro homem, isenta de qualquer ameaça e medo. Diante daquele que o confronta, o homem não deve adotar uma postura de hostilidade, como se um fosse o inimigo do outro; ao contrário, deve dispor-se a uma relação de hospitalidade, em que um é hóspede do outro. É significativo que os vocábulos “hostilidade” e “hospitalidade” pertençam à mesma família etimológica: as palavras latinas *hostes* e *hospes* originalmente designam, ambas, o estrangeiro, que, de fato, pode ser excluído como inimigo ou pode ser acolhido como hóspede.

A hospitalidade exige mais que a justiça. A justiça por si só, isto é, o simples respeito aos direitos de cada um, não é o suficiente para consolidar uma relação de homem para homem, visto que ainda mantém os próximos separados um do outro. Fazer-se respeitar significa ainda ser temido. Por sua natureza, o respeito implica certa distância. Manter o respeito significa manter-se distante do outro. Para formar uma comunidade humana, os homens são chamados a manter entre si relações de reciprocidade sedimentadas na partilha e na generosidade. Na comunidade humana, o espaço da hospitalidade é o espaço da bondade.¹²

Assim, o foco da Justiça Restaurativa está ancorado nas relações. Estar em boas relações pressupõe a existência de outro elemento importantíssimo da JR, os valores norteadores que expressam o melhor de cada um e nutrem a convivência.

Esse olhar ampliado norteia a JR e abre espaço para repensar diversas crenças que guiam as sociedades ocidentais há séculos, norteando importantes ramos, como a Medicina e o Direito, pois o hábito de focar as partes sem a concepção do todo não pode trazer respostas qualitativas para as questões colocadas. Ao contrário, o que se alcança é a abertura de lacunas que nos colocam mais distantes da ideia de vida saudável, deixando de enfrentar a raiz dos problemas. O hábito das sociedades ocidentais tem sido o de contornar ou minimizar os efeitos das condutas, e não enfrentar de fato, e profundamente, as causas geradoras.

Olhar a parte, e não o todo, pode conduzir a interpretações equivocadas da realidade, como bem ilustra a lenda dos cegos e do elefante, em que cada um, tendo apenas a percepção de uma parte do animal, passava muito longe de identificar o elefante que cada um tateava.

Isso se dá nos diversos aspectos da realidade. É o que acontece com a ação estatal de criminalização de condutas, que mantém um foco muito restrito e limitado à conduta em si, negligenciando as fontes geradoras do ato danoso, isto é, ignorando a investigação de suas reais causas, valendo-se apenas da punição individual e omitindo-se quanto à necessária transformação das causas que motivam a violência. É como se o sistema de justiça penal

¹¹ MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência*. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.

¹² MULLER, 2007, Op. Cit. p. 21.

atuasse apenas olhando para a ponta do iceberg, ignorando toda a gigantesca extensão submersa nas águas profundas das relações sociais.

Elliott pontifica que “A tendência política atual, de simplificar comportamentos indesejados criminalizando-os, tem como consequência que o significado mais profundo dos problemas sociais permanece inexplicado.”¹³

Entender as fontes do problema significa identificar as violências estruturais que norteiam o próprio padrão de funcionamento da sociedade, violências tão arraigadas que acabam por ser incorporadas ao normal funcionamento da sociedade. É preciso, entretanto, identificá-las, trazendo-as para o campo da consciência, e trabalhá-las, na busca de mudanças positivas em favor da construção de sociedades saudáveis.

Diskin assevera:

Assim, a Cultura de Paz tem duas missões: primeiro, tornar visíveis as violências que se perpetuam pela omissão ou pela aceitação de condições humilhantes como sendo próprias da nossa sociedade ou, pior ainda, intrínsecas à natureza humana. Segundo: estimular novas formas de convivência que abordem o conflito como instrumento necessário à manutenção democrática dos relacionamentos. Uma sociedade pautada na liberdade é plural, apenas os totalitarismos são singulares. Portanto, os conflitos não devem ser impedidos, mas trabalhados de modo edificante para que a divergência possa descobrir espaços de articulação e crescimento mútuo, reafirmando a convicção de que a paz é sempre possível, e a violência evitável.¹⁴

No que tange ao próprio funcionamento da máquina judiciária estatal, o olhar para a parte e não para o todo é uma decorrência da criminalização apenas da conduta última e da sua individualização, bem como do olhar binário do processo penal. Reiterando a ideia trazida alhures, uma vez que existe o foco específico em um fato, as questões que lhe permeiam ficam excluídas porque o que interessa para o processo penal é chegar à conclusão entre os extremos “culpado ou inocente”, apenas considerando o olhar sobre uma conduta do indivíduo, como se tal olhar fosse capaz de albergar toda a complexa realidade que está por trás dela.

Esse olhar binário que nos faz enxergar apenas os lugares de bom-mau, certo-errado, culpado-inocente, irá respaldar uma sentença. Fica, então, a questão: esse sistema está permitindo alcançar a construção de sociedades saudáveis e a diminuição da criminalidade?

A resposta é negativa, tanto que reconhecido o estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário, haja vista o “[...] quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária [...]”¹⁵

¹³ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 115.

¹⁴ DISKIN, Lia. Prólogo. Comitê Paulista para a Década da Cultura de Paz. *Guia de Cultura de Paz*, 1ª edição, São Paulo, 2007, p. 05.

¹⁵ STF. ADPF 347 MC/DF. Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

Dentre outros fatores relevantes que nos levaram a esta desafiadora realidade social, a deterioração das relações humanas se agrava à medida que o sistema de justiça criminal exclui as vítimas do fato danoso, sejam elas diretas ou indiretas, relegando-as ao papel de meras testemunhas da infração ocorrida, e praticamente ignorando seus sentimentos e suas necessidades.

Nas palavras de Elliott, “as vítimas, as pessoas que foram de fato violadas pelo crime, têm seu status usurpado pelo Estado, que relega a elas o papel de testemunhas.”¹⁶

Da mesma forma, o processo de responsabilização daquele que praticou o fato também não ecoa no sistema de justiça criminal. O próprio sistema adversarial estimula o autor do fato a negá-lo (tendo inclusive estímulos para mentir), de modo que, ao invés de assumir a responsabilidade, muitas vezes a rejeita, numa realidade paralela e alienante. Sobrevindo a sentença condenatória, apenas consegue se enxergar ele próprio como uma vítima desse mesmo sistema e não se vê estimulado a se corrigir, mas a continuar agindo da mesma forma.

Além disso, há outra importante questão, pois “o crime cria relacionamentos, mesmo que negativos. A quebra de confiança afeta não apenas os diretamente envolvidos, mas também familiares, amigos e as comunidades às quais a vítima e o ofensor pertencem.”¹⁷

Esses relacionamentos, entretanto, não são objeto de atenção pelo sistema de justiça criminal, e assim não se trabalha nem as causas do dano nem o restabelecimento do tecido social rompido. A Justiça Restaurativa, por sua vez, à medida que se funda nas relações, irá necessariamente abordar os relacionamentos instituídos e as necessidades envolvidas, na busca do fortalecimento da comunidade.

Assevera Elliott: “Dentro da visão ampliada da JR, somos livres para explorar uma infinidade de relacionamentos entre os participantes, como fontes tanto dos danos como da cura, fora dos parâmetros rígidos do conflito na Justiça Criminal”.¹⁸

5. A corresponsabilidade coletiva

Ampliar a lente, fugindo do foco individual, significa reconhecer a responsabilidade de cada um, da comunidade e, inclusive, do Estado na ocorrência do fato danoso. Isso reflete o amadurecimento da comunidade e dos seus governantes, à medida que o mais importante não é se esquivar da culpa, mas sim fazer o que for necessário para cuidar das fontes geradoras do dano, do próprio dano e suas consequências, em um trabalho que objetiva alcançar as necessidades de todos os envolvidos no conflito, admitindo-se as corresponsabilidades.

Elliott ensina:

¹⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 108.

¹⁷ AMSTUTZ, Lorraine Stutzman. *Encontros Vítima-Ofensor: reunindo vítimas e ofensores para dialogar*; tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 31.

¹⁸ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 122.

Realçar o processo como algo que está mais ligado a valores do que a regras (como nas regras para provas e procedimentos familiares ao Sistema Legal) é uma característica significativa da visão holística da JR. Falando especificamente de processos circulares, Carolyn Boyes-Watson observa: “A qualidade do processo é sempre primordial para definir a Justiça Restaurativa e para preservar o que é mais promissor na Justiça Restaurativa como fonte de mudanças institucionais. O processo é o que possibilita o entendimento da questão da responsabilidade como algo simultaneamente individual e coletivo” (2000:449). O argumento aqui é dar vida aos valores em um grupo mais amplo, e não apenas entre os participantes imediatos. A responsabilidade individual é o foco da Justiça Criminal; os processos da JR, que são mais inclusivos e abraçam as comunidades de apoio e a comunidade mais ampla, oferecem o potencial para examinar a responsabilidade e outros valores em um contexto mais amplo.¹⁹

6. A implementação das práticas na busca da transformação

A Justiça Restaurativa conta com um rol de práticas que visam concretizar seus princípios e valores na busca da efetiva transformação do conflito, cuidando das necessidades verificadas e das relações, de modo a fortalecê-las, bem como do tratamento do dano. Por isso, Elliott adverte que “os processos da JR requerem consistência para incorporar e expressar esses mesmos valores centrais”.²⁰

Vale ainda destacar a lição da autora a respeito de valores e o processo restaurativo:

O significado dos valores para um entendimento mais aprofundado da Justiça Restaurativa é encontrado no objetivo da JR de criar lugares seguros para a mudança individual e, portanto, também para a mudança coletiva em direção a uma sociedade civil na qual haja menos danos e tanto as inclinações individuais como as coletivas são voltadas para a redução do sofrimento humano. O processo da JR se submete a valores centrais, gerando questões como: “Esse processo foi respeitoso para todos os envolvidos? Ele incluiu a todos que sentiam que deveriam estar ali? O resultado foi justo para todos os envolvidos?”²¹

Fica evidente que na busca da transformação do conflito, com as consequentes mudanças individuais e coletivas, a proposta é significativa, demandando tempo e reflexão, pois não há imposição de qualquer espécie, mas sim percepções, necessidades que afloram e são identificadas, vínculos que são cuidados ou criados. Pressupõe estar com o outro, de forma respeitosa, sem julgamentos, dando a oportunidade a cada pessoa de expressar seus verdadeiros sentimentos, mesmo diante de dores e traumas muito profundos.

Busca-se a construção de lugares seguros em que os conflitos podem ser olhados em sua profundidade e transformados, sendo mister entender os objetivos da visão transformativa, conforme preceitua Lederach:

¹⁹ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 120.

²⁰ ELLIOTT, Op. Cit., p. 152.

²¹ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 151.

A visão Transformativa abarca dois paradoxos à medida que a ação se desenrola e levanta as seguintes questões:

Como abordar o conflito de modo a reduzir a violência e aumentar a justiça dos relacionamentos humanos?

Como desenvolver a capacidade de interagir de modo construtivo, direto, presencial e, ao mesmo tempo, abordar mudanças sistêmicas e estruturais?

Reduzir a violência e aumentar a justiça – a transformação de conflitos vê a paz como centrada e enraizada na qualidade dos relacionamentos. Esses relacionamentos possuem duas dimensões: nossas interações presenciais e a forma como estruturamos os relacionamentos sociais, políticos, econômicos e culturais. (destaques originais).²²

Evidencia-se, assim, que o objetivo da Justiça Restaurativa não é solucionar processos ou dar respostas resolutivas para acabar com conflitos. A proposta é realmente outra, qual seja, permitir o amadurecimento dos indivíduos e de suas relações, para que efetivamente, com base no verdadeiro eu, que é bom, sábio e poderoso, e existe em cada indivíduo²³, cada um possa conduzir a sua jornada de vida alinhado com o que tem de mais virtuoso.

7. Conclusão

Cada um de nós tem o potencial para fazer a diferença a cada minuto, para se transformar e contribuir com a transformação positiva da coletividade. Sem o despertar desta consciência somos levados na enxurrada da violência que assume diferentes aspectos e formas, que passam despercebidos para uma grande maioria, e que sempre produzem danos, evidentes ou não.

A Justiça Restaurativa nos abre a possibilidade de enxergarmos as verdadeiras causas de nossas ações, entendê-las na sua grande amplitude e profundidade, de maneira integrada e holística, possibilitando que a transformação do caráter e do modo de vida sejam vivenciados a partir de si.

Nas precisas palavras de Elliott:

a ideia é tornar-se mais competente e comprometido como cidadão, em casa e na comunidade, de modo a precisar se apoiar menos em instituições governamentais formais para resolver nossos problemas. Justiça Restaurativa diz respeito a nós, como somos no mundo em nossa vida diária, como encaramos os problemas com os quais nos confrontamos e como respondemos a eles. Sua base é a crença de que “não podemos alcançar algo bom de uma maneira ruim – nunca. (destaque original)²⁴

²² LEDERACH, John Paul. *A imaginação moral: arte e alma da construção da paz*. Tradução de Marcos Fávero Florence de Barros. São Paulo: Palas Athena, 2011, p. 33-34.

²³ BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay-Watson. *No coração da esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção de paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis*. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011, p. 22.

²⁴ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 39.

Enfim, o caminho está sendo trilhado, e há muito trabalho pela frente para restauração da paz e do amor na consciência do Ser Humano! Vamos precisar de todo mundo.

Os ensinamentos sagrados de nossos ancestrais ressoam profundamente na eternidade, e agora os rumos da história dependem de nós! Nós somos os guardiões da vida no planeta Terra, responsáveis pelo equilíbrio entre todos os reinos da Natureza. Hoje, aqui e agora!

A floresta acordou!

8. Referências:

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman. Encontros Vítima-Ofensor: reunindo vítimas e ofensores para dialogar; tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019.

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay-Watson. No coração da esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção de paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

DISKIN, Lia. Entrevista: Sistema punitivo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fPoacGR-MsI>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

_____. Prólogo. Comitê Paulista para a Década da Cultura de Paz. Guia de Cultura de Paz, 1. ed., São Paulo, 2007.

ELLIOTT, Elizabeth M. Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis. Tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

LEDERACH, John Paul. A imaginação moral: arte e alma da construção da paz. Tradução de Marcos Fávero Florence de Barros. São Paulo: Palas Athena, 2011.

_____. Transformação de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MULLER, Jean-Marie. O princípio da não-violência. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.

PRANIS, Kay. Processos Circulares de Construção de Paz. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

STF. ADPF 347 MC/DF. Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

SALM, João apud KAYINGO, Gerald; HASS, Virginia McCoy. *The Health Professions Educator*. New York: Springer Publishing Company, 2018.

TOLLE, Eckhart. *Um novo mundo: o despertar de uma nova consciência*. Tradução de Henrique Monteiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2007.

VELLOSO, Caetano. Um índio. Disponível em: < <https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/44788/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

**Justiça Restaurativa e a Retificação dos Nomes:
a Alquimia no Sistema de Justiça**

Fernando Cezar Carrusca Vieira

Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Especialista em Direito Público e Processual Penal pela CADE/UGF-MG-RJ. Graduado em Direito pela UFMG.

Sumário:

1. Introdução.
2. O Sistema Retributivo e a alegoria da *máquina de julgar causas*.
3. Resultados quantitativos e qualitativos da Justiça Criminal.
4. *A máquina de julgar causas e a peça humana*.
5. Retificando os nomes.
6. Justiça Restaurativa e a alquimia no Sistema de Justiça.
7. Conclusão.
8. Referências bibliográficas.

Resumo:

O presente artigo se propõe, inicialmente, a refletir sobre o modelo de Justiça Criminal, de índole retributiva e sustentado numa visão mecanicista do mundo, a partir do uso da alegoria de uma *máquina de julgar causas*, expondo as consequências práticas de sua operação, assim como *gap* existente entre suas promessas e a realidade, para, na sequência, sustentar, pela retificação dos nomes, a necessidade premente de que revisitemos os nomes e as designações utilizadas, de forma a depurar sentidos de possíveis ideias de justiça, com recurso aos termos *niti*, *nyaya*, e *matsyanyaya* da antiga literatura sânscrita sobre ética e teoria do direito, a fim de reposicionarmos nossas palavras e intenções na (re)construção do Sistema de Justiça. Após, é apresentado o paradigma de superação, incluindo sua representação simbólica, proposto pela Justiça Restaurativa como forma de construção, a um só tempo, de uma ideia e uma experiência de justiça ética, participativa, inclusiva, cooperativa, com centro de imputação nos relacionamentos, e que, fundada na alquimia que transmuta uma cidadania individualista e oportunista para uma cidadania consciente, conectada e interdependente, olha para as necessidades e para o futuro, tendo a paz como causa e consequência, em busca de soluções para todos, sem exceção. Como recomendações práticas, ao final é sugerido o prosseguimento do estudo e do trabalho de conscientização e empenho inicial em projetos de pequena escala, alinhando-se aos princípios ecológicos de renovação, a progressiva desvinculação da Justiça Criminal do âmbito do Poder Judiciário para integração em rede, sustentada pelo enfoque restaurativo em sua autoimagem e na operação em rede.

Palavras-chave: 1. Justiça Restaurativa. 2. Justiça Criminal e Sistema de Justiça. 3. Ideia de justiça. 4. Retificação dos nomes e alquimia. 5. *Niti*, *Nyaya* e *matsyanyaya*.

Abstract:

This paper proposes, initially, to reflect on the model of Criminal Justice, of a retributive nature and sustained in a mechanistic view of the world, from the use of the allegory of a machine to judge causes, exposing the practical consequences of its operation, as well as the gap between its promises and reality, in order to sustain, through the rectification of the names, the pressing need for us to revisit the names and designations used, in order to debug meanings of possible ideas of justice, using the terms *niti*, *nyaya*, and *matsyanyaya* from ancient Sanskrit literature on ethics and legal theory, in order to reposition our words and

intentions in the (re)construction of the Justice System. Afterwards, the overcoming paradigm is presented, including its symbolic representation, proposed by Restorative Justice as a way of building, at the same time, an idea and an experience of ethical, participatory, inclusive, cooperative justice, with a center of imputation in relationships. , and which, based on the alchemy that transmutes an individualistic and opportunistic citizenship into a conscious, connected and interdependent citizenship, looks to the needs and to the future, having peace as a cause and a consequence, in search of solutions for everyone, without exception. As practical recommendations, at the end, it is suggested to continue the study and the work of awareness and initial commitment in small-scale projects, in line with the ecological principles of renewal, the progressive decoupling of Criminal Justice from the scope of the Judiciary for integration into a network, supported by the restorative approach to their self-image and network operation.

Keywords: 1. Restorative Justice. 2. Criminal Justice and Justice System. 3. Idea of justice. 4. Rectification of names and alchemy. 5. Niti, Nyaya and Matsyanyaya.

1. Introdução

A ideia e os desejos dos auspícios da paz estão, com algumas possíveis, variações, naquilo que desejamos a alguém e ao mundo, sobretudo em ocasiões especiais, quando estamos no nosso melhor e quando queremos o melhor. Também sujeito a variações, paz evoca a não violência, verdade, caminho, intenção e propósito, o fim das hostilidades, a dissolução dos obstáculos.

Por esta e outras razões, a humanidade tem laborado para a construção de regras, instituições e práticas que, em última análise, favoreçam a construção e a preservação da paz, tal como se depreende das declarações de direitos, em âmbito internacional ou interno, nas constituições dos Estados soberanos.

Nessa linha de pensamento, atribuiu-se ao direito penal a tarefa de tutelar os bens mais caros ao ser humano, aqueles sem os quais a paz é ameaçada. Tutelamos, então, a vida, a liberdade, a verdade, a confiança, a integridade física, psíquica e moral, a saúde, a segurança, o meio ambiente, os recursos comuns e individuais, a fé, enfim, a dignidade.

A vida segue seu fluxo, e o rol de crimes tipificados já ultrapassou o seu primeiro milhar. Os casos julgados e baixados superam a casa dos milhões, a população carcerária é a terceira do mundo e dentre as penas aplicadas, mais da metade superam os 8 anos de reclusão, havendo mais de 20 mil casos com penas acima de 30 anos e aproximadamente 1 mil acima de 100 anos ¹.

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE-3ZTgtZGNjY2ZlNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTO0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

O trabalho não falta, a demanda não cessa, e constante é o sentimento de insegurança e de que as coisas não vão nada bem, sobretudo diante do desafio que se intensifica com a ação e expansão das organizações criminosas e das milícias, inclusive para dentro das corporações e do próprio Estado soberano.

Tal estado de coisas em nosso sentir, mais do que colocar em xeque a confiança na capacidade do Estado soberano em cumprir as promessas iluministas, sobretudo em relação às fragilidades dos processos democráticos ao estilo excessivamente delegativo, pode e deve nos levar a repensar as mais basilares crenças referentes ao design de nossa Justiça Criminal.

A percepção é de que os embates entre penalistas discorrem sobre garantismo e punitivismo e divergem quanto à interpretação de regras, enquanto questões como a capacidade do sistema em fazer o que é certo, fazer o bem, cuidar da cura e do atendimento das necessidades de todos os afetados pela violência e, com isso, promover a paz social ficam restritas a debates marginalizados e a outros campos das ciências sociais. O sistema profissionalmente se fecha nas figuras típicas e no ofensor, excluindo de sua moldura de considerações as vítimas e o rastro de destruição ².

Sob este prisma, o presente trabalho se propõe, inicialmente, a refletir sobre o Sistema de Justiça Criminal, utilizando como chave de leitura a alegoria de uma *máquina de julgar causas*, identificando sua forma e método de operação, assim como o produto que se dispõe a entregar.

Na sequência, busca-se diagnosticar e evidenciar as consequências práticas do operar desta *máquina* na vida social, e o descompasso entre seu produto e os objetivos propostos.

Após, serão explorados os limites e a superação da visão mecanicista de mundo, enquanto marco teórico do sistema atual, demonstrando-se como a *peça* humana transcende os limites do controle do sistema atual, que, entretanto, restringe a experiência jurídica em prol de um comando e controle que, paradoxalmente, só faz incentivar a postura egocentrada que condiciona o ser humano e obstrui a emancipação constritiva da paz.

Posteriormente, com recurso à retificação dos nomes de Confúcio, o objetivo será revisitar as designações atribuídas ao sistema, demonstrando-se a importância da palavra, enquanto mensagem e intenção. A seguir, com o refinamento da ideia de justiça proposto por Amartya Sen, recorreremos aos termos *niti*, *nyaya* e *matsyanyaya*, para nos referir aos escopos e percepções distintas das ideias de justiça, assim qualificando o que temos, sugerir para onde podemos avançar, e o que importa obstar.

A Justiça Restaurativa será apresentada na parte seguinte, considerando-se os referenciais teóricos, filosóficos e revelados pela sabedoria ancestral e dos povos tradicionais. Serão considerados achados de pesquisas empíricas realizadas junto a determinadas populações prisionais e apenadas e agentes policiais militares, correlacionando-se às capacidades e fins propostos pela Justiça Restaurativa (e em oposição ao sistema retributivo),

² Cf. ELLIOTT, 2018.

as ocorrências referentes à motivação para crime, maiores receios, média de idade e expectativa de vida e aspecto potencialmente hábeis a ensejar a prevenção/recuperação do delito. Esta parte termina com a apresentação da distinção entre a ideia de ser humano do sistema retributivo em face da vislumbrada pelo paradigma restaurativo, assim como com a exposição da representação simbólica da possibilidade de uma nova forma emancipadora de experimentar a justiça, superando-se as limitações dos ciclos mediados pelo Estado soberano.

Ao final, oferecemos nossas conclusões e um rol de recomendações práticas para prosseguimento dos estudos e caminhar da Justiça Restaurativa, enquanto transição paradigmática que sentimos necessária para realinhamento entre a ideia de justiça e a paz, enquanto objetivo e caminho pessoal e coletivo, integrando-a ao fluxo do modo como queremos viver ³.

2. O Sistema Retributivo e a alegoria da máquina de julgar causas

A denominada Justiça Criminal brasileira possui esquema formal-organizatório similar àqueles identificados em outras democracias ocidentais, que espelha no mundo jurídico uma visão mecanicista ⁴, legado de processos coloniais e demais influências externas e culturais que se seguiram no tempo. É construída e operada pelo Estado soberano na forma de uma estrutura comparável a uma máquina, ou engrenagem, autônoma, dentro da concepção do conjunto de agregados de subsistemas e instituições (política, economia, saúde, educação, entre outros) componentes do Sistema Social mais amplamente considerado.

O seu funcionamento inicia-se com o registro de notícia, tida como plausível, de violação a uma regra de direito penal, passando pelas etapas de abertura do caderno de investigação até o desenvolvimento de etapas subsequentes a uma acusação (reduzida em aspectos objetivos e subjetivos, ou seja, materialidade e autoria), culminando com o julgamento da causa ou conflito criminal (fechamento do caso), quando, seguindo-se a lógica da dualidade (direito/não-direito ou legal/ilícito), atribui-se ou não a responsabilidade criminal, notadamente por meio da dosagem, fixação e execução de uma pena ou reprimenda àquele indivíduo reconhecido como ofensor.

Consoante objetivos declarados, e com recurso a sistemas de regras hierarquicamente superiores (Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos),

³ Como nos inspira Elliott, 2018.

⁴ Percepção de mundo marcada na fragmentação e dualidade. Como prelecionam CAPRA; MATTEI, 2018, p. 28, “na ciência, o paradigma mecanicista que passou a existir nos séculos XVI e XVII introduz uma ênfase na quantificação, incorporada por Galileu Galilei, e no domínio do homem sobre a natureza, defendido por Francis Bacon; a concepção do mundo material como uma máquina separada da mente, promovida por René Descartes; o conceito newtoniano das ‘leis da natureza’, objetivas e imutáveis; e uma visão racionalista e atomista da sociedade, promovida por John Locke. [...] Já a teoria do direito, o paradigma racionalista e mecanicista desenvolvido pelos juristas do século XVII como Hugo Grotius e Jean Domat, vê a realidade como um agregado de componentes distintamente definíveis, proprietários cujos direitos individuais são protegidos pelo Estado soberano. De fato, a propriedade e o Estado soberano, respectivamente defendidos por John Locke e Thomas Hobbes, são dois princípios organizadores da modernidade jurídica. Além disso, ainda segundo a tradição cartesiana, o direito é visto como uma estrutura ‘objetiva’, separada do sujeito individual”.

procura-se calibrar o maquinário para que funcione em equilíbrio ou no ponto médio do espaço de movimento pendular possível entre a arbitrariedade, de um lado, e a inefetividade ⁵, de outro, almejando-se que a reprimenda, cuja índole é essencialmente retributiva, por mais que variem os teóricos da pena, ou seja, centrada na ideia de atribuir um mal – e inafastável tal como a *lei da gravidade* –, possa, a um só tempo, (i) afirmar a validade da regra violada, dando uma resposta e uma mensagem à sociedade ⁶,(ii) assim como reparar, por condicionamento, o indivíduo (ou peça infratora no tecido social), atomizado e que passa a ser qualificado como contraventor ou criminoso condenado. Desse esquema de comando e controle da conformação de comportamentos (abster-se do tipo) decorreria o concurso do direito penal para os objetivos maiores declarados pelo mundo do Direito, quais sejam, a pacificação social, a concretização dos direitos fundamentais, a garantia ao indivíduo e ao coletivo das condições para desenvolvimento de um projeto próprio e harmônico de felicidade.

Nesta alegoria, sob o império da razão, a matriz de normas e operações do sistema funciona por códigos de operações verticalizadas, de modo que as regras materiais e procedimentais são estabelecidas mediante monopólio da regra de competência, que está a regular a atuação de políticos e os então denominados operadores do direito, buscando afirmar-se sob às luzes da razão e do crivo do rigor do conhecimento dogmático.

Nesta ordem, como exposto por Gico Júnior, “o mecanismo de revelação e agregação de preferências sociais – ainda que imperfeito – é o Estado, por meio do Poder Legislativo composto pelos representantes do povo ⁷”, que “se manifesta predominantemente pelo direito, por meio de leis ⁸” postas como instrumento para o trabalho dos operadores do direito junto à materialidade da vida social de determinado território. E os ciclos de *feedback* entre o trabalho de legisladores e operadores do direito na mediação da vida social levariam à construção/revisão do *manual* da mencionada máquina e de sua prática.

Há pouco ou nenhum espaço para os denominados leigos ou não enquadrados na regra de competência. O maior espaço à cidadania é, sem dúvida, na condição de destinatária do trabalho. Quase toda experiência é mediada, desde a seleção dos fatos relevantes até o que deve ser feito, assim como se seguem as abstrações e generalidades, e nomes técnicos, científicos, os jargões que substituem ou se tornam inacessíveis à comunicação da experiência concreta no tecido social.

Sob este prisma, o crime, cujo conceito é analítico, corresponde simbolicamente ao mau funcionamento da peça (ou indivíduo) de acordo com as regras do grande *manual*. E,

⁵ Conforme preleciona Gico Júnior (2019, p. 41), “a efetividade seria o que os administradores chamam de a capacidade de produzir a coisa certa”, concretizada no seguinte argumento do referido autor: “efetividade é eficiência alocativa e eficiência dinâmica, isto é, ser efetivo é não apenas produzir (ser eficaz) ao menor custo possível (eficiência produtiva), mas produzir o que gera a maior utilidade possível para a organização que está produzindo (eficiência alocativa), hoje e amanhã (eficiência dinâmica)”.

⁶ Como expõe Elliott (2018, p. 62-63), “frequentemente a punição é explicada como mera consequência de uma ação, semelhante a uma lei natural”, cuja utilidade é, sobretudo, simbólica e presença na crença universal e popular “de que a punição é utilitária – uma resposta apropriada à transgressão – porque ela educa o transgressor e corrige seu comportamento”.

⁷ GICO JÚNIOR (2020, p. 93-94).

⁸ *Ibidem*.

por sua vez, enquanto consequência, a pena ou reprimenda centra-se na imposição externa de restrições ou privações (aspecto retributivo) ao indivíduo (ou peça) tachado de infrator e criminoso (estigma), com atenção bastante limitada, reduzida e secundária - ou não raro inexistente - a eventuais danos concretos envolvidos no caso.

Quanto ao fator tempo, o período de operação é limitado pelas regras de prescrição que fulmina a pretensão de um desfecho, enquanto vivo o suposto infrator, refletindo, ademais, a necessidade de transcurso das fases procedimentais, que, no caso brasileiro, abrangem, em regra, a repetição da fase investigativa na fase processual, e a potencialidade de que cada questão, desde a instauração do caderno apuratório, possa ser individualmente levada a quatro instâncias de julgamento.

O produto é, ao fim e ao cabo, a opinião jurídica (*output*) tida por predominante dentro de um caso concreto, revelada por um ou pela maioria dos operadores do direito legitimados apenas pelas regras de competência (juízos ou tribunais), que, a partir dos instrumentos ou *inputs* da presumida razão imanente às abstrações e generalidades trabalhadas pelo legislador (normas-padrão), aplicados sobre os fatos tidos como relevantes na materialidade do conflito (denúncia e provas), depois de cumpridas as etapas de um procedimento previamente regulamentado na presunção da presença dos auspícios do conhecimento técnico, do profissionalismo e da imparcialidade, atribui ou não responsabilidade criminal individual, e, em sendo este o caso, fixa a reprimenda ou punição concreta (índole retributiva), dentre os limites abstratos preteritamente estabelecidos, na premissa (ou mera expectativa) de que a consequência imposta, na pior das hipóteses a privação da liberdade, sirva de resposta racional à sociedade, no sentido de que a regra é válida e de algo foi feito, a par de prestar-se ao indivíduo e ao coletivo para fins preventivos e de aprendizado.

Esse é o escopo da máquina, de modo que a justiça ocorreria no julgamento das causas para comando, controle e conformação de comportamentos, medindo-se em números, em que pesem a dedicação e esforços de diversos operadores do direito e demais atores sociais.

Ao funcionar desta forma, as leis orçamentárias brasileiras são sinceras, nos trechos referentes ao Sistema de Justiça, notadamente no aspecto criminal, ao preverem e destinarem recursos e ações orçamentárias para o que se denomina especificamente *julgamento de causas*⁹, e não para uma *distribuição de justiça*, que fica implícita na mentalidade coletiva como um subproduto presumido, mas que pode estar presente ou não, sem que se apresentem mecanismos para sua verificação dentro do próprio operar desse sistema.

3. Resultados quantitativos e qualitativos de operação da Justiça Criminal

⁹ Cf. BRASIL. Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2022 e dá outras providências, Anexo I, inciso XIV, ações 6359, 4263, 4257, etc. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2022/proposta/proposta.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

No contexto do Sistema de Justiça Criminal, apesar dos objetivos declarados, a concepção do mecanismo de justiça enquanto julgamento de causas apresenta resultados dos quais despontam a operação pendular, predominantemente, travada de modo mais próximo dos extremos da arbitrariedade ou da inefetividade.

Do Relatório *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ¹⁰, colhe-se que a *máquina de julgar causas* tanto é demandada, quanto produz bastante. Segundo referidos achados, em 2020 houve o ingresso de 1,9 milhão de casos criminais novos em face de 2,1 milhões de casos baixados, com a identificação de 5,9 milhões de casos pendentes, mantendo-se a tendência, desde 2015, de superávit na resolutividade no ano. E no âmbito das execuções penais, foram iniciadas 312 mil execuções em 2020 (160 mil referentes à pena privativa de liberdade), diante de 1,7 milhão de execuções penais pendentes (1,14 milhão de processos pendentes referentes à pena privativa de liberdade).

E isto, sem considerar a subnotificação de casos, assim como a existência de casos não solucionados, ou que sequer dão ensejo à instauração do processo-crime por falta de elementos ¹¹.

Quanto aos resultados concretos, no Brasil, a taxa de população em prisões está no importe de 332 em cada 100 mil habitantes ¹², com prevalência de homens jovens pretos e pardos ¹³. Tais números conduzem a uma população carcerária total de 682.182 em números atualizados para 17/05/2021, ocupando o país a terceira posição mundial, atrás apenas da China e Estados Unidos, mas à frente de países mais populosos como a Índia ¹⁴, por exemplo.

Dados do Sistema Penitenciário Nacional ¹⁵, por sua vez, atualizados até o período de julho a dezembro de 2019, indicam 748.009 presos, dos quais 362.547 em regime fechado, 133.408 em semiaberto e 222.558 de presos provisórios, dos quais 44,79% com média de idade de 18 a 29 anos e 17,32% entre 30 e 34 anos, havendo 9,68% sem informação. Com relação à incidência por tipo penal, num universo de 989.263, o importe de 954.898 refere-se às ocorrências do público masculino, sendo que 50,96% referem-se a delitos contra

¹⁰ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021* / Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

¹¹ Cf. Levantamento efetuado pelo Instituto Sou da Paz aponta o índice de apenas aproximadamente 33% de resolução dos casos de homicídio em face de 92% na Europa e 43% nas Américas. Disponível em: <<https://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹² O país ocupa o 26º lugar dentre 222 países e territórios. Dentre os Estados da Federação, Mato Grosso do Sul tem a taxa de 748. Cf. SILVA; GRANDIN; CAESAR; REIS, 2021, G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹³ “Além da precariedade do sistema carcerário, as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam, via de regra, contra a população negra e pobre. Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. E, ainda, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda”, conforme Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁴ SILVA; GRANDIN; CAESAR; REIS, 2021, G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹⁵ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAyY2IyMS00OWJlLWE-3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTO0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

patrimônio, seguido de 20,28% de incidências referentes a Drogas (Lei nº 6.368/76 e nº 11.343/06). Os crimes contra pessoa representam 17,36% das incidências. Quanto às penas aplicadas, considerando-se o predominante público masculino, identifica-se 96.055 com pena aplicada de 4 a 8 anos; 83.761 de 8 a 15 anos; 34.247 de 15 a 20 anos; 28.316 de 20 a 30 anos; 14.953 de 30 a 50 anos; 5.294 de 50 a 100 anos; e 1.105 com pena aplicada superior a 100 anos.

Em termos qualitativos, os achados da pesquisa, levada a efeito na pesquisa de Reentradas e reinterações infracionais do CNJ ¹⁶, revelaram que a taxa de retorno ao sistema atinge o patamar de 42,5% entre os adultos, ante 23,9% entre os adolescentes que retornaram ao menos uma vez ao sistema socioeducativo no período entre janeiro de 2015 e junho de 2019 ¹⁷, sugerindo-se no relatório do CNJ o melhor funcionamento das medidas adotadas no âmbito socioeducativo, tais como liberdade assistida.

Ademais, dados do *World Justice Project Rule of Law Index*, abrangendo 139 países e jurisdições, registram a Justiça Criminal brasileira no 117º lugar quanto à eficácia da investigação, 133º lugar quanto ao caráter oportuno e eficaz da adjudicação criminal, 131º lugar quanto à aptidão de reduzir o comportamento criminoso, 138º lugar quanto à imparcialidade, 66º lugar quanto à ausência de corrupção, 50º lugar quanto à independência em relação à influência imprópria do governo, e 119º lugar quanto ao respeito aos direitos e garantias do acusado ¹⁸.

Nestas condições, é possível inferir que a máquina sobre a qual opera a Justiça Criminal brasileira julga (fecha) anualmente mais de 2 milhões de casos frente a quase 2 milhões anuais de casos novos, o que demonstra que há trabalho, no mínimo substancial, de investigação e conclusão ou fechamento dos conflitos criminais, cujo importe das penas aplicadas (e em execução) em mais da metade superou o importe de 8 anos, havendo a identificação de mais de 20 mil penas concretas acima de 30 anos. E isto concorreu para conduzir o país ao estabelecimento da terceira maior população carcerária do mundo, ainda que em face do grande número de presos provisórios e casos sequer levados à apreciação por ausência de solução investigativa de base.

Entretanto, os aspectos quantitativos não se refletem positivamente nas evidências colhidas junto às apurações de índole mais qualitativa. Os dados apurados indicam persistir o senso de que o Sistema de Justiça Criminal brasileira falha na investigação, é morosa no operar do julgamento de causas, e não é efetiva na redução da criminalidade ou na imposição de travas à reincidência, além de atuar de modo parcial e descompassado com o devido processo legal. O operar é tido como falho, e, mais grave que isso, não se vê efetividade.

¹⁶ Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019.

¹⁷ A taxa de reincidência criminal na Noruega é de 20%, a mais baixa do mundo.

Em outros países, como o Reino Unido, chega a 46%, e nos EUA 76% das pessoas que deixam a prisão voltam nos cinco anos seguintes. Cf. BEVANGER, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160317_prisoos_noruega_tg>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹⁸ WJP RULE OF LAW INDEX. World Justice Project. Overall Index Score, 2021. Disponível em: <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

Nesse cenário, fica o questionamento quanto à aptidão ou não da conclusão dos 5,9 milhões de casos pendentes, assim como o início de cumprimento do 1,14 milhão de penas privativas de liberdade referentes a casos já julgados, para alterar positivamente o estado de coisas no plano qualitativo.

Em outros termos, considerando apenas os casos já julgados, o triplicar da atual população carcerária levaria a um sentimento compartilhado de segurança e efetividade do sistema ou de que há, de fato, distribuição de justiça criminal?

Ou é momento de despertarmos para o que o juiz Barry Stuart, aposentado do Tribunal Territorial de Yukon, no Canadá, citado por Elizabeth Elliott, denominou de *marcha da insensatez*, nos seguintes termos:

Apesar de uma observação amplamente disseminada e bem sedimentada de que não podemos remover o crime da comunidade somente removendo os criminosos, e que o Estado não pode jamais substituir efetivamente o bem-estar proporcionado pelas famílias e comunidades, persistimos desesperadamente tentando fazê-lo. Esta é a nossa Marcha da Insensatez.¹⁹

4. A máquina de julgar causas e a peça humana

A visão mecanicista de mundo está na base do operar da *máquina de julgar causas* subjacente à Justiça Criminal, e busca amparo na concepção de que as ações se desenvolvem num cenário razoavelmente neutro, fortes na ideia de liberdade individual da *peça* humana – centrada ou que deveria ser centrada na razão –, passível de reconstrução objetiva pelo observador externo, dada a dualidade sujeito-objeto, revelando-se a possibilidade da causalidade e as circunstâncias da ação delitiva ser subsumida pelo sistema no processo de aplicação da norma-padrão pretérita, abstrata e genérica, a qual, por sua vez, representaria a razão objetivada no processo democrático como “agregado legítimo dos valores e preferências da sociedade ²⁰”.

O primeiro e grande entrave a despontar para o funcionamento deste legado tecnológico disponível no Século XXI é que tanto a *peça* a ser processada, quanto o operador que a processa, têm natureza humana, e, logo, complexos e multidimensionais, irreduzíveis aos mais concretos e diversos aspectos da existência, tais como história de vida, mercado, mídias, crenças, formação educacional, talentos ou dons, relacionamentos interpessoais e com o meio ambiente mais amplamente considerado, locais de convivência presenciais ou virtuais, entre outros. Todos sujeitos a uma interpretação do mundo de forma dependente da própria mente.

De plano dissolve-se a propalada objetividade da operação, que não vai sozinha, eis que o vigor da legitimação moral para o peso da arrogância para a imposição

¹⁹ ELLIOTT, 2018, p. 56.

²⁰ GICO JÚNIOR, 2020, p. 93.

do castigo também se esvai. A racionalidade é limitada e a liberdade de ação é relativa. Com condicionamentos anteriores, nenhuma ação pode se afirmar própria e puramente livre.

Ademais, os fenômenos, entre os quais o da violência e da criminalidade mais ampla, num olhar mais acurado, não possuem existência inerente, estando a depender da reunião de partes ou da coleção de partes levadas a um contexto fático ²¹, por uma irreduzível e infinita rede de causas e condições produzidas pelo movimento inercial das forças resultantes de ações e reações num cenário mais amplo, a *teia da vida* ²².

Importa, neste ponto, reconhecer e observar os avanços das ditas ciências da natureza, sobretudo as mais brutas como a biologia e a física, especialmente a teoria quântica e a genética, que nos informam da origem compartilhada das manifestações da vida na mesma natureza, a energia, e das ínfimas diferenças entre as constituições genéticas e vibracionais dos seres humanos em relação a outras formas de existência e manifestação ²³, a confirmar saberes sagrados e ancestrais. Neste sentido, está dito no *Bhagavad-Gita* que os sábios humildes, em virtude do conhecimento verdadeiro, veem com visão equânime um brâmane erudito e cortês, uma vaca, um elefante, um cachorro e um homem de casta inferior ²⁴.

Logo, nem o crime é algo que simplesmente surge na vida em sociedade – havendo um imenso *ponto cego* na operação sistema – e nem o criminoso é um ser ontologicamente distinto. Como expõe Khalil Gibran, citado pela filósofa Lúcia Helena Galvão:

Frequentemente, tenho-vos ouvido falar daquele que comete uma ação má como se não fosse dos vossos, mas um estrangeiro entre vós, um intruso em vosso mundo. Mas eu vos digo: da mesma maneira que o santo e o justo não podem elevar-se acima do que há de mais elevado em vós, assim, o perverso e o fraco não podem descer abaixo do que há de mais baixo em vós.^{25 26}

Ademais, neste contexto, não bastasse as normas gerais isoladas não esgotarem a complexidade da vida ²⁷, o próprio Estado soberano, assim como o seu direito ficam despídos de sua pressuposta objetividade, importando perceber o caráter subjacente da amplitude da rede de causas e condições conducentes à formação e hodierna atuação estatal, nos seus mais

²¹ Cf. O pequeno Buda: entrando na correnteza, 1994.

²² Cf. CAPRA; MATTEI, 2018.

²³ Cf. Ibidem.

²⁴ “Os corpos são produtos dos diferentes modos qualitativos da natureza material, mas a alma e a Superalma dentro do corpo têm a mesma qualidade espiritual” (Bhagavad-gita: Como Ele é / A. C. Bhaktivedanta Swami Prabhupada; tradução de Antônio Irapuam Ribeiro Tupinambá, Robson Guia Chepkassof Chaves, Enéas Guerriero. – 7. Ed. – Pindamonhangaba, SP; The Bhaktivedanta Book Trust, 2017, Capítulo 5, verso 18, p. 212).

²⁵ GALVÃO, 2015.

²⁶ Da 7ª arte se colhe da personagem de Ruth Slater, interpretado por Sandra Bullock, no filme Imperdoável, 2021, o seguinte diálogo com seu agente de liberdade condicional, quando a protagonista percebe que não há redenção possível dentro do sistema social, e o agente expõe a encruzilhada dos egressos: Ruth: “Tem razão. Assassina de policial sempre”. O Agente responde: “Se fosse passar sermão, eu diria que todos acabam aqui. Você tem que decidir como vai ser, porque o mundo não é como você pensava. Tudo que aprendeu na cadeia faz com que possa voltar lá”. Todavia, Ruth responde: “As pessoas daqui são iguais as da cadeia. Exatamente iguais”. E o agente finaliza: “A pergunta é se você quer ser igual”.

²⁷ CARVALHO NETO, 2003. p. 141-163, p. 157.

diversos aspectos e enfoques, a refletir as relações de poder e violência encontradas no tecido social em que se insere, o que possibilita entender melhor porque as coisas não vão bem.

Como afirma o Professor José Reinaldo de Lima Lopes, “o sistema jurídico brasileiro é ineficaz e as interações sociais fundam-se em estratégias de sobrevivência casuística”²⁸, sendo “a desigualdade um problema central para a cultura jurídica brasileira”²⁹. E, por ser ineficaz e as interações sociais fundarem-se em estratégias de sobrevivência casuística, com Lopes ainda podemos afirmar que “o direito pode reforçar uma dinâmica social de exclusão e não-cooperação, de valorização do particular sobre o público, do estímulo ao *free rider*, o predador, o ‘carona’³⁰, convertendo-se uma luta por direitos em luta por privilégios, dando ensejo ao casuismo e à seletividade do sistema nos processos de elaboração e aplicação da lei.

E há mais. Como fruto monopolista do Estado soberano, não apenas se percebe que o *cliente* da Justiça Criminal, notadamente no sistema prisional, não está representado nos centros de tomada de decisão, como a própria sociedade, em perspectiva mais ampla, vê-se alijada. Os ciclos de *feedback* são sempre mediados por políticos e especialistas, de acordo com suas próprias preferências e visões de mundo³¹.

Sobre o tema, apesar de o conhecimento científico ser apenas um dos pilares do conhecimento³², expõe Krishnamurti, citado por Roberto Crema, que: “Dividimos a vida em compartimentos e cada compartimento tem seu especialista próprio; e as esses especialistas temos confiado as nossas vidas para serem moldadas em conformidade com o padrão por eles escolhido”³³.

Todavia, tal como assevera o juiz e grande jurista Oliver Wendell Holmes, citado por Capra e Mattei, “a vida do direito não é lógica; é uma experiência³⁴”, sendo o direito da comunidade um bem comum. Conforme referidos autores, importa

²⁸ LOPES, 2006, p. 99.

²⁹ Ibidem, p. 113.

³⁰ Ibidem, p. 99.

³¹ Neste ponto, questionando se a democracia americana funciona para todos ou para um pequeno grupo, ou seja, quanto poder político os cidadãos comuns têm, Robert Reich, economista americano e ex-secretário de Trabalho da gestão Clinton, no documentário *Salvando o Capitalismo* (2017), sustenta com base em achados de trabalhos de pesquisa nas universidades de Princeton e Northwestern, que, num período base de 20 anos (1982 a 2002), se grandes empresas e indivíduos ricos, independentemente de partidos políticos, querem ver uma lei aprovada, há quase 60% de chance de que será aprovada, e que se não querem uma certa lei, ela não é aprovada, ao passo que, com relação à cidadãos comuns, questões que quase ninguém apoia têm 30% de chance de se tornar lei; questões que quase todos apoiam, também 30%, de modo que na maior democracia global, “as preferências do americano comum parecem ter apenas um minúsculo, quase nulo, e estatisticamente insignificante impacto nas políticas públicas”.

³² Podemos destacar a seu lado a Filosofia, a Tradição e a Arte.

³³ CREMA, 1989, p. 91.

³⁴ CAPRA; MATTEI, 2018, p. 264.

Recuperar a consciência de que o sistema jurídico é um bem de propriedade coletiva – isto é, abordar o sistema jurídico como um bem e recurso comum (*common*) – é uma parte crucial da estratégia de, finalmente, pôr as leis humanas em sintonia com a natureza e a comunidade. O direito não é um sistema morto de princípios e normas escritos em livros que só os iniciados são capazes de entender. Ao contrário, tem presença viva e é uma expressão de nosso comportamento ético e social, formado pelas obrigações que temos uns para com os outros e para com os *Commons*. Se vier a ser percebido como tal por toda a comunidade, poderá tornar-se novamente ativo e generativo. Desse modo, o direito é uma expressão da “totalidade” – algo muitíssimo diferente do conjunto de suas partes, mas produzido por uma relação entre elas, sem exploração e abuso.³⁵

Sendo este o cenário, de fato, não há por que estranhar o reconhecimento de que o conceito de crime é focado na violação da regra objetiva, pouco ou raramente considerando aspectos mais amplos concernentes às causas, e aos eventuais danos e necessidades concretas e específicas de todos os afetados (vítimas, ofensores e comunidades) pela conduta apontada como delituosa.

O processo criminal transforma-se num *jogo de soma zero* estabelecido entre o Estado, usurpador do conflito e das posições da vítima, e o acusado, em presumida condição de inferioridade, independentemente de seu real poder de representação ³⁶, em torno do objetivo de, ao final de certas etapas procedimentais, atribuir-se a responsabilidade criminal na presença de condições e evidências para além de qualquer dúvida razoável, ou a ausência de responsabilidade, em função da inexistência do crime, de comprovação de autoria, ou presença de dúvida razoável.

Com isso, o design de incentivos para os agentes estatais fica predominantemente circunscrito às necessidades de distanciamento (imparcialidade ou ausência de conflitos de interesses) e julgamento (ou fechamento do caso) a partir de metas fixadas, enquanto para acusados e representantes, o principal incentivo é o de ocultar a verdade ³⁷, forte na garantia da presunção de não-culpabilidade. O que, sem dúvida, é muito bem precificado numa sociedade de mercado.

Sobre este aspecto, Elizabeth Elliott afirma que “É difícil imaginar um Sistema de Justiça Criminal no qual a punição seja livremente abraçada por seus destinatários, em vez de ser uma imposição coercitiva [...] sabemos que a primeira vítima da punição é a verdade.” ³⁸

Sob este prisma, a geometria do sistema é autocentrada, baseada em como as ações podem afetar os próprios agentes, e não aos outros, exacerbando o comportamento

³⁵ Ibidem, p. 257.

³⁶ As relações de poder, assim como a representação ou não do indivíduo (e seu grau) nos Poderes constituídos tenderá a indicar, diante do que se infere do perfil carcerário brasileiro, a seletividade da população carcerária, e se o movimento pendular do sistema tenderá para o polo da arbitrariedade (falso positivo) ou da ineficácia (falso negativo), sendo o *pior dos mundos* o acúmulo de ambas as hipóteses. Como aponta ELLIOTT, 2018, p. 79), “Torna-se claro que, se devemos ter Justiça Criminal, é preciso ter também Justiça Social. Atualmente, as pessoas são punidas não apenas pelo que fizeram, mas também por onde estão posicionadas na hierarquia social. A demanda por uma Justiça igualitária é um processo multidimensional em andamento, que comumente não engaja o interesse de vários daqueles que são isentos de pobreza e discriminação”.

³⁷ Exceto na hipótese de uma advocacia da inocência.

³⁸ ELLIOTT, 2018, p. 69 e 75.

antissocial na dualidade reforço positivo (recompensa) / reforço negativo (punição) ³⁹, sugerindo-se (dramaticamente) “que o motivo pelo qual fazemos as coisas (ou não) não é importante”⁴⁰.

Assim, trata-se de perceber que o direito penal, em que pese o compartilhamento da ideia de que se trata da *ultima ratio* no sequenciamento dos mecanismos de controle social, atribui sanções ou penas desprovidas das boas qualidades imanentes aos subsistemas e instituições sociais que supostamente falharam (família, educação, economia, política, etc...). Em síntese, a pena não nutre o que faltou, não cura o tecido social esgarçado pelo delito, e, contraditoriamente, reforça o egoísmo e a dualidade que sustenta o crime.

5. Retificando os nomes

Em ministério de sabedoria milenar, disse Confúcio que “a harmonia do mundo depende da retificação dos nomes ⁴¹”, tratando-se, em articulação com a sabedoria ancestral dos *toltecas* ⁴², da percepção da palavra como o mensageiro da verdade e da intenção que precede a manifestação da vida ⁴³.

Nesse sentido, se de fato queremos um Sistema de Justiça, precisamos reconhecer que não o temos, atribuindo, notadamente, ao Sistema de Justiça Criminal atual o que ele é, ou seja, um sistema de índole mecanicista destinado ao julgamento de causas criminais, até mesmo para aperfeiçoá-lo, sendo irracional desejarmos obter resultados diferentes, quando realizamos os mesmos passos. Não há consequência que não esteja na causa.

Como já mencionado, interpretamos o mundo na dependência de nossas mentes, sendo a comunicação possível pelas imputações a que recorreremos, atribuindo nomes.

E os nomes com os quais denominamos as coisas e nos comunicamos com os outros importam, sob pena de obscurecimento do que precisa ser apreendido ou descartado.

Denominar ou qualificar com o termo “Justiça” prédios, órgãos, serviços ou produtos dos Poderes constituídos não se dá de forma neutra ou imune a consequências simbólicas e concretas relevantes. Justiça é um lugar? Um serviço? Algo que se obtém? Que se concede? Apropriável? É presumida ou passível de objetivação na lei? De qual ideia de justiça estamos a falar? É um problema legal ou um problema humano ⁴⁴?

As escolhas são e serão refletidas nos processos de inclusão/exclusão social, haja vista a definição dos legitimados, a qualificação e a validação na comunicação intersubjetiva da experiência dentro dos modos de ser e operar do mundo e do direito.

³⁹ Ibidem, p. 70.

⁴⁰ Ibidem, p. 62.

⁴¹ HIRSCH, 1997.

⁴² Os *toltecas* referem-se aos homens e mulheres *de sabedoria*, cientistas e artistas, que, há milhares de anos, reuniram-se em Teotihuacan, antiga cidade de pirâmides próxima à Cidade do México, conhecida como o lugar onde “o Homem se Torna Deus”, protegendo o conhecimento de uma sabedoria descrita “com maior precisão como um modo de vida, caracterizada como fonte de felicidade e amor” (RUIZ; RUIZ; MILLS, 2021).

⁴³ RUIZ; RUIZ; MILLS, 2021, p. 47.

⁴⁴ ELLIOTT, 2018, p. 103.

Entretanto, advirta-se, a necessidade vislumbrada na retificação dos nomes, não quer dizer que o julgamento de causas não tenha pontos positivos e necessários, que não possa ser aperfeiçoado ⁴⁵, ou que há demérito nos operadores do direito ou no conhecimento científico, mas, sim, que há nisso uma limitação e obscurecimento muito grande da ideia de justiça.

Não se discute que o conhecimento técnico-científico tem o seu espaço dentre os pilares do conhecimento e de busca da verdade, que dignamente se oferece à refutação em busca de evolução, igualmente almejada pela jornada humana.

Desse modo, uma vez que o processo de evolução não é linear, afigura-se indispensável a concepção e abertura de novos caminhos para a ideia de acesso e, sobretudo, experiência de justiça.

Trata-se de ter presente a concepção de que transcender o marco teórico retributivo do nosso sistema de julgamento de causas não significa não fazer nada ⁴⁶, ou deixar de impedir/interditar/denunciar as atividades lesivas e tendentes à violação de pessoas e valores.

E mais, invertamos as âncoras.

Punir alguém é, de fato, fazer alguma coisa? Impor a maior pena privativa de liberdade e determinar a indenização do dano no maior importe financeiro possível tem qual efeito concreto no rastro de destruição e sofrimento dos fatores que levaram ao crime e perante todos os afetados? E dentre as possibilidades de desfechos das causas (condenação, absolvição, prescrição, ou anulação do caso após anos por inobservância de regras materiais ou formais), todas bastante herméticas à realidade dos afetados, temos consciência ou sabemos dizer o que foi a justiça em cada hipótese?

A pena de privação de liberdade, que antes era apenas a antessala dos castigos corporais brutais, passou a ser a panaceia do nosso atual sistema retributivo, deixando ironicamente intactos os danos das comunidades afetadas pelo crime e suas causas ⁴⁷.

Parece-nos que, a pretexto de sustentar o recurso meramente retórico de se manter a ordem social pela retirada do criminoso de circulação ⁴⁸, a privação de liberdade acabou sendo muito conveniente para superação das questões morais e intoleráveis envolvidas com a aplicação de castigos corporais, ao mesmo tempo em que facilitou o caminho para simplificar

⁴⁵ Como expõe ELLIOTT (Ibidem, p. 65), o artigo 718 do Código Criminal do Canadá lista como propósitos do sentenciamento: *denunciar condutas fora da lei; impedir ofensores e outras pessoas de cometerem ofensas; separar ofensores da sociedade quando necessário; dar assistência à reabilitação dos ofensores; oferecer reparação ao dano causado às vítimas ou à comunidade; promover um senso de responsabilidade nos ofensores e reconhecer o dano causado à vítima e à comunidade.* Sob este prisma, a oportunidade de melhoria que se apresenta para o sistema brasileiro é, além da positivação explícita desses propósitos, a incorporação desses objetivos enquanto oportunidade de reestruturação da Justiça Criminal, de modo que o sentenciamento não seja uma peça isolada, mas possa espelhar a coerência e coesão de uma rede orgânica mais ampla de operação do sistema ancorada nesses objetivos / propósitos.

⁴⁶ ELLIOTT, 2018, p. 62.

⁴⁷ Ibidem, p. 62.

⁴⁸ Por óbvio, são recursos importantes a possibilidade de interdição, denúncia, afastamento e restrição da liberdade de locomoção. Não cremos, contudo, nesses recursos como principais ou únicos para um sistema que se propõe ou deveria propor a distribuição de justiça.

os serviços e compromissos do Estado com as causas e consequências do fenômeno. Qual, então, a efetividade desse paradigma retributivo?

Conta-nos Amartya Sen ⁴⁹ que a antiga e sábia literatura sânscrita sobre ética e teoria do direito utilizava duas palavras para *justiça*, *niti* e *nyaya*. Enquanto *niti* representa a adequação de um arranjo institucional e correção de um comportamento, *nyaya* se refere a um conceito mais abrangente de justiça realizada. Continua Sen:

Nessa linha de visão, os papéis das instituições, regras e organizações, importantes como são, têm de ser avaliados da perspectiva mais ampla e inclusiva de *nyaya*, que está inevitavelmente ligada ao mundo que de fato emerge, e não apenas às instituições ou regras que por acaso temos.⁵⁰

Perceba-se como o refinamento da distinção importa. Sob estas premissas, nosso sistema de justiça, centrado no julgamento de causas sob a índole do paradigma retributivo está mais próximo da ideia de *niti*, e muito distante da ideia de *nyaya*. Já a Justiça Restaurativa, como será visto, parece-nos atenta à *niti*, mas imersa nos auspícios de *nyaya*.

Mas o objetivo vai mais além, pois, ainda no direito indiano antigo, o termo *matsyanyaya* refere-se à *justiça do mundo dos peixes*, segundo a qual “um peixe grande pode livremente devorar um peixe pequeno ⁵¹”, de maneira que “somos alertados de que evitar a *matsyanyaya* deve ser uma parte essencial da justiça, e é crucial nos assegurarmos de que não será permitido à ‘justiça dos peixes’ invadir o mundo dos seres humanos ⁵²”.

Nesse sentido, destaca Amartya Sen que:

O reconhecimento central aqui é que a realização da justiça no sentido de *nyaya* não é apenas uma questão de julgar as instituições e as regras, mas de julgar as próprias sociedades. Não importa quão corretas as organizações podem ser, se um peixe grande ainda puder devorar um pequeno sempre que queira, então isso é necessariamente uma evidente violação da justiça humana como *nyaya*.⁵³

Ao trazermos essa sabedoria para nosso tema, precisamos refletir sobre o funcionamento do sistema retributivo, sob responsabilidade do aparato estatal, que, como sabemos, não está imune às falhas ou às relações de poder e violência existentes na própria sociedade, notadamente diante dos riscos de captura e falhas denunciadas pela Teoria da Escolha Pública ⁵⁴. Como observa Elizabeth Elliott:

⁴⁹ SEN, 2011, p. 50.

⁵⁰ Ibidem, p. 50.

⁵¹ Ibidem, p. 51.

⁵² Ibidem.

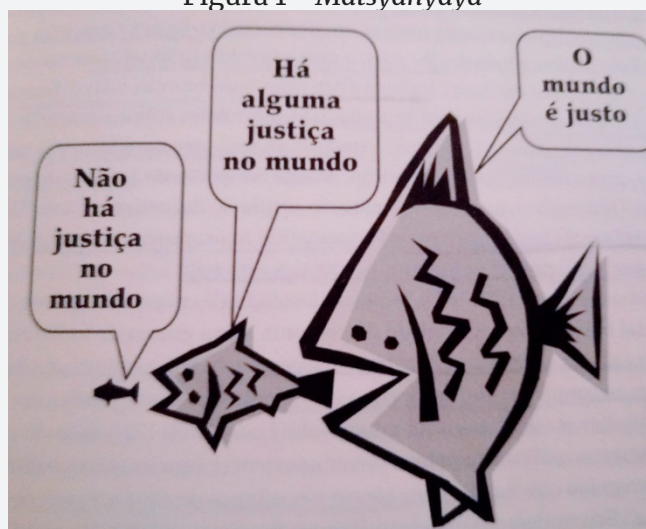
⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Teoria da *Public Choice* evidencia que nas escolhas públicas, as pessoas que se beneficiam das decisões tomadas não são sempre as mesmas que pagam o preço, o qual pode ser imposto pelos mecanismos da ação estatal (BUTLER, 2015).

As respostas autorizadas pelo Estado às transgressões ilegais têm por pressuposto as noções de justiça, que nem sempre são questionadas de forma significativa. O que queremos dizer por “justiça”? O que as diferentes “partes interessadas” (vítima, causador do dano, comunidade) querem ou precisam em um processo de “justiça”? O que ela significa para eles? Algumas vezes referido como o “Justo só para Nós”, o sistema norte-americano funciona muito bem para as elites privilegiadas e de forma particularmente precária para aqueles membros da sociedade que têm poucos recursos. As perspectivas na Justiça são influenciadas pela posição social [...].⁵⁵

Elizabeth Elliott nos dá a representação simbólica de *matsyanyaya*:

Figura 1 - *Matsyanyaya*



Fonte: Dr^a Karlene Faith, citada por Elliott (2018), p. 89.

Diante disso, é possível perceber como nossa *máquina de julgar* sob o paradigma retributivo, além de estar muito distante de *nyaya*, e mais centrada em *niti*, envolve-se com *matsyanyaya*.

Isto, porque, além de refletir as relações de violência de poder, de modo hierarquizado e excludente, a capacidade de punir, ou seja, a possibilidade de coerção é estritamente dependente da superioridade da força, e não da verdade do argumento ⁵⁶. É preciso ser maior e mais forte para punir o menor e mais fraco.

E *matsyanyaya* se manifesta, não apenas como pressuposto do ato de punir, mas também quando, refletindo-se as relações de poder, violência e exclusão social, negligencia-se o que precisava ser coibido, denunciado e tratado ⁵⁷, quando as normas de comando e controle cuidam apenas de veicular *cavalos de troia*, nos quais os interesses minoritários predominantes travestem-se de coletivos. Tudo isso, enquanto nossa *máquina de julgar causas* centra-se, por escopo do sistema, com todos os seus recursos, nos aspectos menores da subsunção.

⁵⁵ ELLIOTT, 2018, p. 88-89.

⁵⁶ ELLIOTT, 2018, capítulo 2.

⁵⁷ Cf. nota n. 81.

Disso decorre, em nosso sentir, a polarização e o caráter estéril dos debates entre os denominados *garantistas* e *punitivistas*, pois sem tratar de aspectos mais depurados em *niti*, *nyaya* e *matsyanyaya*, simples e dramaticamente não discutimos justiça, mas apenas a calibragem do *maquinário*.

Sob os auspícios de um novo paradigma, o propósito da Justiça Restaurativa é fazer diferente. Trata-se de fazer o máximo, buscar a mudança de dentro para fora, reforçando e consolidando a semente de virtude que nos leva a fazer a coisa certa, e que é válida per se, dentro de um centro de imputação jurídica que se estabelece simultaneamente no indivíduo, nas relações, nos princípios ecológicos de sustentação e regeneração da vida, tendo em mente o advento de uma autonomia que se promove pela inclusão de um ser emancipado, que se compreende, “não como uma unidade simples, mas como entidade de grande complexidade que reflete (refletindo-se) a complexidade do mundo vivo”⁵⁸. E, isto, em substituição das meramente instrumentais e impermanentes necessidades de instituições públicas ou de mercado.

Enfim, o momento que se apresenta é o de compreender e ter claro em que *nome* ou *ideia de justiça* queremos alocar nosso tempo, nossas energias e recursos comuns, já sabendo que é muito difícil atribuir a denominação de “Justiça” ao sistema retributivo, após o contato com a Justiça Restaurativa.

Retifiquemos os nomes.

6. Justiça Restaurativa e a alquimia no sistema de justiça

Procurar soluções para todos nós, sem exceção. Como nos ensina Molly Baldwin, a “base é a crença de que ‘não podemos alcançar algo bom de uma maneira ruim – nunca’⁵⁹”.

O primeiro contato com a Justiça Restaurativa nos permite romper as limitações da *armadilha mecanicista*⁶⁰ na qual está estruturada a nossa *máquina de julgamento de causas*, do indivíduo atomizado, condicionado e autocentrado.

Definida como “conjunto de princípios e práticas”⁶¹ que, por meio da participação, engajamento e deliberação, nos permite humanizar e construir a justiça coletiva⁶², a Justiça Restaurativa nos permite reposicionar o centro de imputação do pensamento jurídico para as relações entre pessoas e entre estas e a natureza em perspectiva ecológica.

Não se trata mais de simplesmente fazer um acordo, ou fechar o caso, mas do engajamento do ser humano em sua complexidade, conjugada aos aspectos relacionais,

⁵⁸ GUSTIN, 1999, p. 220.

⁵⁹ Citada por ELLIOTT, 2018, p. 39.

⁶⁰ Cf. CAPRA; MATTEI, 2018, Capítulo 7.

⁶¹ Em perspectiva substancial, práticas advindas ou inspiradas na sabedoria dos povos tradicionais. Com grande referencial teórico em desenvolvimento na América do Norte, urge que também os latino-americanos busquem resgatar perante os povos tradicionais de nossa região a sabedoria que por muito tempo foi silenciada no legado do colonizador e pela mentalidade extrativista do paradigma mecanicista.

⁶² SALM, 2021.

sociais e ambientais da existência, que é vista como interdependente e interconectada, para produção de consciência e geração/evolução da experiência jurídica, humanizante, enquanto recurso ou bem comum, não limitada pelo binômio incentivo/desincentivo.

Para além de uma norma ou regra-padrão violada (preceito primário) e de sua eventual consequência (preceito secundário), na Justiça Restaurativa, como preleciona o Professor João Salm ⁶³, partimos de uma postura ética, questionando, diante das situações, o que devemos fazer. O que se traduz na responsabilidade que compartilhamos “de fazer o mundo um lugar melhor, mesmo (e talvez especialmente) quando as coisas ficam difíceis ⁶⁴”, cuja matriz amplia as possibilidades de ação, comunicação, inovação e conexão.

O conflito pode ser visto em seu potencial transformador, sem preconceito, sem exclusão, e o que aparece no caminho pode ser usado para aprendizado, evolução e despertar da consciência, em sintonia com a sabedoria ancestral, que, conforme nos apresenta Lúcia Helena Galvão, em citação ao *Bardo Thödol* (Livro Tibetano dos Mortos) traz a mensagem de que “A vida é inteiramente pedagógica. Não existe um momento na vida que não tenha algo para te ensinar. Porque se não tivesse nada para te ensinar, já teria sido retirado da sua vida”.⁶⁵

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa, olhando para frente, foca no que precisa ser curado, reparado e aprendido em decorrência do crime – entendido como *ato danoso* ⁶⁶ –, esforçando-se para promover a participação integral e consenso; curar o que foi quebrado; buscar responsabilidade direta e completa; reunir o que foi dividido; e fortalecer a comunidade para a prevenção de danos futuros ⁶⁷, e que expressam os três pilares da Justiça Restaurativa, “danos e necessidades, obrigações e engajamento dos envolvidos”⁶⁸.

Enquanto espaço qualificado de participação, deliberação e engajamento, não há ínsita qualquer incompatibilidade com o Estado de Direito, mas, sim, reforço, por meio do conhecimento e da internalização do conteúdo e inteligência do valor subjacente à regra, e de sua incorporação à experiência. Ativa-se a cidadania e a consciência pela motivação interna, via exemplo, diálogo, escuta, respeito e reforço à autonomia, vivência de valores humanizantes ⁶⁹. Qualifica-se a conexão, vive-se a interdependência. Ao se reconhecerem como seres de equivalente dignidade, as vibrações de respeito, consideração, e empatia se ampliam e reproduzem não apenas nos círculos, mas reverberam em toda teia social.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ ELLIOTT, 2018, p. 173.

⁶⁵ GALVÃO, 2018.

⁶⁶ ELLIOTT, 2018, p. 36.

⁶⁷ Sharpe, citado por Ibidem, p. 109.

⁶⁸ Zehr, citado por ELLIOTT, 2018, p. 134.

⁶⁹ “Em sua discussão dos valores centrais universais dentro dos processos de Círculos de construção de paz (um dos modelos práticos de Justiça Restaurativa), Kay Pranis, Barry Stuart e Mark Wedge comentaram que, embora as pessoas de diferentes culturas, distintas classes sociais e diversas perspectivas religiosas possam descrever ou enfatizar valores de maneira diferente, ‘o tipo de valor que dão suporte ao que há de melhor em nós e em todos nós’. Os valores centrais transcendem este modelo específico e podem ser aplicados a qualquer processo que visa a uma integridade restaurativa”: Respeito, honestidade, confiança, humildade, compartilhar, inclusão, empatia, coragem, perdão e amor. (ELLIOTT, 2018, p. 154-155).

A par do exposto, não há Justiça Restaurativa sem pensar nos aspectos relacionais. Relacionamentos importam e são fundamentais, de modo que os *eventos traumáticos* – representativos das mais graves consequências dos crimes – encontram possibilidade de cura. A paz é tanto fim, quanto caminho.

No caso do sistema retributivo, como Elizabeth Elliott, a disfuncionalidade da política assegura que “o dinheiro público jorre para dentro dos órgãos públicos, Tribunais e Sistema Correcional, enquanto serviços sociais de base comunitária e educação recebem apenas gotas ⁷⁰⁾”.

Por outro lado, uma vez que o relacionamento é chave, eis que fonte do trauma e da cura,

As pessoas afetadas pelo dano de qualquer perspectiva respondem mais rapidamente quando contam com um suporte relacional, sejam elas vítimas, ofensores, policiais ou terapeutas clínicos. Uma vez que os relacionamentos são fundamentais para a Justiça Restaurativa, há grande esperança de solução de problemas através das lentes restaurativas ao invés das retributivas.⁷¹

No plano dos operadores do direito, vemos um chamado para a reconexão entre consciência e serviço, enquanto um bem e propósito de servir, assim como para um atuar de pontífice, na interconexão entre as pessoas e comunidades, inovando, agregando, superando obstáculos, facilitando e abrindo espaços para o protagonismo das necessidades das pessoas e não das próprias instituições. Trata-se de saber integrar e agir em rede – não em instâncias – catalisando corresponsabilidade e coparticipação para uma evolução individual e coletiva. Todos são importantes, tal como evoca a ideia do círculo, e o protagonismo fica para a inteligência coletiva. Não é um processo que se faz da autoridade ou da suposta sapiência do operador, mas algo que se manifesta na horizontalidade do campo de possibilidades da interconexão entre as pessoas, sendo algo exponencialmente superior ao mero agregado das partes ou do conhecimento das partes.

Sob este prisma, os dados empíricos de pesquisas realizadas junto à população apenada, em que pese a falta de mais dados para se afirmar o nível de conformidade em relação ao perfil da população do sistema prisional⁷², nos fornecem informações relevantes para cotejar com o novo paradigma.

Em pesquisa realizada, mediante aplicação de 222 questionários junto aos denominados apenados no âmbito da 4ª Vara da Justiça Federal de Foz do Iguaçu (Paraná), cujas penas privativas de liberdade foram substituídas por prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária, Helena Nickel identificou que:

⁷⁰ Ibidem, p. 242.

⁷¹ ELLIOTT, 2018, p. 244.

⁷² Vide Nota n. 13.

A principal motivação para o crime econômico está relacionada com o bloco de ideias de ganho fácil/indução de amigos/cobiça, ambição, ganância/inveja/manter o status (46,1%). Ajudar no orçamento familiar, pois estava desempregado, teve a ocorrência de 36%, seguida pela dificuldade financeira/endividamento (26,1%) e ajudar no orçamento familiar, mas estando empregado (12,6%). As demais ocorrências ficaram abaixo da casa dos dois dígitos ⁷³.

Em pesquisas realizadas na PEF I e CRESF (PR); Presídio Central, Penitenciárias Femininas Madre Pelletier e de Guaíba, e Penitenciária Estadual de Arroio dos Ratos (RS), por Alexandre Luiz Schlemper ⁷⁴, os achados seguiram a mesma tendência, de modo que, dentro das possíveis motivações para o crime, aspectos relacionados à combinação entre custo-benefício, autopercepção de esperteza e desejo do resultado, influências das relações interpessoais, e questões financeiras foram predominantes, tendo a ideia de ganho fácil ficado na primeira colocação, referida por 40% (para presos entre 18 a 23 anos), e 28% (para maiores de 23 anos), seguida da indução de amigos (23% e 13%), cobiça/ambição/ganância alcançaram 22% e 26%, ajuda no orçamento familiar (21% e 17%), endividamento 19% e 21%), dentre outras com menores incidências.

Levantamento realizado na Unidade Prisional Feminina (UPF) de Rio Branco, Acre, também em apuração da motivação da atividade criminosa, identificou que:

O principal motivo para o cometimento do tráfico foi a ideia de ganho fácil (30,9%) [...]. Os motivos relacionados à renda, ajudar no orçamento (estava desempregada), dificuldade financeira e ajudar no orçamento (estava empregada), somados, foram citados por 33,4% das detentas. A indução de amigos foi o terceiro motivo mais citado pelas que cometeram o crime de tráfico de drogas (13,6%). Para as detentas que cometeram outros crimes, a indução de amigos (27,7%), foi o principal motivo para o envolvimento no crime [...]. A maioria dessas mulheres convivia de perto com pessoas que já tinham uma vida criminosa. A segunda motivação mencionada pelas presas foi a ideia de ganho fácil (15,2%) ⁷⁵.

Em levantamento realizado junto aos Batalhões de Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo, quando questionados os motivos que levariam à prática da atividade criminosa, foram, por sua vez, alcançadas as seguintes ocorrências: “ganho fácil” com 33,6%, “cobiça/ambição/ambição/ganância” 20,2%, “tendência para a atividade criminosa” 14,8%, “falta de estrutura familiar” 7,2%, “impunidade” 5,4%, “indução de amigos” 4,5%, “dificuldade financeira” 4,4%, “desigualdade” 3,6%, dentre outras. ⁷⁶

Com relação às medidas que poderiam ser adotadas para redução dos crimes, dentre os apenados referidos na pesquisa de Helena Nickel, “mais emprego” aparece com 47,7% de ocorrência, seguido de “mais fiscalização” com 19,4%. Entre os policiais entrevistados junto aos Batalhões de Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo, “lei implacável/punição exemplar” tem ocorrência de 37,7% e “investir educação” 35%, para os casos de crimes violentos, e 46,2% e 23,8%, respectivamente, para os casos de crimes de

⁷³ NICKEL, 2019, p. 75.

⁷⁴ SCHLEMPER, 2018.

⁷⁵ AMARAL, 2019, p. 102.

⁷⁶ SHIKIDA; SOUZA; PEREIRA, 2020.

cunho lucrativo. Para estes profissionais, a recuperação dependeria de “dar trabalho”, com ocorrência de 55%, “educação” 11,7%, sendo que para 11,2% “nada poderia ser feito para um delinquente ‘irrecuperável’”⁷⁷.

O pesquisador Pery Shikida, a seu turno, indica um perfil dos ofensores, ao longo dos seus 22 anos de trabalho de campo. Segundo Shikida, a chance de sucesso no ato ilegal foi apurada em 95%, a expectativa de vida estimada entre 25/26 anos⁷⁸, condizente com os achados junto aos profissionais da Polícia Militar entrevistados⁷⁹.

Neste recorte, o último dado a considerar é o achado de Helena Nickel, quanto ao maior receio dos apenados. Para esta hipótese, a “perda da moral” teve ocorrência de 41,4%, a “probabilidade de ser preso” 28,8%, “custo de execução e planejamento do crime” 12,6%, “intensidade da pena” 9,9%, e “custo de oportunidade”⁸⁰ 6,3%, não havendo resposta para 0,9%⁸¹.

Agora, aplicando a perspectiva deste artigo sobre a riqueza dos achados de pesquisa, destaca-se a necessidade de conjugação das principais ocorrências dentre os questionamentos concernentes à (i) motivação, às (ii) medidas de prevenção/recuperação, (iii) expectativa de vida e ao (iv) maior receio ante o engajamento no delito.

Neste contexto, em primeiro lugar, pode-se concluir que a reduzidíssima expectativa de vida estimada para o assim tachado “agente do crime” infirma a suposta racionalidade da avaliação de custo-benefício de sua atividade ofensora. Indica-se, ao contrário, um caminho consistente para a irracionalidade da morte prematura. E isto se dá, sobretudo, quando temos em mente a baixa média de idade da maior parte da população carcerária (adultos jovens com baixa escolaridade), conforme já mencionado nos dados do INFOPEN, evidenciando-se, ademais, um envolvimento ou até um engajamento muito precoce no denominado “mundo do crime”⁸².

Em segundo lugar, as ocorrências substanciais no sentido de que a prevenção/recuperação da atividade criminosa demanda oferecimento de “mais trabalho” em articulação

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ SHIKIDA, 2021.

⁷⁹ SHIKIDA; SOUZA; PEREIRA, 2020, p. 127.

⁸⁰ “Em termos econômicos, o custo de uma determinada opção, designado como custo de oportunidade, é aquilo que se sacrifica por não escolher a mais favorável das alternativas disponíveis” (RODRIGUES, 2016, p. 12). Em outros termos, trata-se do “custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado”, ou seja, é a “expressão da relação básica entre escassez e escolha, podendo ser definido como o preço da renúncia de um bem de modo a se obter outro”. (Cf. Cooter e Ullen apud CRISTOFANI, Claudia Cristina. “Contratos relacionais, informação e resolução de litígios”. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (Coord.) *Estudos Sobre Negócios e Contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. 2017. p. 227).

⁸¹ NICKEL, 2010, p. 78.

⁸² Recordemo-nos, ademais, que as não virtudes da “ganância”, do “ganho fácil”, da “cobiça” se espraiam pelo tecido social nos mais diversos campos e instituições sem que sejam qualificados pelo legislador como criminosas ou (quando tipificadas) mesmo reprimidas sem leniência, apesar dos severos e gravíssimos danos causados em termos sociais, ambientais e pessoais, tais como crimes financeiros e tributários (Cf. diferenças entre parâmetros de insignificância ou de condições para validade da persecução penal para os crimes patrimoniais comuns em relação aos tributários, assim como no que tange às regras de mais favoráveis destes últimos para suspensão do processo e extinção da punibilidade), diversos projetos minerários, fronteiras agrícolas, uso de agrotóxicos, especulação imobiliária, proteção insuficiente e cercamentos e restrições ao patrimônio ambiental, cultura, e artístico comum, a par da precarização das condições de trabalho e da seguridade social. Bons argumentos no melhor estilo *don't look up* são utilizados para reproduzir e ampliar atividades nocivas aos bens e recursos comuns, incluindo as próprias condições de saúde e sobrevivência.

com as ocorrências, segundo as quais o maior receio é o da “perda da moral”, parece-nos indicar que, para além de um desejo de ascensão material e na escala de poder socioeconômico (ganho), manifesta-se a intenção de ser, estar e atuar no meio social (engajamento), e de se posicionar perante os relacionamentos (indução de amigos, manutenção de *status*), que, apesar de perceber o desvalor do meio (atividade), toma as decisões numa moldura que obscurece, mas não elimina a semente de consciência ética.

E quando se fala em “mais trabalho”, nessa linha de pensamento, entendemos que não se está falando de qualquer trabalho, mas de oportunidades efetivas e concretas que permitam participar da comunhão da riqueza social e expressar a personalidade do ser.

Diante desse cenário, infere-se que o crime é percebido como sofrimento, tanto no receio da “perda moral”, quanto na irracionalidade do caminho para uma “morte prematura”, não se vislumbrando, assim, que maior intensificação da quantidade ou da certeza da pena ⁸³ levem à prevenção da manifestação da criminalidade.

Enquanto sofrimento que é, “o fim do crime só é possível com o fim do sofrimento. E o fim tanto do sofrimento como do crime, que é o estabelecimento da justiça, só pode nascer da paz ⁸⁴”. E paz, enquanto causa e consequência.

Logo, o trabalho a ser realizado, como já mencionado, não está no fortalecimento de condicionamentos focados no comportamento autocentrado, tais como a imposição do medo da pena. Pelo contrário, o foco deve ser em justamente trabalhar a moldura que impede a nutrição da semente de virtude manifestada pela consciência ética, única capaz de gerar paz para produção de justiça e cessação do sofrimento.

Retomando as lições de aula do Professor João Salm, diante dos fatos postos, o que devemos fazer?

Afundar recursos num sistema de vigilância quase total (e quem controla esse sistema?) e que seja o mais eficiente possível para dissuadir e minimizar os incentivos do *homem econômico* na prática delitativa. Ou seja, vamos investir na busca de um sistema que não trabalha nas causas e condições para o despertar da consciência?

Em síntese, será que o foco deve ser trabalhar por um sistema racional e utilitarista tão eficiente, no qual ninguém precisará ser bom ⁸⁵?

Ora, uma vez que os contextos importam e são formados, como já mencionado, pela concorrência do movimento inercial das redes de ação e reação (causas e condições), sob os auspícios da pluralidade, claro que devemos atuar sobre os processos de tomada de decisão, notadamente, no que se refere aos aspectos contextuais ou molduras sobre as quais as escolhas são realizadas, buscando-se, no entanto, o semear de uma consciência virtuosa, enquanto condição de possibilidade para um caminho de paz.

Acerca do tema, a mestra e filósofa Lúcia Helena Galvão nos traz a sabedoria de um conto Zen antigo, que nos ajuda a refletir sobre onde queremos chegar:

⁸³ Aspectos subsidiários na percepção dos próprios entrevistados.

⁸⁴ Richard Quinney citado por ELLIOTT, 2018, p. 151.

⁸⁵ Schumacher, citado por ELLIOTT, 2018, p. 153, menciona como “Gandhi costumava falar com desdém sobre ‘sonhar com um sistema tão perfeito que ninguém precisa ser bom’.

Havia um mosteiro muito antigo. Vivia aí uma comunidade de monges mendicantes e o mosteiro estava quase desmoronando. Num determinado momento os discípulos se dirigem ao mestre e dizem “Mestre, a gente precisa reformar esse mosteiro, senão vai cair na nossa cabeça”. E o mestre resolve submetê-los a uma prova. Diz, “É verdade, discípulo, isso aqui vai desmoronar. Então vocês vão à cidade mais próxima, porque a gente não tem recursos... Vão lá e roubem. Roubem tudo que vocês puderem carregar. Agora, tem um detalhe! Não deixem que ninguém veja vocês, por que nós somos um mosteiro tradicional. Se alguém nos vê, isso vai causar uma desonra. Vão lá e roubem o máximo que puderem, mas ninguém os veja”. Ainda que questionando se o mestre estaria louco, os discípulos foram até a cidade. Após, o mestre se depara com um jovem discípulo no mosteiro fazendo seus afazeres normalmente. Disse o mestre, “por que você não foi junto com os outros? O jovem respondeu, “Mestre, estou fazendo o que o senhor mandou”. O mestre replica, “como assim o que eu mandei?” Responde o jovem discípulo: “É sim, o senhor mandou que eu não roubasse se tivesse alguém me vendo. E eu estou me vendo, o tempo todo eu estou me vendo”⁸⁶.

O conto nos traz a chave, a consciência que traz a consistência da vida interior, de algo pelo qual valha a pena viver, e que compartilha a mesma natureza que anima tudo o que existe, como nos tem revelado a sabedoria ancestral e dos povos tradicionais cada vez mais confirmada por ciências brutas como a física.

Consciência que sobrevive inclusive para além das aparências e de toda vigilância e punições possíveis. Emancipa, expande, inspira. Tem *niti*, mas é mais *nyaya*.

Além disso, a possibilidade das predições, especialmente as científicas do utilitarismo, funcionam em determinadas condições de temperatura e pressão, o que estaria a exigir mais condicionamento do ser humano e não sua almejada emancipação para o desenvolvimento de sua personalidade, de sua humanidade. É limitante, inclusive quanto à definição das próprias premissas concernentes ao que vamos entender como bom ou não para o ser humano. Isto seria mais de *niti*, mais reflexo das relações de poder e violência da sociedade e de quem faz as regras (vida boa enquanto conforme as regras e instituições), mas menos *nyaya*, menos experiência e realidade efetiva da capacidade de fazer o certo.

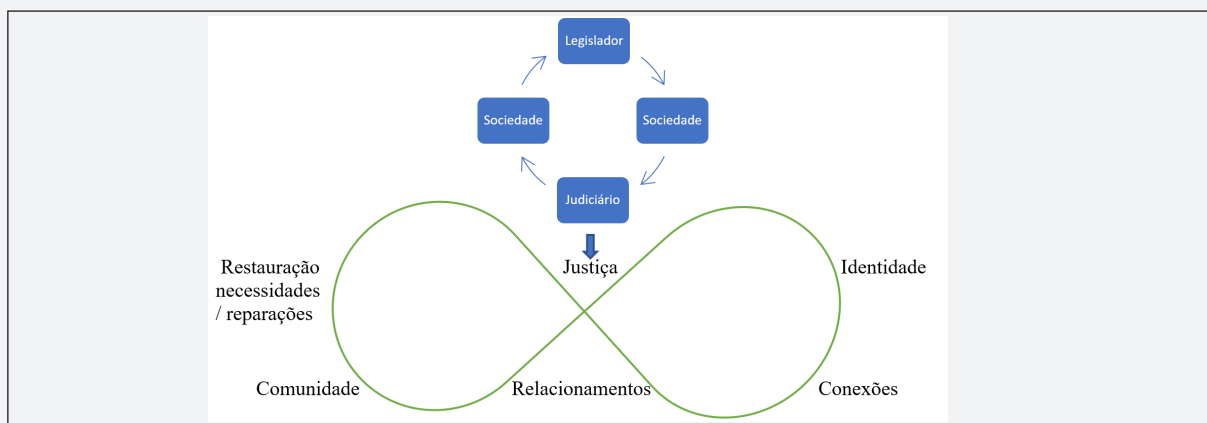
Destarte, vemos o quão diversa é a posição da Justiça Restaurativa, notadamente nos aspectos qualitativos do seu caráter participativo, democrático, valorativo, construtivo e deliberativo, estabelecendo redes horizontalizadas de potencial inclusivo ínsito, nos quais os limitantes e condicionadores aspectos de comando e controle abrem espaço para a inovação, para rever a própria sociedade, para o estabelecimento de novos paradigmas, para a abertura para o novo e potencialidades, que se traduz em perspectiva de emancipação e máximo desenvolvimento da personalidade humana.

O ponto aqui é pensar se insistiremos na inocência de se acreditar em uma possível cidadania do comportamento individualista e oportunista, ou colocaremos nossa energia e nossas palavras – intenções numa cidadania do comportamento ativo, cooperativo, corresponsável e consciente.

⁸⁶ AMARAL, 2019, p. 102.

Trata-se de pensar na superação dos ciclos jurídicos autocentrados no Estado soberano ou subsidiariamente no indivíduo egocentrado, para fluxos em lemniscata autogerada pela consciência e pela comunidade, produzindo aí uma dupla alquimia correlacionada.

Uma alquimia da transmutação do atual Sistema de Justiça Criminal, de um sistema de julgamento de causas de viés retributivo em uma experiência coletiva de *niti*, mas sobretudo de *nyaya*, sustentada pela alquimia da consciência da vida interior e da interdependência e conexão. O que leva à motivação intrínseca emancipadora e libertadora do ser humano e pelo cultivo do bom caráter ⁸⁷, entendido como a sabedoria da distinção do que é bom para os seres humanos, todos eles, sem exceção ⁸⁸, construindo-se uma lemniscata de *feedback* fluido, multifacetado e cooperativo, em oposição aos processos lineares mediados e fechados do sistema atual. Eis a representação possível da transição:



7. Conclusão

O presente estudo, como decorrência de nossa participação no Grupo de Estudos em Justiça Restaurativa da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, objetivou inicialmente revisitar e refletir sobre a ideia e a prática de Justiça Criminal no escopo que nos é dado a operar e que não satisfaz os profundos anseios de uma cultura de paz, em que pesem todos os esforços, preparo e dedicação de muitos que a ele se dedicam.

Sem dúvida, era preciso colocar em perspectiva e reabrir os olhos para a artificialidade de conceitos como crime e punição – dados como inafastáveis do sistema penal –, sobretudo diante da percepção de que na *peneira* do sistema, o mais importante passa, restando-nos a limitação da ideia de caso.

Nessa linha de pensamento, o presente estudo recorreu à alegoria de uma *máquina* para evidenciar os limites de escopo e operação do concurso imenso de esforços para o

⁸⁷ GALVÃO, 2018.

⁸⁸ Conforme SALGADO, 2005, p. 52, a efetivação ou universalidade concreta da justiça só poderá ser vislumbrada como ao alcance de todos, independentemente do território em que vivem, justamente por compartilharem a mesma natureza humana.

juízo de casos, situando sua base ou referencial teórico na visão de mundo *mecanicista*, calcada, por sua vez, na quantificação e na busca do domínio sobre o mundo e a natureza, percebidos na neutralidade e numa objetividade possível na dualidade sujeito/objeto.

Dessa forma, revelou-se o tratamento do fenômeno da violência, já limitado de antemão na ideia de crime, passível de tratamento jurídico, de forma hermética (em relação a outros sistemas sociais), a partir da subsunção de casos ou hipóteses concretas ao *manual* (ou norma-padrão) decorrente da objetivação das razões pelas mãos do estado (legislador), cujo produto, elaborado por engrenagens hierarquizadas (instâncias), com *inputs* dos operadores do direito, desde que cumpridas determinadas etapas em determinado tempo, é reconhecer a presença ou não da materialidade e da autoria, atribuindo-se, em caso positivo, a responsabilidade e a pena ou reprimenda ao condenado (índole retributiva).

Nesse sistema, a ideia de cidadania se restringe aos aspectos passivos e ao papel de destinatária, de modo que a experiência e os ciclos de *feedback* ficam mediados pelo Estado.

Após, foi realizado um exame de diagnóstico a partir de aspectos quantitativos e qualitativos, tendo sido apurado que a Justiça Criminal brasileira trabalha muito. Os achados dão conta de que o índice de resolutividade (capacidade de baixar mais casos que o número de casos novos) é positivo há anos, de modo que vêm sendo fechados mais de 2 milhões de casos ao ano, em que pese a pendência de aproximadamente 5,9 milhões de casos pendentes.

Em decorrência disso, a população prisional chega a 682.182 em números atualizados para 17/05/2021 (3º lugar mundial), maioria absoluta de homens, na maior parte pretos ou pardos, jovens e com baixa escolaridade. E as penas aplicadas, na maior parte, em patamar superior a 8 anos, havendo mais de 20 mil casos de penas superiores a 30 anos e mais de 1 mil superiores a 100 anos.

Por outro lado, os resultados quantitativos e sua severidade não refletiram nos dados qualitativos, a indicar índice superior a 40% de reentradas, percepção de falha na investigação, morosidade no operar do julgamento de causas, e inefetividade na redução da criminalidade ou na imposição de travas à reincidência, além de atuação de modo parcial e descompassado com o devido processo legal. O operar é tido como falho, e, mais grave que isso, não se vê efetividade.

Ao final desta parte, questionamos com o juiz aposentado Barry Stuart se prosseguiremos nessa *marcha da insensatez*.

Na sequência, recorreremos à *retificação dos nomes*, como forma de depurarmos e intensificarmos o poder da comunicação e articulação em rede, e de sua melhor compatibilidade com as nossas intenções ao recorrermos, concebermos e experiencarmos a ideia de justiça.

Trata-se, por um lado, de qualificar o sistema retributivo tradicional enquanto sistema de julgamento de causas, e, por outro, buscar no refinamento da distinção trazida por Amartya Sen, (*niti*, *nyaya* e *matsyanyaya*) a vida e a experiência de justiça que queremos.

Sob este prisma, as características do sistema tradicional retributivo aproximaram-se de *niti*, mediante avaliação de regras, instituições e correção de comportamento, com influxo de *matsyanyaya* ou *justiça do mundo dos peixes*, que faz valer a *lei do mais forte*.

A Justiça Restaurativa, no entanto, exsurge, propondo-se mais imersa em *nyaya*, numa apreensão inclusiva, coletiva e mais abrangente diante da realidade e que se habilita a julgar a própria sociedade e a propor e criar caminhos para o conviver, para o viver melhor, onde as necessidades de todos importam.

A parte seguinte prossegue a apresentação do novo paradigma de superação pela Justiça Restaurativa, expondo com os ensinamentos do Professor João Salm, o caráter ético a que se propõe em seu pensar para lidar com a realidade.

O centro de imputação passa do egocentrismo para os relacionamentos, para o buscar coletivo, engajado, participativo e valorativo da experiência concreta de justiça.

O conflito é trabalhado em seu potencial transformador, evolutivo e de aprendizado, danos e necessidades da rede ou da comunidade afetada encontram amparo na corresponsabilidade e na inteligência coletiva que se manifesta e inova em redes horizontalizadas em que todos são importantes, sem exceção.

A experiência passa a ser direta, a relação sujeito e objeto se redefine na consciência da conexão e da interdependência, sob os auspícios da sabedoria ancestral, dos povos tradicionais, recente e amplamente confirmados pela teoria quântica e pela genética.

Fronteiras se dissolvem e operadores do direito não mais atuam de forma hermética e monopolista, mas integram, sem hierarquia, as redes formadas, funcionando como pontífices de uma nova experiência de justiça a almejar soluções para todos, não mais limitados a uma soma das partes.

Na sequência, dos dados empíricos colhidos junto aos apenados do sistema, pode-se inferir que a ideia de pena ou reprimenda importa menos, muito menos que a melhoria das molduras contextuais em que as decisões (pelo engajamento ou não na empreitada tida por criminosa) são tomadas, proporcionadas, por exemplo, por mais oportunidades dignas de trabalho e atuação social.

Dessa forma, eis que imersa na ideia abrangente, concreta e inclusiva de *nyaya*, a Justiça Restaurativa, ao criar esse espaço de experiência direta e coletiva e de emancipação pelo despertar da consciência da vida individual interdependente, é a alternativa que surge para que deixemos a marcha da *insensatez* da busca por um sistema em que ninguém precisa ser bom, e para que busquemos a experiência de uma justiça que só faz sentido porque é boa para o ser humano em suas relações (incluindo o meio ambiente) e, logo, boa para todos.

Esta parte é finalizada com a representação simbólica da superação dos ciclos de *feedback* mediados e herméticos, do sistema tradicional, em que a justiça é um produto eventual ou acidental, para um sistema de *lemniscata*, viva, infinita, fluida, inclusiva e coparticipativa na sua interdependência.

Para traduzir estas noções em prática, em busca de recomendações finais, sugerimos mais estudos quanto à introdução das medidas seguintes: a) prosseguimento da introdução e conscientização dos trabalhos em Justiça Restaurativa em pequenos ecossistemas, tal como nos sugerem os princípios ecológicos⁸⁹; b) redefinição do acesso à justiça mediante ampliação da legitimidade para propositura da abertura de medidas restaurativas em sede de Justiça Penal, iniciando-se pelos povos e comunidades tradicionais, escolas, e grupos e movimentos sociais representativos organizados, com ou sem advogado, seguindo-se a perspectiva do *tribunal multiportas*; c) separação progressiva do processamento de feitos criminais do âmbito do Poder Judiciário para espaços comuns inspiradores do fluxo de vida e compartilhados em rede com os demais subsistemas sociais e sociedade civil, tais como conselhos comunitários, tutelar, de saúde, educação, assistência social, cultura, trabalho e emprego, habitação, transporte, patrimônio histórico, meio ambiente, segurança, fiscalização, e fazenda, abertos e permeáveis ao envolvimento do terceiro setor, e aos auspícios das ciências, da espiritualidade, da arte e da filosofia, voluntariado e da compassividade; abertos à integração da conscientização do *enfoque restaurativo* de que trata o inciso V do art. 1º da Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016, do CNJ⁹⁰, qualificado pela abordagem diferenciada da violência e dos conflitos e dos contextos relacionais associados, compreendendo *a participação dos envolvidos, famílias e comunidades; atenção às necessidades legítimas dos afetados; reparação dos danos; compartilhamento das responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para a superação das causas e consequências do ocorrido*, olhando para o futuro e para relacionamentos de melhor qualidade mediante recomposição do tecido social.

Por fim, se os dados qualitativos e quantitativos da Justiça Criminal nos trazem um sentimento de crise e de que há muito trabalho a ser feito, sobretudo quanto às crenças que acumulamos, a sabedoria nos ensina também que tais momentos são oportunidades em que nos conscientizamos do que deve ser descartado, e de como podemos trabalhar com o novo.

8. Referências

AMARAL, J. A. da S. *Determinantes da entrada das mulheres no tráfico de drogas: um estudo para o Acre*. 2019. 148 f. Tese (Doutorado em DR&A) – Unioeste, 2019.

⁸⁹ Como nos conta CAPRA; MATTEI, 2018, p. 219-220, “as bacias de lagos e mares comprometidos pela eutrofização – crescimento excessivo de algas e plantas estimulado por altas concentrações de nutrientes”, decorrentes em geral pela intensa agricultura química, “pode destruir o equilíbrio ecológico de um grande volume de água, comprometendo os ciclos de *feedback* a ponto de impossibilitar a regeneração do ecossistema”. Para solução, nos contam os autores, uma “abordagem desse problema consiste em identificar o elemento corruptor e seu papel na deflagração de uma cadeia de resultados negativos. Os ecologistas então começam por separar algumas áreas do lago do elemento contaminante, dando tempo aos processos naturais para se recuperarem por si próprios. Assim que uma pequena área volta a ficar saudável, a área de redes saudáveis renovadas pode ser progressivamente ampliada, até que o lago inteiro seja recuperado”, eis que “embora pensemos globalmente, agimos localmente”.

⁹⁰

BEVANGER, Lars. *Por que a Noruega é o melhor país do mundo para ser preso?* BBC News, Brasil, 17 março 2016. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160317_prisoos_noruega_tg> Acesso em: 24 jan. 2022.

BHAGAVAD-GITA: Como Ele é / A. C. Bhaktivedanta Swami Prabhupada; tradução de Antônio Irapuam Ribeiro Tupinambá, Robson Guia Chepkassof Chaves, Enéas Guerriero. 7. ed. Pindamonhangaba, SP; The Bhaktivedanta Book Trust, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*, 06 ago. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhN-TYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThl-MSJ9>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2022 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2021. Seção 1, página 5.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

BUTLER, Eamonn. *Escolha pública: um guia*. Tradução de Matheus Pacini. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. (Estudantes pela liberdade).

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*; tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163, p. 157.

CREMA, Roberto. *Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma*. São Paulo: Summus, 1989, p. 91.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. Contratos relacionais, informação e resolução de litígios. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (Coord.) *Estudos Sobre Negócios e Contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. 2017.

ELLIOTT, Elizabeth M. Elliott. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedade saudáveis*; tradução de Cristina Telles Assumpção. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

GALVÃO, Lúcia Helena. *Crime e Castigo, segundo Gibran – Série “O Profeta”*. Palestra proferida na Nova Acrópole. Youtube, 7 out. 2015. Disponível em: <<https://youtu.be/EyJNJTl3INc>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

_____. *Sobre ética e chocolates*. Palestra proferida no TEDx Passo Fundo. Youtube, 26 jan. 2018. Disponível em: < https://youtu.be/Z-mrb_9yJ7s >. Acesso em 25 jan. 2022.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência*. Working Paper Centro Universitário de Brasília – UniCeUB, Brasília, 2019.

_____; TEIXEIRA, Ivo. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GUSTIN. M. B. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HIRSCH, Sônia. *Manual do herói ou a filosofia chinesa na cozinha*. Rio de Janeiro – RJ, Correcotia Literária, 1997.

IMPERDOÁVEL. Direção: Nora Fingscheidt. Elenco Sandra Bullock, Vincent D’Onofrio, Jon Bernthal *et al.*: Netflix, 2021. Filme original da plataforma de streaming da Netflix.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Onde mora a impunidade?* Por que o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios. Disponível em: <<https://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

LOPES, José Reinaldo. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

NICKEL, H. *Análise da execução penal envolvendo crimes econômicos no Paraná cuja pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços e/ou pecuniária*. 2019. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2019.

O pequeno Buda: entrando na correnteza / compilado e editado por Samuel Bercholz e Sherab Chödzin Kohn; prefácio de Bernardo Bertolucci. Tradução de J. E. Smith Caldas. São Paulo: Siciliano, 1994.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Lisboa, Portugal: Almedina, 2016.

RUIZ, Miguel; RUIZ, Jose; MILLS, Janet. *O quinto compromisso: o livro da filosofia tolteca: um guia prático para o autodomínio*. Tradução de Gabriel Zide Neto. 15. ed. – Rio de Janeiro: BestSeller, 2021.

SALGADO, J. Globalização e justiça universal concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Editora UFMG, nº 89, p. 47 a 62, jan-jun, 2005.

SALM, João. *Grupo de estudos em Justiça Restaurativa*, 2021. Notas de Aula. Mimeografado.

SALVANDO O CAPITALISMO. Direção: Sari Gilman, Jacob Kornbluth. Elenco: Robert Reich. Netflix, 2017.

SCHLEMPER, Alexandre Luiz. *Economia do crime: uma análise para jovens criminosos no Paraná e Rio Grande do Sul*. 2018. 164 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2018.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, C. R. da; GRANDIN, F.; CAESAR, G.; REIS, T. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. G1, 17 maio 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghml>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SHIKIDA, S. L.; SOUZA, V.; PEREIRA, F. C. Percepções da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime. *Revista do Ministério Público Militar*, Ano XLV, n. 33, p. 106-134, 2020.

SHIKIDA, Pery. Análise Jurídica e Social da Operação no Jacarezinho – Rio de Janeiro. In: 2º *Webinar Projeto Diálogos Interdisciplinares do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais – GP-CRIM* da Escola de Direito da Universidade Potiguar (UnP). Youtube, 2 jun. 2021. Disponível em: <<https://youtu.be/hWvpPibbbng>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

WJP RULE OF LAW INDEX. World Justice Project. Overall Index Score, 2021. Disponível em: <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2021/Brazil/Criminal%20Justice/>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

Uma Abordagem sobre a Punição

Flavia Serizawa e Silva

Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Maria Fernanda de Moura e Souza

Juíza Federal Titular do Juizado Especial Federal de Sorocaba/SP. Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Priscila Pinheiro de Carvalho

Procuradora da República no Ministério Público Federal em São Paulo/SP.

Sumário:

1. Introdução
2. A punição e seu embasamento filosófico
3. A punição em números: os dados brasileiros
4. O aspecto emocional da punição: a vergonha estigmatizante como reforço do comportamento criminoso
5. Um novo olhar sobre a punição.
6. Referências.

Resumo:

O artigo se propõe a demonstrar por quais motivos o paradigma punitivo do sistema criminal de base retributiva não se mostra adequado, seja do ponto de vista filosófico, a partir das finalidades atribuídas à punição, seja do ponto de vista empírico, de acordo com os dados brasileiros disponíveis sobre encarceramento. Em seguida, aborda-se ainda o aspecto emocional implicado na punição, consistente na vergonha, e como seu enfoque estigmatizante pode funcionar como reforço do comportamento criminoso. Finalmente, propõe-se um novo olhar sobre a punição, sob a perspectiva da Justiça Restaurativa e de seu paradigma filosófico.

Palavras-chave: Sistema Criminal Brasileiro. Paradigma punitivo. Vergonha. Justiça Restaurativa.

Abstract:

The article aims to demonstrate why the punitive paradigm of the retributive criminal system is not appropriate, either from a philosophical point of view, from the purposes attributed to punishment, or from an empirical point of view, according to the Brazilian data available on incarceration. Then, it approaches the emotional aspect involved in punishment, consisting of shame, and how its stigmatizing focus can work as a reinforcement of criminal behavior. Finally, a new look at punishment is proposed, from the perspective of the Restorative Justice and its philosophical paradigm.

Keywords: Brazilian Criminal System. Punitive Paradigm. Shame. Restorative Justice.

1. Introdução

Anos passados no trabalho junto ao sistema criminal e não há como desviar o olhar da crise: o processo penal como posto não atende aos seus propósitos - negligência a vítima, tampouco dá tratamento adequado ao autor do dano, e fracassa na prevenção de novas ocorrências, gerando em verdade mais violência, em um atroz círculo vicioso que se retroalimenta.

Este sistema, estruturado sobre um paradigma filosófico individualista/mecanicista, tem entre seus principais fundamentos conceitos estanques de crime, culpa e punição: isolando o indivíduo causador do dano como foco do problema a ser tratado, impõe o Estado de Direito sobre ele a culpa, e o correspondente castigo. Sem abstrair da conquista que o “Império da Lei” representa a partir de um determinado momento histórico da humanidade, é inevitável constatar a esta altura que, do modo como tem funcionado, o sistema superficializa a análise dos conflitos, simplificando e terceirizando o seu tratamento de tal forma que, para além de não equacioná-los, com o uso da punição como resposta, os agrava, densificando o caldo de problemas donde provém a mesma criminalidade que se busca enfrentar.

Elemento central neste quadro, portanto, a punição, que nos propomos a abordar, traz em sua essência a dor, sendo identificada como o ato de infligir dor a outro indivíduo; ou a imposição de dor justificada, no contexto de uma sociedade regida pelo Estado de Direito.

2. A punição e seu embasamento filosófico

Segundo a teoria geral da pena, a punição possui dupla finalidade: retributiva e preventiva, sendo que a retribuição visa a infligir ao ofensor a privação de um bem proporcional ao bem jurídico violado (fato punível) e a prevenção deve obstar que o ofensor volte a delinquir (prevenção especial), bem como demonstrar à sociedade o desvalor do crime, evitando que os demais também pratiquem crimes e reafirmando a vigência e eficácia das normas penais (prevenção geral).

No estudo da utilidade da punição, autores como Durkheim¹ repudiam a ideia de que ela possa mudar o comportamento dos violadores da lei, ou curar as vítimas, tendo em verdade uma “utilidade simbólica”, de manter a coesão social, em um contexto político maior, enviando uma mensagem ao ofensor e à sociedade em geral sobre escolhas apropriadas ou não.

Numa visão utilitarista de punição esta se identifica como uma dor calculada como mal necessário que leva a um fim virtuoso, a dissuasão geral e específica; embora esta conclusão seja de plano eticamente questionável, ao propor que se inflija dor a um indivíduo

¹ Apud ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado – Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. 1. ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2018, p. 63.

como meio de possivelmente coibir a ação de outros ², e ainda que se encontre em dissonância com fartas evidências científicas e empíricas sobre a eficácia da punição, conforme se verá mais adiante, estas são as premissas teóricas que dão sustentação à punição no nosso Estado de Direito, mantendo-se a pena (mormente restritiva de liberdade) como pedra fundamental do Sistema Criminal de Justiça Retributiva, justificada pelos seus escopos formais de prevenir o dano (dissuasão) e responder a ele (retribuição – reabilitação).

Com efeito, num Estado de Direito, impera a lei, como um comando abstrato e racional, criado nas democracias representativas por mandatários eleitos pelos cidadãos, e executado pelos órgãos administrativos do Estado, que se pretendem isentos, sendo a punição o fator de coerção da lei, como um pressuposto de sua viabilidade; vale dizer, lei e punição são os dois lados de uma mesma moeda.

De todo modo, a punição traz em si intrinsecamente a ideia essencial da dor como fator externo motivador da ação humana ³. Neste sentido são os diversos conceitos encontrados na literatura, variando em relação à intencionalidade por parte daquele que pune como determinante ou não da noção de punição, mas sem nunca se afastar desse paradigma. De acordo com Howard Zehr ⁴:

culpa e punição são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram. Somente pela dor terão sido acertadas as contas. Devemos ser honestos no uso da linguagem. Quando falamos de punição estamos falando de infligir dor a alguém, de propósito. [...] fomos educados para acreditar que a humilhação e o sofrimento são da natureza da justiça e que o mal deve ser contido pela violência ao invés do amor e da compreensão.

Parte-se, portanto, do pressuposto de que os indivíduos podem ser motivados (externamente) a agir para evitar a dor (representada pela punição). Assim, já duas questões relevantes de plano se colocam.

A primeira traz a autonomia individual como necessidade humana universal inata, a implicar alto grau de resistência (como reação natural) por parte dos indivíduos, e ineficácia à punição como estratégia de controle de comportamentos. A este respeito ensina Marshall Rosenberg, ao tratar das “limitações da coerção e da punição”⁵:

² Cf. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes – Justiça Restaurativa para o nosso tempo*, 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020, p. 81.

³ “toda punição, no sentido normal da palavra, tem a intenção de causar dor e medo e, em alguns casos, incapacitação” (Martin Wright *apud* ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 61) e “[a punição é] qualquer coisa desagradável ou algum tipo de ônus” (Kathleen Daly *apud ibidem*, p. 62), e ainda “é crucial para a punição que uma pessoa seja degradada e, literal ou simbolicamente, expulsa de sua comunidade [...] a punição pretende infligir dor, sofrimento ou perda” (De Hann *apud ibidem*, p. 130).

⁴ ZEHR, Howard. *Op. cit.*, p. 80,81.

⁵ ROSENBERG, Marshall. *Criar filhos compassivamente – Maternagem e paternagem na perspectiva da Comunicação Não Violenta*, 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020, p. 15-16.

Serei eternamente grato a meus filhos por me ensinarem a respeito das limitações desse objetivo: conseguir que outras pessoas façam o que eu quero. Eles me mostraram que, em primeiro lugar, não podia obrigá-los a fazer o que eu queria. Não conseguia obrigá-los a fazer nada. [...] Eu conseguia apenas fazer com que se arrependessem de não ter feito o que mandei. E sempre que fui tolo o bastante para fazê-los se arrepender de não me obedecerem, eles me ofereceram uma segunda lição de paternagem e poder, que acabou se mostrando muito valiosa ao longo dos anos: faziam com que eu me arrependesse de ter feito aquilo. Violência gera violência. Meus filhos me ensinaram que qualquer uso de coerção da minha parte invariavelmente criaria resistência da parte deles, e isso trazia uma qualidade adversarial à nossa ligação.

Assim, como comando/motivação externa, a punição passa ao largo da motivação intrínseca dos comportamentos, e das suas causas, os quais, não tratados adequadamente, tendem a se repetir, ou mesmo se intensificar, gerando novas transgressões, provenientes da mesma fonte.

A segunda questão que desde logo se coloca, ante à proposta de punição como motivador do comportamento humano, também reflete sobre a sua eficácia: é que, como uma motivação externa ao agir, para além de ir de encontro à autonomia natural do ser humano, a punição pressupõe alguém, uma autoridade, maior e mais forte, para garantir a imposição da dor a ser evitada, segundo regras próprias que não necessariamente expressam valores humanos, remetendo assim a uma noção de autoritarismo que não se coaduna com uma sociedade democrática, a par de não se sustentar, por não ser viável, e nem desejável, uma autoridade de tamanha magnitude que possa controlar tudo, o tempo todo.

Fato é que os indivíduos se pautam no mais das vezes por seus valores, vale dizer, por motivações intrínsecas, não sendo sequer possível conhecer a todas as regras vigentes pelos lugares por onde transitam.

Por fim, a motivação externa representada pela ameaça da dor conduz a questões éticas, estando entre elas a decorrente do fato de sugerir ao cidadão que ele deve agir de determinada maneira, não por ser o correto a fazer (motivação intrínseca, baseada em valores), mas para evitar que a autoridade instituída se lhe imponha um mal. A respeito, ensina Elizabeth Elliott ⁶:

O conceito de punição sugere que o motivo pelo qual fazemos as coisas (ou não) não é importante. Mas esse conceito coloca de lado nossa esperança de que, na ausência de figuras de autoridade para punir ou recompensar os comportamentos, os indivíduos ainda vão agir de forma boa ou, pelo menos, não vão causar danos aos outros e ao meio ambiente.

No mesmo sentido, vale novamente lembrar a lição de Marshall ⁷:

⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 62.

⁷ ROSENGERG, Marshall. *Op.cit.*, p. 16,17.

O que você quer que a criança faça de outro modo? Se pararmos nesta questão, pode parecer que em certas ocasiões a punição funciona, pois por meio de ameaça ou aplicação de castigo, certamente conseguiremos algumas vezes influenciar a criança a fazer o que queremos. Contudo, ao acrescentar uma segunda pergunta, observei que os pais percebem que a punição nunca funciona: “Quais são as motivações que queremos que a criança tenha para agir como desejamos? Essa pergunta nos ajuda a ver que a punição não é apenas ineficaz, mas impede que nossos filhos façam as coisas pelos motivos que desejamos.

Ora, se a tendência natural do ser humano é agir de acordo com seus valores, vê-se que a punição, como motivador externo imposto, para além de não funcionar para o atingimento do seu objetivo de controlar o comportamento, ainda representa um desserviço às sociedades ao incitar nos indivíduos a criação de padrões antissociais, individualistas. Neste sentido, Hoffman e Saltzein ⁸, cinco décadas atrás:

Tanto a retirada do amor como a afirmação de poder direcionam a criança para as consequências do comportamento daquele que age, ou seja, para a própria criança, e para o agente externo que produz estas consequências. A indução, por outro lado, tem mais condições de focar a atenção da criança na consequência de seus atos para os outros, para os pais, ou para terceiros. Esse fator pode ser especialmente importante na determinação do conteúdo dos padrões da criança. Isto é, se as transgressões forem seguidas por indução, a criança aprenderá que a parte importante da transgressão consiste no dano cometido a outros.

A partir da lógica da punição, portanto, se sustenta uma sociedade defensiva, onde a preocupação, quando há um conflito, é eximir-se da culpa (frequentemente encontrando terceiros culpados), ao invés de trabalhar em conjunto pelo equilíbrio, para o equacionamento das questões que se colocam.

O paralelo entre os ambientes domésticos da infância (no exercício da parentalidade) e o da Justiça Criminal é muito útil à compreensão dos efeitos da punição, sendo frequentemente usado por Elizabeth Elliott para tratar do tema, seja pelas evidentes similitudes que se apresentam em tais ambiências, impregnadas ambas pela lógica clássica da punição, seja pela causalidade entre elas - é na família que aprendemos o que nos prepara para sermos cidadãos; como ensina Elliott, “o que começa na família (privado) se estende para a nossa vida social mais ampla (público) e contém fortes implicações para a saúde da sociedade democrática à medida que opera na interação diária dos cidadãos.”⁹

De fato, a lógica da punição, como o paradigma que lhe dá sustentação, encontra-se profundamente arraigada na sociedade contemporânea, como fundamento do controle social, em praticamente todos os ambientes humanos ocidentais. Assim está nas escolas, nos esportes, nos locais de trabalho e recreação, e nos ambientes domésticos, replicando-se na Justiça Criminal, onde se identifica como a grande marca, a pedra fundamental do Sistema Retributivo.

⁸ *Apud* ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 73.

Presume-se em todas estas ambiências que a punição seja eficaz como resposta correicional aos erros, embora a experiência, igualmente espalhada por todas as citadas esferas da sociedade, revele o oposto, como se verá a seguir.

3. A punição em números: os dados brasileiros

Verificadas as premissas teóricas que fundamentam a teoria da punição, cumpre analisar, na prática, se os dados disponíveis sobre a sua aplicação no Brasil demonstram o atendimento de suas finalidades para além da mera retribuição, ou seja, sua finalidade preventiva (seja geral, seja especial). Para tanto, serão analisados os índices de encarceramento, a população encarcerada, os tipos de crime que mais encarceram em nosso país (dados ligados à prevenção geral), bem como os índices sobre reincidência (dados ligados à prevenção especial).

A respeito do *encarceramento*, os dados do SISDEPEN¹⁰, reunidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, demonstram que o Brasil observa uma escalada da Taxa de Aprisionamento Nacional, que em 1990 era de 61 a cada 100 mil habitantes, e em 2019 já era de 359 a cada 100 mil habitantes¹¹.

Quanto a esses números, Marcelo Salmaso observa que, desde 1993 até o ano de 2013, ao passo em que a população brasileira cresceu 36% – pouco mais do que um terço –, o número de aprisionados nas cadeias observou aumento de 355%, atingindo-se um total de quase 600.000 presos¹², levantando sérias dúvidas sobre a tão propalada “impunidade brasileira”¹³.

O número total de pessoas presas em dezembro de 2020 era de 667.541^{14 15}. T tamanha população carcerária carrega consigo outro problema inevitável: o permanente déficit no número de vagas, tendo em vista que, por maior que seja o número de novos

¹⁰ SISDEPEN é a plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Os dados são periodicamente atualizados pelos gestores das unidades prisionais desde 2004. Substituiu o Infopen Estatísticas. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/pt-br/sisdepen/sisdepen>.

¹¹ No ano de 2020, observou-se uma queda atípica na taxa, passando a 318 por 100 mil habitantes. Contudo, tratou-se do início da pandemia mundial do Coronavírus, de modo que a sua queda não necessariamente demonstra uma alteração da escalada do encarceramento, mas sim o resultado de um ano atípico, em todos os sentidos.

¹² SALMASO, Marcelo Nalesso. *Uma Mudança de Paradigma e o Ideal voltado à Construção de uma Cultura de Paz*, p. 19 (In: Justiça Restaurativa – Horizontes a partir da Resolução 225 do CNJ, 1. ed., Brasília, 2016).

¹³ Segundo estudo de 2015 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, a população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_pesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf

¹⁴ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoicjZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

¹⁵ Segundo o World Prison Brief, (WPB), o principal banco de dados mundial sobre sistemas carcerários e que é compilado pelo Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça (ICPR), do Reino Unido, que traz dados online sobre o encarceramento mundial, o Brasil é o terceiro país com o maior número de encarcerados, atrás somente de Estados Unidos e China, dos 223 países monitorados. Dados acessados em 20/12/2021 e disponíveis em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All.

estabelecimentos prisionais e novas vagas, em 2020 observava-se o déficit de 217.584 vagas face ao número de presos ¹⁶.

O déficit no número de vagas escancara em números a realidade de superlotação dos nossos estabelecimentos prisionais. Mesmo assim, constata-se que cada preso custa, por mês, R\$ 1.874,78 (valor significativamente superior ao do salário mínimo nacional, diga-se), resultando no total de gastos mensais de R\$ 1.287.502.795,22 (um bilhão, duzentos e oitenta e sete milhões, setecentos e noventa e cinco reais e vinte e dois centavos) ¹⁷. Tais valores claramente não se refletem em um tratamento condizente com condições mínimas de dignidade, como é fato notório e já reconhecido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal ¹⁸.

Em relação à *população encarcerada*, observa-se também a existência de um público-alvo bem definido. Ainda de acordo com os dados extraídos do Sisdepen, em 2020, 21,16% da população encarcerada possui de 18 a 24 anos e 21,5% possui de 25 a 29 anos ¹⁹.

Nesse mesmo sentido o “Mapa do Encarceramento – Os jovens do Brasil”, divulgado em parceria pela Secretaria Nacional de Juventude, da Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no Brasil, os jovens representam 54,8% da população carcerária brasileira ²⁰.

Em relação aos dados sobre cor/raça, verifica-se que, em todo o período analisado neste documento (2005 a 2012), existiram mais negros presos no Brasil do que brancos. Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número de negros encarcerados.

No que diz respeito aos *tipos penais* que mais encarceram em nosso país, verifica-se que, em dezembro de 2020, 29,91% da população carcerária estava encarcerada em razão da Lei de Drogas e 40,96% estava encarcerada em razão de crimes contra o patrimônio, as duas maiores incidências ²¹.

Referidos dados igualmente não são aleatórios, mas sim fruto de uma política criminal que apena com extremo rigor determinados crimes que envolvem violência ou uma

¹⁶ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Quanto a esses dados, cumpre ressaltar que o número de vagas no ano 2000 era de 135.710, sendo que em 2020, o número era de 455.113. Ou seja, embora o número de vagas tenha mais que triplicado em 20 anos, ainda não é suficiente ao atendimento da população carcerária, tendo em vista a sua progressão geométrica.

¹⁷ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>.

¹⁸ Em 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público.

¹⁹ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Ainda segundo esses dados, 17,41% da população encarcerada possui entre 30 e 34 anos e 20,27% possui entre 35 e 45 anos.

²⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mapa-prisao.pdf>.

²¹ <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

política específica (combate às drogas), e de forma muito mais branda os chamados crimes do colarinho branco, mais intimamente ligados às elites financeiras e intelectuais.

Essa política ainda proporciona a estes crimes a possibilidade de negociação processual penal ²², bem como, mesmo em caso de condenação, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, ou mesmo a extinção da punibilidade em caso de pagamento dos débitos, para os casos de crimes tributários.

De todos esses dados, observando-se a escalada do encarceramento em nosso país, que aumenta em ritmo muito maior do que a população, o público-alvo de nossas prisões, consistente na população jovem negra, os tipos penais que mais aprisionam, quais sejam crimes contra o patrimônio e da Lei de Drogas, é possível concluir que a finalidade de prevenção geral que fundamenta o encarceramento não atinge, na prática, os resultados almejados, uma vez que, ao que se verifica, não se observa uma queda no encarceramento pela ameaça da prisão, tampouco nas taxas de criminalidade do país ²³.

No que diz respeito aos dados disponíveis ligados à *reincidência*, tem-se que os resultados variam bastante de acordo com o conceito de reincidência adotado por cada pesquisa. Uma abrangente pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil foi realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, por meio de um acordo de cooperação técnica celebrado com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo seus resultados divulgados em 2015 ²⁴.

Para tanto, considerou-se a reincidência em sua concepção estritamente legal, aplicável apenas aos casos em que há condenações de um indivíduo em diferentes ações penais, ocasionadas por fatos diversos, desde que a diferença entre o cumprimento de uma pena e a determinação de uma nova sentença seja inferior a cinco anos – Código Penal (CP), artigos 63 e 64. A reincidência legal atém-se ao parâmetro de que ninguém pode ser considerado culpado de nenhum delito, a não ser que tenha sido processado criminalmente e, após o julgamento, seja sentenciada a culpa, devidamente comprovada.

Sabe-se que esse conceito é restritivo, uma vez que possui uma limitação temporal para nova condenação, bem como exige a formação definitiva da culpa. Mesmo assim, referida pesquisa chegou a índice de reincidência de 25% ao concluir que “a cada quatro apenados, um é reincidente legalmente”²⁵.

Porém, se considerarmos a taxa de reincidência penitenciária, ou seja, a taxa de pessoas que voltam a estabelecimentos prisionais, independentemente do conceito legal

²² Quanto a esse ponto, destaca-se a recente introdução legislativa trazida pela Lei 13.964/2019, que possibilitou a celebração de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, que abrange, em princípio, todos os crimes cuja pena mínima seja menor do que 04 (quatro) anos, o que, por exemplo, inclui crimes tributários e todos os crimes contra o sistema financeiro nacional, mas exclui a maioria dos delitos ligados à Lei de Drogas, bem como crimes que envolvam violência ou grave ameaça.

²³ Quanto a esse ponto, vide a evolução histórica do Anuário Brasileiro de Segurança Pública disponível em <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>.

²⁴ Já citada anteriormente na Nota de Rodapé 4.

²⁵ *Ibidem*, p. 113. Esse número é condizente com outras pesquisas já realizadas no país, dentre elas as pesquisas de Adorno e Bordini, Julita Lemgruber, Túlio Kahn e dados do próprio Depen. Como mencionado no próprio estudo do IPEA, conclui-se que as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado, porém os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%).

mais restritivo de reincidência, tem-se uma taxa de novos encarceramentos da ordem de alarmantes 70%²⁶.

Constatou-se ainda neste estudo, além da já referida superlotação, a falta de estrutura material no atendimento dos presos, até mesmo em itens básicos de higiene, uniformes e roupas de cama, falta de atendimento jurídico adequado por deficiência estrutural da Defensoria Pública, carência no atendimento em saúde física e psicológica, oferta deficiente da educação (que não era ofertada em todos os casos), bem como ausência de trabalho que oferecesse capacitação profissional²⁷. Religião e vínculos familiares foram considerados importantes para a ressocialização tanto pelos operadores da execução penal quanto pelos apenados.

De tais índices de reincidência, bem como das condições estruturais de nossas prisões, conclui-se, da mesma forma, pela falência da função de prevenção especial do encarceramento, uma vez que tais dados demonstram que este não cumpre a sua função de ressocialização, de modo a evitar o cometimento de novos fatos criminosos.

Quanto a essa conclusão, embora se tratem de dados gerais do Brasil, é possível afirmar que se aplicam também à Justiça Federal, na medida em que os condenados a regime fechado são encaminhados às varas de execução criminal que, via de regra, possuem competência da Justiça Estadual.

Dessa forma, escancara-se que a verdadeira função do encarceramento é a exclusão da sociedade, ainda que temporária, das pessoas que cometem determinados tipos de crimes, sendo a ressocialização e as teorias da prevenção apenas argumentos teóricos para fundamentar tal política criminal²⁸.

Mas, se a punição não funciona como resposta ao dano, porque a reação popular tem sido um clamor pelo aumento da aplicação e/ou da intensidade da punição? Elizabeth Elliott²⁹ sugere que este processo se dá mais intensamente no campo fértil de sociedades injustas com grandes classes médias pressionadas pelo construto do “contrato social” (“con-

²⁶ *Ibidem*, com base em dados do Depen. Em estudo mais recente, O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente, no relatório “Reentradas e reiterações Infracionais — Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”, de março de 2020, concluiu que 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. O estado com maior índice de reincidência, com 75%, é o Espírito Santo. Minas Gerais, registrou a menor taxa, com, 9,5%.

²⁷ Destacou-se no estudo que “As unidades prisionais também não garantiam o acesso de toda a população carcerária às ações, a equidade no atendimento e a integralidade nos serviços. Outro ponto observado foi que as equipes técnicas eram instruídas a executar os serviços de assistência, tendo em vista parâmetros que não podiam entrar em choque com as regras e normas de segurança estabelecidas pela direção das unidades. Um dos fatores que influenciavam neste aspecto era o quantitativo de agentes penitenciários disponíveis, considerado insuficiente para realizar escolta para a locomoção dos presos – problema apontado como um grande obstáculo para a implementação de algumas assistências nos presídios”.

²⁸ A prisão não é capaz de ressocializar. Quanto a isso, Baratta (1990) aponta duas grandes posições: realista e idealista. Os adeptos da posição realista, partindo da premissa de que a prisão não é capaz de se constituir em espaço de ressocialização, defendem que o máximo que ela pode fazer é neutralizar o delinquente. Em decorrência, alinham-se ao discurso oficial da prisão como prevenção especial negativa (neutralização ou incapacitação do delinquente), que está na base do recrudescimento das estratégias de contenção repressiva. No extremo oposto estão os que se inserem na posição idealista, que permanecem na defesa da prisão como espaço de prevenção especial positiva (ressocialização). Apesar de admitir seu fracasso para este fim, advogam que é preciso manter a ideia da ressocialização, visto que seu abandono acabaria reforçando o caráter exclusivamente punitivo da pena, dando à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes. In *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. 1990. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>.

²⁹ ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 132.

trato social” não como uma teoria histórica, mas como um experimento mental, imaginário, desenhado para produzir uma conclusão normativa); tensões controladas desta classe média que “adere” ao contrato social, mas está na escala inferior da riqueza material, e se indigna moralmente com os cidadãos que quebram este pacto, explicariam a constatação de que nos lugares com uma classe média baixa desenvolvida há maior apelo a uma lei criminal dura e implacável, revelando as razões subjacentes a sustentar o império da lei como posto e a escalada da punição como resposta aos conflitos da sociedade.

Nesta realidade, o que se destaca não é o objetivo de prevenção, seja geral ou especial, das penas, de eficácia discutível, mas a sua finalidade retributiva, de retribuição de um mal com outro mal, finalidade esta que, a toda evidência, é bastante questionável em termos éticos, e racionais, uma vez que a pena como punição raramente representa a reparação material ou simbólica/emocional da vítima, limitando-se ao atendimento de um possível desejo de vingança, no mais das vezes nocivo a todos os envolvidos ³⁰.

De fato, a punição aplicada preponderantemente enquanto vingança-retribuição apresenta como efeitos principais a degradação do apenado e a imposição sobre ele de um estigma perene, revelando outro aspecto da pena totalmente negligenciado pelo nosso Sistema Criminal: a sua dimensão emocional, que envolve necessariamente o tratamento dado pelo sistema ao ofensor e a vergonha estigmatizante que sobre ele recai, igualmente a reforçar o comportamento criminoso ao invés de favorecer o restabelecimento das relações.

4. O aspecto emocional da punição: a vergonha estigmatizante como reforço do comportamento criminoso

Seguindo assim na linha de entender as razões pelas quais o sistema criminal retributivo não vem encontrando bons resultados no que diz respeito à redução das taxas de criminalidade, é relevante um olhar sobre as emoções e sentimentos envolvidos, em especial a vergonha, para o qual Elizabeth M. Elliott dedica um capítulo do já citado livro “Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis”.

A obra da autora, em sua totalidade, revela um olhar sensível e atento a todas as dimensões envolvidas na criminalidade, compreendendo todas as pessoas atingidas pelo ato, bem como o caráter multidimensional de cada um destes seres.

Não se trata de unicamente buscar fórmulas e teorias que reduzam a criminalidade, de solucionar este ou aquele conflito: a visão, de Justiça Restaurativa, apresentada por Elliott em sua obra vai além, buscando a verdadeira transformação das relações.

³⁰ Pois neste contexto, de apelo popular pelo recrudescimento da lei penal e de escalada do encarceramento, encontram-se nos dias atuais o Brasil e os Estados Unidos da América. Estes mesmos E.U.A. que, curiosamente, no início do século XIX, serviram de exemplo ao Velho Mundo, no que diz respeito ao tratamento digno dado nas punições de crimes, por meio do que forjaram como nação a liderança moral de que passaram a gozar nos tempos que se seguiram, conforme destaca Elliott: “Era uma democracia crescente, construída a partir das sementes de uma nova visão de mundo de igualdade e liberdade. Estes valores foram estendidos para o Sistema de Justiça Criminal em desenvolvimento, que mostrava forte contraste com a punição vexatória e violenta do Velho Mundo. O uso racional da lei era acompanhado por um uso regrado da punição” – *op.cit.*, p. 133.

Nesse contexto, a autora observa que “uma das características insidiosas do Sistema de Justiça Criminal adversarial é sua maneira distorcida e insensível de lidar com a emoção humana”³¹, destacando que qualquer expressão individual de sentimentos é vista como um problema dentro dos tribunais, problema este que deve ser gerenciado pelos funcionários para garantir a manutenção da ordem.

Ao mesmo tempo, contudo, há ampla aceitação das reações intensamente emocionais aos crimes, que sustentam a sanha punitiva, o desejo de infligir dor àquele que cometeu um crime e que, como já explorado anteriormente, vem fundamentando políticas de encarceramento crescente para grupos de pessoas e crimes selecionados.

Como bem destaca Elliott, “isto nos diz algo sobre nossa cultura e instituições, mas também camufla o fato simples e observável de que os humanos são frágeis”³². Assim, a Justiça Restaurativa tem papel relevante “em movimentar e avivar o interesse pelas emoções na Justiça Criminal”³³.

Deixar de considerar as emoções traz consequências sociais e individuais importantes no que diz respeito às possibilidades de reparação do crime e restauração das relações, tanto no que se refere à vítima, quanto ao ofensor, e também a todos os demais atingidos pelos reflexos da ação criminosa. Nesse contexto, a vergonha, que é um sentimento primordial e de importante papel moral, merece um olhar mais detalhado.

Richard Schweder traz uma definição abrangente de vergonha:

Vergonha é o sentimento profundo e altamente motivador da experiência do medo de ser julgado imperfeito. É uma experiência de ansiedade da perda de status, tanto real como antecipada, um afeto ou autoimagem que resulta do conhecimento de que somos vulneráveis ao olhar desaprovador ou ao julgamento negativo dos outros. É um terror que toca a mente, o corpo e a alma precisamente porque estamos cientes de que podemos decepcionar se comparados a um ideal partilhado e incontestado, que define o que significa ser uma pessoa boa, valiosa, admirável, atraente ou competente, dado nosso status ou posição na sociedade³⁴

Yves de La Taille destaca que “o conceito de vergonha recobre um campo de significados bastante amplo e rico” e que também chama atenção “o fato de alguns destes significados serem opostos”, como se verifica das definições trazidas pelo Dicionário Aurélio: a) desonra humilhante; opróbio, ignonímia; b) sentimento penoso de desonra, humilhação ou rebaixamento diante de outrem; c) sentimento de insegurança provocada pelo medo do ridículo, por escrúpulos etc; timidez, acanhamento; d) sentimento da própria dignidade, brio, honra.³⁵

³¹ ELLIOTT, Elizabeth M. *op. cit.*, p. 200.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 205.

³⁴ *Apud ibidem*, p. 206.

³⁵ LA TAILLE, Yves de. “O sentimento de vergonha e suas relações com a moralidade. *Psicologia: Reflexão e Crítica [online]*. 2002, v. 15, n. 1 [Acessado 10 Janeiro 2022], p. 17. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-79722002000100003>>. Epub 19 Nov 2002. ISSN 1678-7153. <https://doi.org/10.1590/S0102-79722002000100003>.

E por que a vergonha teria especial relevância no estudo da criminalidade? Elliott nos aponta que “se entendermos que as raízes da violência estão na vergonha, então aí devem começar nossas respostas à violência”.³⁶

Citando o trabalho de James Gilligan com homens violentos encarcerados, afirma:

[...]“o propósito da violência é diminuir a intensidade da vergonha e substituí-la, na medida do possível, pelo seu oposto – o orgulho – evitando assim que o indivíduo seja inundado por sentimentos de vergonha’ (1996: 111). Na vida desses homens – sobreviventes de uma história de abusos e negligência por parte de supostos cuidadores – o incentivo à violência vem do desejo de reconquistar o respeito que acreditam ter perdido por alguma agressão verbal, confronto físico ou ato desdenhoso.³⁷

Do ponto de vista do ofensor ³⁸, a forma como estruturado o sistema permite que, desde a investigação até a execução da pena, e mesmo após a ela, haja uma exposição a este sentimento, mas de uma forma unicamente estigmatizante.

Aquele que comete um ato criminoso é separado de suas demais dimensões e papéis sociais para ser visto unicamente como ‘o acusado’, ‘o réu’, ‘o encarcerado’, ‘o egresso do sistema carcerário’, o que reforça a separação e a dificuldade de transformação. De regra, esta estigmatização já é anterior, podendo ter sido iniciada com a falência no sistema familiar, escolar, etc. ³⁹.

John Braithwaite, em sua obra “*Crime, shame and reintegration*” ⁴⁰ reconhece o quão perniciosa é a estigmatização, mas defende que a vergonha é importante ferramenta de controle da criminalidade, desde que seja reintegrativa e não estigmatizante:

Vergonha reintegrativa significa que as expressões de desaprovação da comunidade, que podem variar de uma repreensão moderada a cerimônias degradantes, são seguidas por gestos de reaceitação na comunidade dos cidadãos cumpridores da lei. Esses gestos de reaceitação variam desde um simples sorriso, expressando perdão e amor, até cerimônias bastante formais de retirada do rótulo do ofensor como transgressor. A vergonha estigmatizante, em contraste, divide a comunidade ao criar uma classe de párias. Muito esforço é direcionado para rotular a transgressão, enquanto pouca atenção é dada à retirada do rótulo, para significar perdão e reintegração, para garantir que o rótulo de transgressor seja aplicado ao comportamento e não à pessoa, e isso é feito sob a suposição de que o comportamento desaprovado é transitório, realizado por uma pessoa essencialmente boa. (tradução nossa) ⁴¹

³⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 211-212.

³⁷ *Ibidem*, p. 211.

³⁸ A vítima também se vê tomada por sentimentos de vergonha, ainda que um olhar superficial possa ter dificuldade de compreender tal situação. Mas “no contexto das sociedades ocidentais, que valorizam a força, a assertividade e a autoconfiança, não é difícil perceber como as vítimas também podem sentir vergonha” (*Ibidem*, p. 218). Neste artigo, contudo, optamos por abordar apenas a vergonha do ponto de vista do ofensor.

³⁹ “As intervenções dentro da prisão focam na conduta e no que esses prisioneiros fizeram aos outros; raramente, se tanto, os programas abordam o que os outros fizeram ao indivíduo ao longo de sua trajetória até a sentença de prisão. O Sistema de Justiça Criminal em particular tem uma incapacidade inata de ver as pessoas como criaturas complexas. O indivíduo é ou vítima ou ofensor, e ‘esses dois nunca hão de se encontrar’.” (*Ibidem*, p.213)

⁴⁰ Cambridge University Press, New York, 1989.

⁴¹ “Reintegrative shaming means that expressions of community disapproval, which may range from mild rebuke to degradation ceremonies, are followed by gestures of reacceptance into the community of law-abiding citizens. These gestures of reacceptance will vary from a simple

Ainda de acordo com o autor, a exposição à vergonha de forma estigmatizante é uma ameaça à identidade do estigmatizado, que pode ser respondida com a rejeição daqueles que o rejeitaram. É neste ponto que a teoria da vergonha reintegrativa se conecta com a teoria da subcultura e com a *labeling theory* (teoria da rotulagem):

Uma das grandes contribuições da teoria da rotulagem (...) é mostrar como a estigmatização fomenta a formação de uma subcultura. Ao segregar e rejeitar os párias, a estigmatização estimula a busca, ou pelo menos a atração por outras pessoas que foram rejeitadas de forma semelhante pela cultura mais ampla (tradução nossa).⁴²

Essa subcultura vem dar suporte social para o comportamento criminoso, favorecendo a sua repetição. Assim é que Braithwaite sustenta que a vergonha reintegrativa é superior à estigmatização porque minimiza o risco de empurrar aqueles que foram envergonhados para a subcultura criminosa, e também porque a desaprovação social é mais efetiva quando inserida em relacionamentos predominantemente caracterizados pela aprovação social.

Parece-nos que esta vergonha estigmatizante apresentada por Braithwaite está relacionada àquela mencionada por Elliott como raiz da violência.

Ainda de acordo com o autor, a literatura e pesquisas sobre a dissuasão indicam um maior efeito na imposição de sanções informais do que das sanções formais da lei: as sanções impostas por parentes, amigos ou pela coletividade relevante tem mais efeito sobre o comportamento criminoso do que as sanções impostas por uma autoridade legal. Braithwaite argumenta que isso se justifica porque a reputação aos olhos das pessoas próximas importa mais do que a opinião ou as ações dos agentes da justiça criminal.

Esses achados são compatíveis com aqueles encontrados nas pesquisas sobre o desenvolvimento moral das crianças:

[...] enquanto para as crianças de até seis, sete anos de idade, um castigo expiatório (como privação de recreio ou de outra atividade prazerosa) é sentido como mais doloroso do que uma depreciação verbal ou humilhação, para aquela mais velhas, a partir de nove anos, é o contrário que se verifica.⁴³

Não se está aqui a defender a imposição de sanções pela comunidade e familiares nos moldes anteriores ao Estado Democrático de Direito. O sentido que atribuímos a sanções informais é o de manifestação de desaprovação por aqueles que são significativos para o ofensor, como exemplifica Braithwaite: um olhar severo, um balançar de cabeça, uma manifestação sobre quão chocados estão seus parentes ou como o ofensor deveria se sentir culpado, a fofoca na vizinhança, a exposição na mídia.

smile expressing forgiveness and love to quite formal ceremonies of decertify the ofender as deviant. Disintegrative shaming (stigmatization), in contrast, divides the community by creating a class of outcasts. Much effort is directed at labeling deviance, while little attention is paid to de-labeling, to signifying forgiveness and reintegration, to ensuring that the deviance label is applied to the behavior rather than the person, and that is done under the assumption that the disapproved behavior is transient, performed by an essentially good person” (*ibidem*, p. 55).

⁴² “One of the great contributions of labeling theory (...) is in showing how stigmatization fosters subculture formation. By segregating and rejecting outcasts, stigmatization fosters a search for, or at least a attraction to, others who have been similarly rejected by the wider culture” (*ibidem*, p. 26).

⁴³ LA TAILLE, Y. *Op.cit.*, p. 24.

Yves de La Taille sustenta a importância da vergonha para o agir moral, ressaltando que não se trata de um sentimento pobre, que não corresponderia a um autocontrole, pois a vergonha pressupõe um controle interno: a vergonha é a tristeza que acompanha a ideia de alguma ação que imaginamos censurada pelos outros e que também o é por nós mesmos.

Além disso, em sua forma prospectiva – que é aquela em que a vergonha é antecipada – pode impedir que a ação contrária à moral aconteça ⁴⁴.

Mas, não é demais lembrar que Braithwaite sustenta que a efetividade dessa exposição à vergonha depende de que seja seguida por gestos de reaceitação, de encerramento destas “sanções”, de reintegração do indivíduo ao seu meio social, o que torna especialmente delicado o uso da vergonha na forma proposta por Braithwaite.

Elliott afirma que a “distinção entre vergonha reintegrativa e estigmatizante, apesar de bem articulada em sua expressão teórica, foi distorcida na prática”. E continua:

⁴⁴ La Taille sustenta a vergonha é um sentimento que possui forte relação com a moral, podendo contribuir para a explicação de muitas condutas tidas como morais ou imorais. Trazendo luz sobre a relação entre a vergonha e o agir moral, o autor apresenta quatro tópicos essenciais para este vínculo: 1) a relação entre o juízo próprio (do envergonhado) e o juízo alheio, 2) a relação entre a vergonha prospectiva e retrospectiva (variável tempo), 3) os aspectos positivo e negativo da vergonha, e 4) o lugar do Eu na vergonha. Sobre o primeiro tópico, o autor refuta a ideia de que a vergonha seria um sentimento pobre e duvidoso no que diz respeito à moralidade, pois não corresponderia a um autocontrole, afirmando que a vergonha pressupõe um controle interno: “quem sente vergonha julga a si próprio”. Com relação ao segundo tópico, o sentimento de vergonha pode ser experimentado em duas situações distintas no tempo: de forma prospectiva, que é aquela decorrente da antecipação de um evento; e retrospectiva, quando desencadeada por uma ação ou situação que já está acontecendo. O terceiro tópico diz respeito ao seu aspecto negativo e positivo: “Diz-se de uma ação condenável do ponto de vista moral que ela é vergonhosa, que é uma vergonha. Em compensação diz-se do autor desta ação que é um sem vergonha ou que não tem vergonha na cara. (...) Em suma, temos a seguinte situação: quem comete um ato vergonhoso não tem vergonha. E quem tem vergonha na cara não age de forma vergonhosa. Logo, a presença da vergonha pode ser vista como coisa boa, desejável e sua ausência como sinal de má índole”. O último tópico relaciona a vergonha ao Eu, e também está relacionado aos anteriores: “a vergonha incide sobre o valor que a pessoa atribui a si mesma, (...) quem experimenta a vergonha, não julga tanto a sua ação, mas sobretudo a sua qualidade enquanto pessoa”. Em uma perspectiva de pensar a moralidade a partir da sua relação com a personalidade, entendida como um conjunto das representações de si, “o sentimento de vergonha encontra seu lugar natural. (...) Logo, podemos afirmar que a capacidade de sentir vergonha, sentimento que foca o Eu, é essencial ao agir moral”. O aspecto positivo e negativo da vergonha se relacionam diretamente com o tópico da vergonha retrospectiva e prospectiva: “No primeiro caso (retrospectiva), a vergonha é experimentada porque houve, de fato, um evento que levou o sujeito a ver-se inferior à ‘boa imagem’ que pensava ou pretendia ter de si. Se o evento em questão tiver relação com um valor moral (um crime, por exemplo), a presença da vergonha atesta que quem a experimenta tem, entre as ‘boas imagens’ que almeja, aquela consistente com o valor moral desrespeitado. Neste caso, a vergonha (assim como a culpa e o arrependimento) aponta para um lado negativo - a pessoa agiu mal - e para um lado positivo - a pessoa reconhece que agiu mal e, logo, permanece atribuindo valor moral à ação contrária (ou ausência de ação). Reencontramos aqui o sentido positivo da vergonha: quem é capaz de experimentá-la está, enquanto Eu, no campo moral, embora a ação a tenha feito, enquanto agente, passar para o outro lado (o imoral). Totalmente diferente seria o caso de uma pessoa agindo contra a moral e não sentindo vergonha (culpa ou arrependimento): neste caso, tanto o Eu quanto a ação podem ser julgados como imorais. O caso da vergonha prospectiva é diferente: como, nele, a vergonha é antecipada, a ação que contraria a moral não acontece. Ou seja, a perspectiva de ver-se inferior à boa imagem age como motivação para agir moralmente ou não agir contra a moral. Reencontramos aqui a tese de Piaget segundo a qual o medo da pessoa autônoma não é o do castigo material, mas si o de decair perante os olhos da pessoa respeitada. E, acrescentaríamos, o de decair perante os próprios olhos.” Neste último aspecto La Taille retorna ao início da análise dos tópicos da vergonha relacionados com o agir moral: a decadência perante os próprios olhos nos leva de volta ao autojuízo negativo, não necessariamente relacionado ao juízo negativo dos outros, e que, portanto, não se confunde com um mero zelo pela reputação. O autor conclui afirmando que a vergonha desempenha um importante papel no agir moral – o que não exclui outros sentimentos como compaixão, culpa, simpatia. (op. Cit. pp. 19-22).

[...] vergonha é uma emoção que guarda enormes implicações para as práticas do Sistema de Justiça Criminal, bem como para aquelas relacionadas à disciplina escolar. Como temos visto, a teoria e a pesquisa sobre a vergonha levam à uma séria reconsideração da Justiça Criminal atual e das práticas disciplinares, enquanto, ao mesmo tempo, abrem possibilidades para intervenções restaurativas que podem nos levar a progredir ainda mais na direção de nosso interesse universal em comunidades seguras e inter-relacionadas. [...] o mau entendimento e a má utilização da vergonha como ação (*causar vergonha*) pode resultar em intervenções perigosas e distorcidas que exacerbam os problemas presentes, levando-nos, então, para longe desses nossos interesses universais.⁴⁵

Na forma como estruturada a justiça criminal não há este espaço para a construção comunitária do senso de desaprovação e acolhimento por aqueles que são significativos para quem está sendo julgado pelo cometimento de um crime.

Parece-nos inegável a percepção da relevância da vergonha para o agir moral, e também como ela só será positivamente relevante para esse agir se houver reconhecimento da legitimidade daquele que a emite, quando provém de um juízo externo. E, ainda, quando este juízo externo, tomado por legítimo, causa vergonha, ela só tenderá a contribuir para um agir moral quando não houver uma exclusão, uma separação.

Assim, talvez o mais importante não seja procurar inculcar vergonha, ainda que reintegrativa, nos ofensores, mas sim abrir espaço para que esse sentimento possa ser reconhecido e significado em algum momento do procedimento criminal.

Sentir vergonha por ter feito algo considerado ‘errado’ apenas será relevante para o agir moral quando ressoar internamente como motivador para o reconhecimento do erro e para evitar repetição futura. Será, contudo, fomentador de violência e demais comportamentos transgressores, quando reforçar ou inculcar uma ideia de não pertencimento, de ser um pária, de estar à parte, de não ter valor.

Assim, é importante entender que a forma como se estigmatiza aqueles que são submetidos ao sistema de justiça criminal – e que já vieram de estigmatizações anteriores – fecha as portas para as possibilidades reais de transformação. E que a vergonha de ver sua ação ‘julgada’ por aqueles que são próximos pode ter efeito realmente transformador. Mas, para isso, é necessário abrir as portas do sistema para abarcar a comunidade que cerca o ofensor.

5. Um novo olhar sobre a punição

Seria possível, então, nesta busca, conciliar a nova perspectiva que ora se aborda para a punição com o contexto de um Estado de Direito (“Império da Lei”)?

A resposta parece estar numa revisão do uso da punição, seja na forma como na intensidade como se dá. Neste sentido, é preciso começar refletindo que encarcerar pessoas em massa, na esperança de que isso vá resolver ou atenuar a criminalidade, garantindo o

⁴⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 216.

cumprimento da lei e assim tornando as sociedades mais seguras, parece um equívoco óbvio⁴⁶.

Pois, no lugar de um movimento de recrudescimento da lei penal com agravamento das penas, propõe-se uma avaliação da eficácia da punição, e a consideração de alternativas de resposta aos comportamentos danosos, sendo certo que “não punir não é igual a não fazer nada”⁴⁷. A propósito, eis a lição de Marshall Rosenberg⁴⁸:

os pais imaginam que o contrário da punição é aquele tipo de permissividade na qual nada fazemos quando as crianças se comportam de maneira divergente aos valores dos pais [...] há outras abordagens além da permissividade. Em outras palavras, há alternativas entre deixar as pessoas fazerem o que bem entendem e aplicar técnicas coercitivas de punição. [...] Há uma abordagem alternativa à omissão e à utilização de táticas coercitivas. Esta outra metodologia requer consciência da diferença sutil, porém importante, entre ter por objetivo que as pessoas façam o que queremos (o que não recomendo) e, em vez disso, ter a clareza de que nosso objetivo é criar a qualidade de vínculo necessária ao atendimento das necessidades de todos.

Fomentar a educação baseada em exemplos sustentados e diálogo/reflexão, com espaço e estímulo à autonomia, e ao desenvolvimento da auto responsabilidade, garantindo o atendimento às necessidades básicas de todas as crianças, é o primeiro passo fundamental se o objetivo é formar cidadãos éticos, e empáticos, conscientes de seu papel na sociedade, e assim hábeis a criar um ambiente de maior atendimento à lei, e menor criminalidade – não por medo de uma punição, mas de modo consistente, por motivações intrínsecas baseadas em valores. E está posto que um investimento desta ordem, focando a prevenção das transgressões – por meio da educação e da atenção especial ao atendimento da infância de um modo global, bem como da entrega de respostas mais cuidadosas aos danos – resultaria em menor gasto público, com melhores resultados do que o que se obtém a partir da onerosa política de encarceramento em massa, que envolve custos crescentes da ordem de bilhões anuais no Brasil, sem retorno positivo, conforme já demonstrado.

No ambiente proposto de cuidado, aumentam as chances de a lei, como produto de uma democracia viva, representar os valores fundamentais compartilhados pelos indivíduos, engajados como cidadãos, assim inspirando a sua maior observação voluntária.

O mesmo ambiente ideal promove como resposta aos danos a responsabilização proporcional (a proporcionalidade raramente é observada pelo sistema criminal, e pressupõe justiça social)⁴⁹, lógica, com foco na reparação, envolvendo uma construção dialogada de Justiça, que visa ao restabelecimento de todos os envolvidos no conflito, e também assim

⁴⁶ Que não se confunda a prisão-punição com o uso do encarceramento quando necessário para conter condutas nocivas que de outro modo não possam ser contidas, o que é algo diverso, que não se identifica com a intenção de punir; em outras palavras, restringir a liberdade de um indivíduo, para impedir que perpetre violações iminentes, não é punir, assim como conter fisicamente a criança que está prestes a agredir outra não o é. A contenção de alguns atos às vezes se faz necessária, e deve vir acompanhada do tratamento adequado às suas causas. A propósito, lembra Elliott que “as prisões, nos últimos duzentos anos, eram usadas apenas como ferramentas para restringir – segurar as pessoas até que os juizes itinerantes chegassem para julgá-los, ou até que o carrasco do Estado chegasse para executá-los, ou até que suas famílias pagassem suas dívidas. A sentença de prisão, ou a ideia de cumprir uma sentença de prisão, é uma inovação relativamente recente” *Ibidem*, p. 128.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁸ ROSENBERG, Marshall. *Op.cit.*, p. 17 e 19.

⁴⁹ Cf. ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 78,79.

ganha na prevenção de novas infrações. Esta perspectiva de responsabilização é sustentada pelos teóricos da Justiça Restaurativa, em contraponto com as sanções penais punitivas do Sistema Retributivo. A respeito, a valiosa lição de Howard Zehr ⁵⁰:

o jogo adversarial exige que o ofensor defenda os próprios interesses. Aquele que ofendeu é desestimulado a reconhecer sua responsabilidade e tem poucas oportunidades de agir concretamente de modo responsável. De fato, o risco de sentenças longas de aprisionamento desestimula o ofensor a falar a verdade. [...] o senso de alienação social do ofensor só aumenta ao passar pelo processo penal e pela experiência prisional; com frequência, sentem-se vítimas do sistema e da sociedade. Por vários motivos esse processo tende a desestimular a responsabilidade e a empatia por parte daquele que praticou a ofensa. A Justiça Restaurativa tem promovido a conscientização sobre os limites e subprodutos negativos da punição. Mais do que isto, vem sustentando que a punição não constitui real responsabilização. A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular aquele que causou o dano a compreender o impacto de seu comportamento, os males que causou – e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível. Argumenta-se que este tipo de responsabilidade é melhor para aqueles que foram vitimados, aqueles que causaram o dano, e também, para a sociedade. Além da sua responsabilidade para com as vítimas e a comunidade, aquele que causou o dano tem outras necessidades. [...] devemos também considerar as suas necessidades.

Assim, respondendo à questão posta alhures, é possível concluir que sim, a revisão da punição como fundamento do Sistema Criminal pode se dar sem conflito com o Estado de Direito, ficando claro, afinal, que a implementação de políticas de responsabilização e cuidado como resposta aos danos, com a modulação da punição para uma aplicação subsidiária (quando não há outra alternativa) e considerando as necessidades de todos os envolvidos, deve em verdade levar ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito que pretendemos ser.

Por fim, observa-se ao cabo desta análise que, ainda que não fosse a realidade atual de falência patente do Sistema Punitivo, ainda assim seria urgente considerar as alternativas propostas à punição como se dá hoje em dia, por um imperativo ético que se impõe: a necessária busca de coerência pelo Sistema de Justiça, do qual se espera que pratique o que prega, e em tese busca para seus cidadãos, sendo a aplicação de violência/dor sobre outro indivíduo a antítese da construção da paz que por meio dele se almeja – “a mensagem que transmitimos como sociedade tem impactos no desenvolvimento psicológico individual. A prática da punição pelo Estado (mesmo que para corrigir) serve de exemplo e modelo e passa a mensagem de que esta é uma maneira aceitável de tratar o conflito”⁵¹.

De fato, há no âmago do conceito de punição, como é praticada atualmente, uma profunda incompatibilidade com a noção básica e universal de Justiça e de democracia, como ideais de bem viver pacífico para todos os indivíduos, assim se impondo a revisão proposta, por uma questão valorativa, de integridade, por ser a coisa certa a fazer ⁵²:

⁵⁰ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa* – Teoria e Prática. 2. ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2017, p. 30-31.

⁵¹ ELLIOTT, Elizabeth M. *Op.cit.*, p. 80.

⁵² BIANCHI, Herman *apud ibidem*.

O próprio pensamento de que um ser humano adulto deveria ter o direito ou o dever de punir outro ser humano adulto é uma indecência moral grosseira e [...] não se sustenta sob nenhum crivo ético. A resposta punitiva deve ser substituída por uma chamada à responsabilidade e reparação; e a punição deveria ser substituída pela reconciliação. A punição é destrutiva [...] porque é violenta: a reconciliação serve para a sociedade e é uma lição de humanidade.

Neste sentido, a lição magistral de Howard Zehr ⁵³:

A Justiça Restaurativa é praticada, em primeiro lugar, pelo fato de ser a coisa certa a fazer. Aqueles que sofreram o dano *devem* ser capazes de identificar suas necessidades e tê-las apontadas, aqueles que causaram dano, *devem* ser estimulados a assumir a responsabilidade e aqueles que foram afetados por um delito *devem* ser envolvidos no processo – independente do fato de os ofensores caírem em si e abandonarem seu comportamento transgressor.

De fato, parece indesejável e emergencial que se passe a olhar para a Justiça a partir de um novo paradigma filosófico, de rede, em que esta se identifique mais do que hoje como uma construção coletiva fundada nos valores da equidade e inclusão, que caracterizam e justificam o Estado Democrático de Direito, passando necessariamente esta mudança pela revisão da punição como resposta coercitiva aos danos.

6. Referências

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado*. 1990. Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge University Press, New York, 1989. 226 p.

ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado – Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. 1. ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2018. 302 p.

LA TAILLE, Yves de. O sentimento de vergonha e suas relações com a moralidade. *Psicologia: Reflexão e Crítica [online]*. 2002, v. 15, n. 1 [Acessado 10 Janeiro 2022]. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-79722002000100003>>. Epub 19 Nov 2002. ISSN 1678-7153. <https://doi.org/10.1590/S0102-79722002000100003>.

Acesso em: 10 jan. 2022.

⁵³ *Justiça Restaurativa – Teoria e Prática*, op. cit., p. 22.

ROSENBERG, Marshall. *Criar filhos compassivamente – Maternagem e paternagem na perspectiva da Comunicação Não Violenta*, 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020. 60 p.

SALMASO, Marcelo Nalesso. *Uma Mudança de Paradigma e o Ideal voltado à Construção de uma Cultura de Paz*. In: CRUZ, Fbrício Bittencourt da (coord). *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução 225 do CNJ*, 1. ed. Brasília: CNJ, 2016. Pp 16-64.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes – Justiça Restaurativa para o nosso tempo*. 4. ed., São Paulo: Palas Athena, 2020. 331 p.

_____. *Justiça Restaurativa – Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2017. 121 p.

A Restauração do Dano Moral

Marcelo Freiberg Zandavali

Juiz Federal Titular da 2ª Vara Federal em Bauru/SP. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

Sumário:

1. Introdução.
2. O Dano Moral.
3. A Justiça Restaurativa.
 - 3.1 JR no Brasil.
 - 3.2 Conceito e princípios.
 - 3.3. Justiça Restaurativa na esfera civil.
4. Justiça Restaurativa e Dano Moral.
 - 4.1. A vítima.
 - 4.2. O ofensor.
 - 4.3. A comunidade.
5. Construindo a Justiça.
6. Retomando a propriedade do conflito.
7. Restaurar o dano moral, no modelo atual de Processo Civil.
 - 7.1. JR por meio do NJP.
8. Conclusão.
9. Referências.

Resumo:

O artigo defende a possibilidade de utilização das práticas restaurativas para o tratamento dos danos morais, tendo como veículo o negócio jurídico processual, previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Dano Moral – Justiça Restaurativa – Negócio Jurídico Processual.

Abstract:

The paper argues for the possibility of using restorative practices for the treatment of moral injuries, with the contract procedures as a vehicle, provided by the Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Moral Harm – Restorative Justice – Contract Procedure.

1. Introdução

CONSULTA

O ilustre advogado Ruy Zoch Rodrigues formulou-nos a seguinte consulta:

T. F. G. propôs ação indenizatória contra L. B., porque a instituição multinacional inglesa o demitiu de função executiva ao descobri-lo portador do vírus da AIDS.

Sustentando o preconceito como móvel do ato demissório, buscou indenização pelo intenso dano moral que experimentou ao ser descartado dessa maneira. E obteve ganho de causa, fixado o valor da indenização em R\$ 50.000,00, equivalente a 500 salários mínimos.

A consulta gira em torno da possibilidade, no sistema jurídico brasileiro, de majoração da verba, considerada escassa no contexto da condição econômica das partes e da intensidade do dano.

E justifica-se a consulta, a partir do seguinte raciocínio:

A doutrina nacional, baseada no direito estrangeiro, especialmente o francês, acentua que o sentido da indenização do dano moral não é reparatório, pois “a dor não tem preço”. O que se pretende, sob a perspectiva do ofendido, é proporcionar-lhe um *status* material diferenciado de conforto, minimizando a dor que sofreu. Dá-se à vítima, através do que o dinheiro pode comprar, uma alegria que contrabalance o sofrimento.

Do ponto de vista do ofensor, o ato de pagar há de produzir a mesma eficácia de despojamento que, numa sociedade mais espiritualizada, sofreria o indivíduo ao pedir desculpas humildemente à vítima. No particular, aliás, este caso é emblemático, pois aqui se trata com um ícone do capitalismo - banco multinacional - que tem no dinheiro a medida de todas as coisas.

E há ainda o aspecto social: a agressão ilegítima ao patrimônio imaterial de um indivíduo fere o coletivo. E por aí a indenização tem o sentido restaurador desse arranhão que o ilícito produz no universo social em que se insere.

[...]

No caso em exame, o ato praticado pelo réu, um dos Bancos mais sólidos e conceituados do mundo, foi de extrema desumanidade. Usou ele contra o autor, ferido por moléstia cruel e incurável, praticamente terminal, o direito de rescisão do contrato de trabalho, como se fora, quase, uma fria denúncia vazia de locação de coisa. Se essa rescisão foi ou não aceita ou desejada pela vítima, é secundário averiguar. Não lhe restavam mais condições de discernimento para decidir de outra maneira. A fatalidade a coisificara. E assim fora ela tratada pelo empregador.

[...]

Nosso parecer é que se impõe, na espécie, como escarmento, a indenização pelo máximo permitido na legislação em vigor, consideradas também as agravantes do caso.

O parecer acima, da lavra do jurista Galeno Lacerda¹, foi elaborado após sentença de primeira instância, para subsidiar o recurso de apelação do autor, com o intuito de majorar a indenização a 10.800 salários mínimos.

A Corte gaúcha elevou a condenação do *Lloyds Bank* para 800 salários mínimos:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESPEDIDA OU DEMISSÃO, SEM JUSTA CAUSA, DE FUNCIONÁRIO (EMPREGADO), QUE É PORTADOR DO VÍRUS DA “AIDS”. ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A DESPEDIDA OCORREU EM FUNÇÃO DA DOENÇA, INCIDINDO O EMPREGADOR, INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, EM ODIOSA DISCRIMINAÇÃO, VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTESTAÇÃO, ARGUINDO QUE A SAÍDA DO AUTOR SE DEU A PEDIDO DELE MESMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO DEMANDADO. NEGA-SE PROVIMENTO, PORQUE DEMONSTRADO, SUFICIENTEMENTE, QUE A DEMISSÃO OCORREU EM VIRTUDE DA ENFERMIDADE. O DIREITO DO EMPREGADOR DE DIMITIR, SEM JUSTA CAUSA, SOFRE LIMITES E DESBORDA PARA O ABUSO DE DIREITO, QUANDO INSPIRADA TAL CONDUTA EM MOTIVO DISCRIMINATÓRIO. DANO MORAL EXISTENTE E NÃO ABSORVIDO PELO SOFRIMENTO CAUSADO PELA DOENÇA E PELO FATO DA ESPOSA DO AUTOR TER FALECIDO, POUCO ANTES, TAMBÉM EM VIRTUDE DE “AIDS”. MANTIDA A VERBA HONORÁRIA DE 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, QUE SE JUSTIFICA, ANTE A COMPLEXIDADE DO FEITO E O TRABALHO EXIGIDO DO PROFISSIONAL, PELO INUSITADO DA HIPÓTESE. APELO DO AUTOR, VISANDO A MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, COM BASE NO ART-1547 E SEUS PARÁGRAFOS, PARA 10.800 SALÁRIOS MÍNIMOS. INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA, EM R\$ 50.000,00. DÁ-SE PROVIMENTO, EM PARTE, PARA ELEVAR A INDENIZAÇÃO PARA R\$ 80.000,00.²

Do acórdão, não recorreu o banco, tendo, inclusive, depositado o dinheiro em juízo, antes do início da fase executiva.

Já naquela época, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha como parâmetro indenizatório, no caso de danos morais decorrentes da morte de familiares, quantia que variava entre 300 e 500 salários mínimos³, juízo que permanece o mesmo, nos dias de hoje:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. DANOS MORAIS. MONTANTE INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS FIXADOS POR ESTA CORTE. PRECEDENTES.

1. Acidente automobilístico com resultado morte por culpa exclusiva da empresa transportadora.
2. A jurisprudência desta Casa entende ser razoável e proporcional, com ressalva de casos excepcionais, a fixação do valor indenizatório relativo ao dano-morte entre 300 e 500 salários mínimos. Precedentes.
3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.⁴

¹ LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*. vol. 728/1996. p. 94. Jun/1996 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 4/2015. p. 819-829. Jul/2015.

² TJRS. Apelação Cível n.º 596076380, Relator Paulo Roberto Hanke. Sexta Câmara Cível, j. 25/06/1996.

³ REsp 139.779/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. 13/11/1997, DJ 15/12/1997, p. 66281 e REsp 124.565/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, j. 11/11/1997, DJ 09/02/1998, p. 22.

⁴ AgInt nos EDcl no AREsp 1935888/MT, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, j. 25/10/2021, DJe 28/10/2021).

A toda evidência, o contratante da consulta – vítima de ação discriminatória de seu empregador – obteve excepcional resultado, perante o sistema judicial brasileiro, tendo assegurada compensação por danos morais em patamar superior ao ordinário.

Todavia, estaria, de fato, reparado o dano anímico causado a T.F.G.? Como antecipou Galeno Lacerda, em seu parecer, a condenação teve o sentido “restaurador do arranção que o ilícito produz no universo social em que se insere”?

Com estas perguntas em mente, o presente trabalho defenderá a necessidade da utilização de práticas restaurativas, para tratar os danos morais, no âmbito da jurisdição civil.

2. O Dano Moral

Retomemos, de início, definições jurídicas básicas sobre os danos morais, cuja indenização foi alçada à categoria de direito fundamental (art. 5º, inciso V, da Constituição da República ⁵).

Para R. Limongi França, “dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”⁶.

Fernando Noronha, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, qualifica os danos morais do seguinte modo:

Os danos à pessoa traduzem-se normalmente na violação de direitos da personalidade, mas podem ter outras origens, como ofensas a situações jurídicas familiares, das quais é exemplo o sofrimento pela morte de familiares e até pela destruição de coisas. Todavia, ligados ou não a direitos da personalidade, poderíamos pensar classificar todos eles com base na tripartição dos direitos da personalidade concebida por Limongi França (direito à integridade física, intelectual e moral) e adotada por outros, como C. A. Bittar, no livro que escreveu a respeito dos direitos da personalidade. Na própria lei existem algumas referências a essa tripartição, como se vê, por exemplo, no art. 17 do ECA (Lei 8.069/1990), que se refere à “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”.

Se seguíssemos tal tripartição, dentro dos danos à pessoa poderíamos distinguir danos corporais (ou físicos), danos psíquicos e danos morais. Seria corporal, ou físico, o dano que se traduz em lesões à integridade corporal, isto é, como lecionava Bittar, a componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea. Exemplos deste dano seriam a morte, a incapacidade total ou parcial, a doença resultante de acidente. Seria psíquico o dano que ofende a integridade psíquica, isto é, os atributos do intelecto e do sentimento, que, como também dizia Bittar, constituem os elementos intrínsecos, ou íntimos, da personalidade. Exemplos deste dano seriam as ofensas à liberdade, à intimidade, ao sigilo e à incolumidade da mente (também chamada de integridade psíquica). Seria moral o dano que atenta contra

⁵ Art. 5º. [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Reparação do Dano Moral. *Revista dos Tribunais*. Vol. 631/1988, p. 29-37, maio/1988 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. Vol. 1/2015, p. 841-855. Jul/2015.

o conceito que a coletividade tem da pessoa, isto é, que viola elementos valorativos (ou virtudes) da pessoa, como ser social. Exemplos deste dano seriam as ofensas à identidade, à honra e às criações intelectuais.

No entanto, do ponto de vista da responsabilidade civil, a distinção entre danos físicos, psíquicos e morais não tem interesse maior, porque ela não corresponde às diferenças de tratamento jurídico que é possível registrar dentro da multiplicidade de danos à pessoa que encontramos na vida real; na verdade, se há diferenças de tratamento entre as duas categorias extremas da classificação tripartida, os danos físicos e os morais, elas já não existem entre os danos físicos e alguns psíquicos, como também não existem entre certos danos psíquicos e os morais.

Uma melhor classificação será aquela que considerar os pontos em que existem diferenças de tratamento jurídico dentro dos danos à pessoa. Deste ponto de vista, é conveniente repartir esses danos em duas categorias, uma das quais será a dos danos corporais, à saúde, ou biológicos, enquanto a outra será a dos danos anímicos, ou morais em sentido estrito. Podemos dizer que os primeiros se referem ao corpo humano, enquanto os segundos são relativos à alma.

Nesta classificação, os danos corporais, à saúde ou biológicos são aqueles que atingem o suporte vivo, a integridade físico-psíquica da pessoa, abrangendo desde as lesões corporais até à privação da vida, passando pelas situações em que as pessoas ficam incapazes de experimentar sensações, ou de entenderem e quererem, devido a lesões no sistema nervoso central (patologias neurológicas e psiquiátricas). Os danos anímicos, ou morais em sentido estrito, por seu turno, serão todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais; eles traduzem-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido.⁷

No que tange à legitimidade de se compensar danos morais mediante o pagamento em dinheiro, Limongi França, Professor da Universidade de São Paulo, preleciona:

Se o dinheiro não paga, de modo específico, o “preço” da dor, sem dúvida enseja ao lesado sensações capazes de amenizar as agruras resultantes do dano não econômico. A alegria é da mesma natureza transcendente da tristeza. “Seriam ambas... valores da mesma essência e que, por isso mesmo, poderiam ser compensados ou neutralizados, sem maiores complexidades”.

Não se trataria de restaurar os bens lesados do ofendido, mas sim “*di fare nascere in lui una nuova sorgente di felicità e di benessere, capace de alleviare le conseguenze del dolore ingiustamente provate*”.

[...]

De particular expressão é a incisiva advertência de Giorgio Giorgi: “*Se vi è stato rubato un asino, niuno dubita che dobbiato esser rissarcito del danno. Se vi hanno rubato l'onore, la quiete, la libertà, no dovete haver nulla?*”.

Outro aspecto é assinalado por Borell Maciá: “*...Cuando la muerte lleva los seres queridos, un vacío llena nuestro corazón, la amistad demostrada, exteriorizada, de nuestros familiares y amigos es un lenitivo del dolor; es la reparación que se realiza, con bienes de distinta naturaleza, pero que hasta cierto punto compensan*”.

⁷ NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. *Revista de Direito Privado*. Vol. 22/2005, p. 83-95, Abr-Jun/2005 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 1/2015, p. 903-919, Jul/2015.

Finalmente, é de se ressaltar que, a bem dizer, não se trata apenas da dor, senão de qualquer bem jurídico não patrimonial, assim como o crédito, o bom-nome, a consideração social, a identidade, a relevância cultural e o próprio interesse ecológico.⁸

A quantificação do valor da indenização, segundo José Ignácio Botelho de Mesquita, passou por três estágios:

O primeiro aparece na jurisprudência dos tribunais franceses, que, para reparação do dano moral, considerava suficiente a imposição formal de uma condenação ao ofensor, valendo mais o aspecto moral dessa condenação que o seu aspecto econômico. Com base nisso, aqueles tribunais impunham ao réu a condenação simbólica de um franco, valorizando-se o aspecto punitivo da condenação em si. O segundo estágio caracteriza-se pelo entendimento de que, a par do caráter punitivo, a condenação deveria ter um sentido compensatório de natureza econômica, mas sem a noção de equivalência própria da reparação do dano patrimonial. Chegou-se, assim, ao entendimento de que a indenização não deverá ser tão pequena, que se torne inexpressiva, nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, ficando sujeita ao prudente arbítrio do magistrado. Finalmente, o último estágio, que é o atual, corresponde ao período da exacerbação da condenação para que ela sirva de exemplo e desestimule a reiteração do comportamento ilícito, levando às últimas consequências o caráter punitivo da reparação, sempre a critério do prudente arbítrio do juiz.⁹

Como assevera Eduardo Yoshikawa, no Brasil:

[...] não são poucos os autores que afirmam ser dúplice a função da reparação do dano moral: atenuar o sofrimento da vítima (i.e., compensá-la) e punir o autor do dano. É o entendimento de Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Humberto Theodoro Júnior, Silvio de Salvo Venosa e Yussef Said Cahali, entre outros.

No mesmo sentido caminha a jurisprudência, aludindo ao caráter punitivo/sancionatório, inibitório, ou ainda educativo/pedagógico/didático da indenização (expressões que reputamos equivalentes).

De outro lado, há quem afirme a impropriedade da indenização em dinheiro.

Para Ademir Buitoni:

⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Reparação do Dano Moral. *Revista dos Tribunais*. vol. 631/1988. p. 29-37. Maio/1988 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 1/2015. p. 841-855. Jul/2015. Acesso em: 23 dez. 2021.

⁹ *apud* YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5.º, XXXIX da CF/1988 e do art. 944, caput, do CC/2002). *Revista de Direito Privado*. Vol. 35/2008, p. 77-96, Jul-Set/2008 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. Vol. 4/2015, p. 445-467. Jul/2015.

Penalizar o autor do dano pelo lado financeiro, em proveito da vítima, como a prática judiciária brasileira vem fazendo é, no mínimo, incentivar a especulação econômica nos litígios jurídicos.

É preciso que todos os operadores do direito façam uma revisão da desastrosa maneira com que doutrinadores e jurisprudência vêm tratando a matéria do dano moral, que se tornou, sem dúvida, uma rendosa indústria de indenizações pecuniárias.

Reparar os danos morais fazendo uso dos meios morais é, a nosso ver, o único modo justo, coerente e equitativo de resolver a questão. É preciso restabelecer a moralidade em matéria de dano moral, eliminando a imoral conversão da moral em dinheiro.¹⁰

Como já denunciava Limongi França:

O dano moral, assim como algumas espécies, mesmo, de dano material, não precisa ser recomposto necessariamente mediante indenização em dinheiro.

O importante é que se refaça a ordem sociojurídica lesada, o que se pode obter mediante providências variegadas, tais como publicações e outras prestações de serviços.

Daí preferirmos falar em reparação, vocábulo que inclui a indenização e dela extravasa.

11

Recuperados os fundamentos teóricos atinentes à reparação do dano moral, é momento de se trazer a debate o questionamento que se propôs ao início: a indenização paga a T.F.G. pelo *Lloyds Bank*, calculada em 800 salários mínimos, teve o potencial de lhe compensar a dor que sentiu, ao se ver descartado? Trouxe conforto, ao ver rompidas as relações profissionais que mantinha, obtidas, certamente, após dedicação e esforço pessoais? A experiência traumática foi superada?

Em relação ao réu: o *Lloyds Bank*, ou, ao menos, seus dirigentes no Brasil, diante da condenação imposta, mudaram sua conduta, seu entendimento, sobre o ocorrido?

Por fim, as pessoas próximas ao autor e aos dirigentes da instituição financeira, a comunidade estendida, as potenciais vítimas de preconceito de AIDS, tiveram, em qualquer grau, melhorada sua condição, após o pagamento da indenização?

Contribuiu, de algum modo, o processo, para que fosse superado o preconceito?

A resposta a tais indagações, atualmente, está a cobrar que se justifique a preferência pela indenização pecuniária, diante da proposta que a Justiça Restaurativa oferece, para o tratamento do dano moral.

3. A Justiça Restaurativa

John Braithwaite¹² nos lembra que, embora o termo “Justiça Restaurativa” tenha sido cunhado por Albert Eglash, em 1975, suas ideias já se apresentavam nas civilizações

¹⁰ BUITONI, Ademir. Reparar Os danos morais pelos meios morais. *Revista de Direito Privado*. vol. 16/2003. p. 37-45. Out-Dez/2003. Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 1/2015. p. 857-865. Jul/2015.

¹¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Op. Cit.

¹² BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kin-

árabe, grega e romana, nos povos germânicos da Idade Média, e até mesmo na civilização Védica (6000-2000 A.C.), para quem “aquele que expia é perdoado”.

Meiho Genshō Oshō, monge budista brasileiro, integrante de uma linhagem de mestres Zen com mais de 2500 anos, nos diz que “aprendi no zen que não se deve procurar culpados, mas sim consertar os danos”¹³.

3.1 JR no Brasil

Na década de 1990, quando do julgamento que envolveu T.F.G. e o *Lloyds Bank*, o movimento restaurativo era desconhecido, no Brasil.

Tal situação passou a mudar nos anos 2000, muito em virtude das iniciativas de pessoas ligadas ao Poder Judiciário.

Como narra Vera Regina Pereira de Andrade:

[...] foi durante este último período, nomeadamente a partir de 2004, que a “tradução” do movimento restaurativo ocorreu no Brasil, definindo-o como um paradigma cada vez mais emergente, cujos protagonismos sempre pertenceram ao poder judicial. Trata-se de um protagonismo personalizado que é conduzido por pessoas muito específicas (especialmente juízes), de tal modo que a continuidade dos programas de justiça restaurativa no Brasil, na sua maioria, depende destes atores.

[...] a ‘tradução’ (ou construção) da justiça restaurativa pelo poder judicial brasileiro pode ser mapeada num *continuum* no qual é possível identificar dois processos. Primeiro, um processo autodefinido como ‘implementação’ de práticas restaurativas no Brasil através do lançamento de três projetos-piloto nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal. A implementação de tais projetos-piloto foi apoiada pelo Secretário da Reforma do Poder Judiciário (Ministério da Justiça) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 2007, e durante um período de aproximadamente seis anos (2005-2010).

Segundo, um processo de ‘institucionalização’ das práticas de justiça restaurativa, que tem como referência as Resoluções n. 125/2010 e n. 225/2016, ambas emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça do Brasil (CNJ), que conferem um grande impulso ao movimento restaurativo até estes dias (2010-2017).¹⁴

dle.

¹³ O Pico da Montanha é Onde Estão os Meus Pés. 2. ed. SC: Daissen, 2020. p. 103.

¹⁴ Os textos em inglês, citados neste artigo, foram traduzidos livremente, com o auxílio da ferramenta *DeepL Tradutor* (deepL.com). Em notas de rodapé, seguirão no original:

“[...] it was during this last period, namely from 2004 onwards, that the ‘translation’ of the restorative movement occurred in Brazil, setting it as an ever-emerging paradigm, whose protagonisms always belonged to the judicial power. Such is a personalized protagonism it is led by very specific people (especially judges), so much so that the continuity of restorative justice programmes in Brazil, for the most part, depends on these actors.

[...] the ‘translation’ (or construction) of restorative justice by the Brazilian judiciary power can be mapped in a continuum in which it is possible to identify two processes. First, a process self-defined as ‘implementation’ of restorative practices in Brazil through the launch of three pilot projects in the states of Rio Grande do Sul, Sao Paulo and Distrito Federal. The implementation of such pilots was supported by the Secretary of the Reform of the judiciary power (Ministry of Justice) and the United Nations Development Programme (UNDP) back in 2007 and for a period of approximately six years (2005-2010). Second, a process of ‘institutionalization’ of restorative justice practices, which has as a benchmark the Resolutions n. 125/2010 and n. 225/2016, both issued by Brazil’s National Council of Justice (CNJ),⁸ which grant a great deal of momentum to the restorative movement up until these days (2010-2017).” (Pereira de Andrade, Vera Regina. “Restorative Justice and Criminal Justice:

A importância das ações dos juízes foi ressaltada por Salm e Leal:

O Estado constitui-se, assim, em apenas mais uma instituição ou elemento que possa contribuir com as dinâmicas e práticas restaurativas sem poder soberano ou de violência e imposição, fazendo-se como convidado de honra, a contribuir, como mais um (e apenas mais um) elemento na construção multidimensional e multifacetária da Justiça.¹⁵

Vera Regina Pereira de Andrade, por sua vez, designa o movimento de “justiça restaurativa judicial”¹⁶.

3.2 Conceito e princípios

De acordo com o Professor João Salm, Ph.D. pela Escola de Justiça e Investigação Social da *Arizona State University*:

A Justiça Restaurativa é um conjunto de princípios e práticas que, por meio da participação, do engajamento e da deliberação, nos permite humanizar o desumanizado e construir a justiça coletivamente.

São princípios da Justiça Restaurativa: valores humanizantes, relações, responsabilidade coletiva e individual, tratar o dano e o fortalecimento da comunidade.

As práticas restaurativas são: mediação vítima-ofensor, círculos de paz, conferências familiares e comissões de verdade e de reconciliação.¹⁷

Na definição de Howard Zehr:

A justiça restaurativa é um processo que envolve, na medida do possível, aqueles que têm um interesse num delito específico, para identificar e tratar coletivamente os danos, necessidades e obrigações, a fim de curar e corrigir as coisas o mais possível.¹⁸

John Braithwaite traz a lição de que:

A justiça restaurativa tem a ver com a restauração das vítimas, restauração dos infratores, e restauração das comunidades (Bazemore e Umbreit 1994; Brown e Polk 1996). Uma resposta à questão “O que deve ser restaurado?” é qualquer que seja a dimensão da restauração que interessa às vítimas, infratores, e comunidades afetadas pelo crime. A deliberação das partes interessadas determina o que significa a restauração num contexto específico.¹⁹

Limits and Possibilities for Brazil and Latin America.” *International Journal of Restorative Justice*, vol. 1, no. 1, 2018, p. 9-32. HeinOnline).

¹⁵ SALM, João. LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, n. 64, julho/2012, p. 222.

¹⁶ Restorative Justice and Criminal Justice: Limits and Possibilities for Brazil and Latin America. *International Journal of Restorative Justice*. Num. 1, Vol. 1, 2018. P. 9-32, HeinOnline. Acesso aos 14 de janeiro de 2022.

¹⁷ Aula proferida aos 11/06/2021, em curso oferecido pela EMAG da 3ª Região. O Professor Salm resalta que o conceito foi desenvolvido pela Professora Elizabeth M. Elliot.

¹⁸ “Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.” (ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. Good Books, 2014. Edição digital Kindle. p. 33).

¹⁹ “[...] restorative justice is about restoring victims, restoring offenders, and restoring communities (Bazemore and Umbreit 1994; Brown and Polk 1996). One answer to the “What is to be restored?” question is whatever dimensions of restoration matter to the victims, offenders, and communities affected by the crime. Stakeholder deliberation determines what restoration means in a specific context”. (BRAITHWAITE,

De acordo com Zehr, os três pilares da JR são:

- a) danos e necessidades: para a JR, a justiça principia com a preocupação pela vítima e suas necessidades. A JR procura reparar o dano, tanto quanto possível, concreta e simbolicamente. O foco no dano implica, também, preocupação com o dano experimentado pelos ofensores e pela comunidade. O objetivo é obter uma experiência de cura para todos os envolvidos;
- b) obrigações: a JR enfatiza o dever de prestar contas e a responsabilidade. Prestar contas significa que o infrator deve compreender as consequências do seu comportamento, e que assim tem a responsabilidade de corrigir as coisas tanto quanto possível. A obrigação principal é do ofensor, mas a comunidade e a sociedade também têm obrigações em face dos envolvidos;
- c) engajamento ou participação: às vítimas, aos infratores e à comunidade são atribuídos papéis importantes para se chegar à justiça. Estas partes interessadas devem fornecer informações sobre si e envolverem-se no processo de decidir o que a justiça requer em cada caso.²⁰

E como as práticas restaurativas funcionam? Segundo Adriaan Lanni, professora da Universidade Harvard:

Há duas teorias primárias. A teoria da vergonha reintegrativa de Braithwaite argumenta que a justiça restaurativa funciona porque enfatiza a injustiça do delito ao mesmo tempo que mantém o respeito pelo delinquente. A participação de familiares e outras pessoas que o infrator respeita e confia numa atmosfera não estigmatizante pode ajudar o infrator a aceitar a responsabilidade e a sentir remorsos pelos danos causados. Os infratores que expressam remorsos e trabalham para reparar os danos são perdoados e reintegrados na comunidade de cidadãos cumpridores da lei. De acordo com esta teoria, tanto as lições morais aprendidas no processo restaurativo como o sentimento de ser bem recebido de volta à comunidade, em vez de estigmatizado, reduzem a probabilidade de reincidência. Uma teoria relacionada e complementar da razão pela qual a justiça restaurativa funciona é a teoria da justiça processual, que defende que os cidadãos têm mais probabilidade de cumprir a lei quando acreditam que são tratados de forma justa no processo penal.²¹

John. Restorative Justice and Responsive Regulation. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kindle).

²⁰ ZEHR, Howard. The little book of restorative justice. Good Books, 2014. Edição digital Kindle, pp. 21-23.

²¹ “There are two primary theories. Braithwaite’s reintegrative shaming theory argues that restorative justice works because it emphasizes the wrongfulness of the offense while still maintaining respect for the offender. The participation of family members and other people the offender respects and trusts in a non-stigmatizing atmosphere can help the offender accept responsibility and feel remorse for the harm caused. Offenders who express remorse and work to repair the harm are forgiven and reintegrated into the community of law-abiding citizens. According to this theory, both the moral lessons learned in the restorative process and the feeling of being welcomed back into the community rather than stigmatized reduce the likelihood of reoffending. A related and complementary theory for why restorative justice works is procedural justice theory, which holds that citizens are more likely to comply with the law when they believe they are treated fairly in the criminal process.” (Taking Restorative Justice Seriously. Buffalo Law Review n.º 3, volume 69, maio de 2021. Disponível em HeinOnline, acesso aos 14 de janeiro de 2022).

3.3. Justiça Restaurativa na esfera civil

Embora, nas últimas décadas, tenha dado seus primeiros passos no tratamento de danos decorrentes de crimes, a JR não está confinada na estrutura da Justiça Criminal, alcançando conflitos familiares, comunitários, em escolas, corporativos, e assim por diante ²².

Para Braithwaite, a Justiça Restaurativa tem o potencial de transformar todo o sistema legal:

Já foram exploradas as possibilidades de justiça restaurativa e de regulação responsiva numa notável variedade de campos jurídicos – delito criminal, bullying escolar, justiça indígena, queixas de consumidores contra lares de idosos, regulação nuclear, regulação financeira, outras áreas de regulação empresarial, direitos humanos, e a regulação de conflitos armados. Este capítulo alarga ainda mais a aplicação da justiça restaurativa por todo o sistema legal. O argumento será que [...] é possível transformar todo o sistema legal para um mais justo através de uma nova versão radical do processo legal de acordo com os princípios da justiça restaurativa e da regulação responsiva.²³

4. Justiça Restaurativa e Dano Moral

O atual sistema de resolução judicial dos conflitos que envolvem danos morais não atenta para as necessidades dos envolvidos. Vítima e ofensor, atuando em um sistema adversarial, estão presos aos limites legais da contenda, estão presos a interesses próprios. A restauração das relações não é levada em conta. A comunidade em que ocorreu o dano é ignorada.

Retornando à história de T.F.G: qual o interesse revelou o Sistema de Justiça para com as relações entre as partes, mesmo após o pagamento da indenização?

Em verdade, esteve indiferente o Estado para com o destino de T.F.G., ou para com a conduta futura do *Lloyds Bank*, contentando-se com a presunção de que a compensação e a punição, plasmadas no dinheiro pago ao autor, fossem suficientes para dar conta da lesão moral que atingiu a vítima.

Todavia, a multidimensionalidade humana foi ignorada. Lidou-se com o sofrimento e o trauma pelo método redutor de mercado: simplório cálculo econômico.

Na pena de Braithwaite, “[...] os seres humanos são animais relacionais. Por conseguinte, é difícil compreender ou resolver as suas disputas se as relações forem excluídas como juridicamente irrelevantes” ²⁴.

²² ELLIOT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis*. SP: Palas Athena, 2018. p. 122.

²³ “Already the possibilities of restorative justice and responsive regulation have been explored in a remarkable variety of legal fields - criminal offending, school bullying, Indigenous justice, consumer complaints against nursing homes, nuclear regulation, financial regulation, other areas of business regulation, human rights, and the regulation of armed conflict. This chapter expands the ambit further to legal process across the entire legal system. The argument will be that [...] it is possible to transform the entire legal system to a more just one through a radical remake of the legal process according to the principles of restorative justice and responsive regulation.” (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kindle).

²⁴ “Human beings are relational animals. It is therefore hard to understand or resolve their disputes if relationships are excluded as legally irrelevant”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição

Assim também Stout e Salm ²⁵:

A multidimensionalidade refere-se aos seres humanos como seres físicos, emocionais, intelectuais e espirituais (Ross, 1996, p. 152). Assim, “cada indivíduo é [deve] tratado nas suas dimensões humanas mais completas (psico, socio, bio, espiritual, e outras dimensões)” (Farmer, 2005, p. XIV).

[...] nem tudo na sociedade pode ser decidido com base em cálculos racionais e prescrição autoritária. Na sua teoria da Delimitação dos Sistemas Sociais, Ramos (1981) observa que a razão, outrora um método através do qual o certo e o errado eram determinados, foi reduzida a um mero “cálculo das consequências” (Hobbes, 1968, p. 41). Ramos chama a isto a “transvalorização da razão” (p. 5) – da determinação do significado do bem (raciocínio ético) para o objetivo funcional de calcular o custo-benefício (racionalidade instrumental). Este processo resulta na redução de uma ação social significativa para um mero comportamento transacional. [...] Esta mesma teoria básica pode ser encontrada no trabalho dos teóricos críticos da Escola de Sociologia de Frankfurt. Mais particularmente, Habermas (1989) afirma que a esfera social foi transformada pela expansão da racionalidade instrumental das transações econômicas para outras arenas de ação social. Embora tenhamos vindo a aceitar o interesse próprio nas transações econômicas, estes pressupostos e comportamentos associados inseriram-se em outras esferas da sociedade política e civil através daquilo a que se tem chamado uma “refeudalização” ou “colonização do mundo da vida” (p. 54). Através da ‘economização do mundo’ (Waldo, 1988, p. 931), todas as formas de relação social se tornaram transações comportamentais com caráter de mercado.

[...] Marcuse (1964) conceitualizou isto como unidimensionalidade. Os seres humanos na sociedade ocidental moderna foram socializados para perseguirem apenas interesses e paixões privados e ignorarem a condição emocional, espiritual, social e política, ignorando assim a busca do bem público (Arendt, 1958; Hirschman, 1977).

Reduzir a reparação do dano moral ao pagamento de dinheiro deixa de lado as múltiplas dimensões de cada uma das partes interessadas no conflito.

digital Kindle).

²⁵ “Multidimensionality refers to humans as physical, emotional, intellectual, and spiritual beings (Ross, 1996, p. 152). Thus, ‘each and every individual is [must be] treated in her fullest human dimensions (psycho, socio, bio, spiritual, and other dimensions)’ (Farmer, 2005, p. xiv).

[...] not everything in society can be decided based on rational calculation and authoritative prescription. In his theory of Social Systems Delimitation, Ramos (1981) notes that reason, once a method through which right and wrong were determined, has been reduced to a mere ‘reckoning of consequences’ (Hobbes, 1968, p. 41). Ramos calls this the ‘transvaluation of reason’ (p. 5) – from determining the meaning of good (ethical reasoning) to the functional purpose of calculating cost-benefit (instrumental rationality). This process results in the diminution of meaningful social action to mere transactional behavior. [...] This same basic theory can be found in the work of the Frankfurt School of Sociology’s critical theorists. Most particularly, Habermas (1989) claims that the social sphere has been transformed by the expansion of instrumental rationality from economic transactions into other arenas of social action. While we have come to accept self-interest in economic transactions, these assumptions and associated behaviors have even inserted themselves throughout other spheres of association in political and civil society through what has been called a ‘refeudalization’ or ‘colonization of the life-world’ (p. 54). Through the ‘economization of the world’ (Waldo, 1988, p. 931), all forms of social relationship have become behavioral transactions with a market-like character.

[...] Marcuse (1964) conceptualized this as one-dimensionality. Human beings in modern western society have been socialized to pursue only private interests and passions and to ignore emotional, spiritual, social, and political condition, thus ignoring the pursuit of the public good (Arendt, 1958; Hirschman, 1977).” (STOUT, Margaret. SALM, João. What restorative justice might learn from administrative theory. *Contemporary Justice Review*, 14: 2, 203— 25.

Disponível em www.comitepaz.org.br/blog/Stout%20&%20Salm%202011%20CJR.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

4.1. A vítima

Para T.F.G., que se viu descartado por seus pares, mesmo padecendo de doença grave, o dinheiro pode não assumir relevância central. Lutando pela vida, não encontrou amparo, mas o cálculo econômico, como “remédio” pelo banimento do ambiente profissional.

O potencial trauma não mereceu tratamento.

Segundo Judith Herman ²⁶, com o trauma psicológico surge o sofrimento do impotente, que coloca em questão o relacionamento humano básico. Eventos traumáticos agridem os vínculos familiares, de amizade, de amor e os comunitários. Eles quebram a construção do *self*, que é formado e sustentado na relação com os outros. Minam o sistema de crenças que dá sentido à experiência humana. Violam a fé das vítimas em uma ordem natural ou divina e jogam a vítima em um estado de crise existencial.

Denote-se que o processo judicial também não serviu de instrumento para se perquirir os reais motivos pelos quais o *Lloyds Bank* deliberou por descartá-lo. Não houve possibilidade, então, de a vítima conhecer os porquês do mal que lhe foi causado, impossibilitando o sentido de encerramento – *closure* – que lhe permitiria superar o trauma.

4.2. O ofensor

Os dirigentes do *Lloyds Bank* desvencilharam-se da questão por meio de pagamento em pecúnia. Não reconheceram sua responsabilidade pela conduta discriminatória.

Segundo Stout e Salm, “é pela assunção de responsabilidade que a punição é reinterpretada na justiça restaurativa.”²⁷

Nesta linha, Zehr informa que:

Quando alguém prejudica outrem, tem a obrigação de corrigir o mal. Isto é o que deveria ser chamado de justiça. Significa levar os ofensores a compreenderem e reconhecerem o mal que fizeram e, em seguida, tomarem medidas, mesmo que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo.²⁸

De outro lado, nenhuma ação foi encetada para tratar das necessidades de quem tomou a decisão de demitir T.F.G.

Os dirigentes do *Lloyds*, provavelmente, não possuíam interesse econômico em afastar quem já ocupava cargo de destaque na instituição. Assim, não se sabe se o fizeram por preconceito, ou por infundado receio de contaminação.

Na perspicaz ponderação de Adriaan Lanni:

²⁶ ELLIOT, Elizabeth M. O. Cit., p. 228-229.

²⁷ “[...] it is through taking responsibility that punishment is reinterpreted in restorative justice.” Obra citada.

²⁸ Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça, p. 186.

A justiça restaurativa visa que os infratores aceitem a responsabilidade pelas escolhas que fazem, reconhecendo ao mesmo tempo que essas escolhas podem ser limitadas pelas condições sociais e econômicas e influenciadas pela própria experiência de trauma e vitimização do infrator.

Como Danielle Sered explica: no seu melhor, a justiça restaurativa desafia e permite-nos manter verdades aparentemente contraditórias ao mesmo tempo. A justiça restaurativa permite-nos reconhecer que o contexto em que o dano ocorre quase nunca é correto ou justo, e mesmo dentro desse contexto, cada um de nós é responsável por construir as vidas mais éticas, mais justas que podemos. A JR honra o dinamismo e a autodeterminação de cada pessoa, sem nunca fingir que existimos independentemente do nosso contexto ou das nossas (muitas vezes injustas) restrições.²⁹

4.3. A comunidade

Seria a presença de T.F.G., sabidamente portador do vírus HIV, “má para os negócios”? Por trás do desligamento, estaria a avaliação de que os clientes do banco sentir-se-iam “incomodados”? Em caso positivo, a própria comunidade em que envolvido o banco estaria a demandar tratamento, para que se pudesse melhor conviver com o preconceito.

De acordo com Elizabeth M. Elliot:

Quando as pessoas cometem ofensas, apesar de seus vínculos, os processos da Justiça Restaurativa olham tanto para o ato danoso como para os relacionamentos que foram afetados, e determinam como esses relacionamentos podem ser fortalecidos para o benefício de todos. Isto é particularmente importante em situações em que a comunidade não é saudável. O bem do indivíduo está intrinsecamente conectado com o bem da comunidade, e vice-versa.³⁰

Se a comunidade em que inseridos os dirigentes do banco, seus funcionários e clientes, age com base nesse preconceito, em que o pagamento da indenização por dano moral alterou estas relações, contaminadas pelo pensamento discriminatório?

5. Construindo a Justiça

O tratamento do dano moral, na forma defendida pelos princípios e práticas restaurativos, apresenta-se como meio adequado para a efetiva pacificação e fortalecimento das relações comunitárias.

²⁹ “Restorative justice aims to have offenders accept responsibility for the choices they make, while recognizing that those choices may be constrained by social and economic conditions and influenced by the offender’s own experience of trauma and victimization. As Danielle Sered explains: [at] its best, restorative justice challenges and allows us to hold seemingly contradictory truths at the same time. Restorative justice allows us to acknowledge that the context in which harm takes place is almost never right or fair, and still, even within that context, each one of us is responsible for carving out the most ethical, most righteous lives we can. It honors each person’s dynamism and self-determination while never pretending we exist independent of our context or our (often unjust) constraints”. (Taking Restorative Justice Seriously. Buffalo Law Review n.º 3, volume 69, maio de 2021. Disponível em HeinOnline, acesso aos 14 de janeiro de 2022).

³⁰ ELLIOT, Elizabeth M. O. Cit., p. 192.

Nas palavras do Professor João Salm: “Permitimos que cada um conte sua história, para poder tratar o dano. Tratamos o dano porque buscamos a transformação. Não queremos resolver conflitos, queremos transformar e fortalecer as relações”³¹.

Como ensina Howard Zehr:

A verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente. Nesse contexto, a justiça pode significar uma mudança ao invés da volta à situação anterior.³²

Ao focar no conceito de dano, a Justiça Restaurativa orienta-se para o atendimento das necessidades daqueles que sofreram danos e daqueles que agiram de modo a causar danos. A comunidade é chamada a abordar questões mais amplas de justiça social. Na JR, busca-se a cura de cada um dos indivíduos afetados pelo dano, e a cura coletiva da comunidade. Olham-se as necessidades de todos, a fim de determinar que opções de cura podem ser necessárias. A cura deve ser considerada caso a caso, não havendo receitas mágicas pré-determinadas. O processo de cura envolve grande atenção e planejamento, a fim de atender às necessidades de todas as partes envolvidas no evento danoso, e para reconquistar o entendimento das responsabilidades comunais³³.

Na mesma senda, Zehr:

Os ofensores devem responder pelos seus atos, mas a sociedade também. A sociedade deve responder às vítimas, ajudando a identificar e atender suas necessidades. Da mesma forma, a comunidade deve atender às necessidades dos ofensores, buscando não apenas restaurar, mas transformar. A responsabilização é multidimensional e transformadora.³⁴

6. Retomando a propriedade do conflito

Por último, mas não menos importante, cabe mencionar que o entendimento do que aconteceu, e de quais as consequências adequadas para tratar o dano, deveriam ser definidos por T.F.G. e seus empregadores e, não, deixados ao alvitre de advogados – “ladrões de conflito profissionais”³⁵, que não têm maior conhecimento sobre o significado da demissão, ou o significado da vivência profissional de T.F.G. com seus antigos colegas de banco.

Nas palavras de Nils Christie:

³¹ Aula do dia 05/11/2021.

³² Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça. SP: Palas Athena, 2008. p. 179.

³³ ELLIOT, Elizabeth M. Op. Cit., p. 226-226.

³⁴ Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça. SP: Palas Athena, 2008, p. 190.

³⁵ A expressão é de Nils Christie, formulada no artigo citado em sequência.

Há aqui [...] muitos interesses em jogo, a maioria deles relacionados com a profissionalização.

Os advogados são particularmente bons em roubar conflitos. Eles são treinados para isso. São treinados para prevenir e resolver conflitos. São socializados numa subcultura com um acordo surpreendentemente elevado relativamente à interpretação de normas, e relativamente ao tipo de informação que pode ser aceita como relevante em cada caso. Muitos entre nós, como leigos, experimentaram os tristes momentos da verdade quando os nossos advogados nos dizem que os melhores argumentos na luta contra o nosso vizinho não têm qualquer relevância jurídica e que, por amor de Deus, devemos calar-nos sobre eles no tribunal. Em vez disso, eles escolhem argumentos que podemos considerar irrelevantes ou mesmo errados.

[...] o grande perdedor somos nós - na medida em que a sociedade somos nós. Esta perda é, antes de mais, uma perda em oportunidades de clarificação da norma. É uma perda de possibilidades pedagógicas. É uma perda de oportunidades para uma discussão contínua sobre o que representa a Lei da Terra. Quão errado estava o ladrão, quão certa estava a vítima? Os advogados são, como vimos, treinados para concordar sobre o que é relevante num caso. Mas isso significa uma incapacidade formada em deixar que as partes decidam o que consideram ser relevante. Significa que é difícil encenar aquilo a que poderíamos chamar um debate político no tribunal. Quando a vítima é pequena e o agressor é de grande dimensão ou poder, quão censurável é, então, o crime? E no caso oposto, o pequeno ladrão e o grande proprietário da casa? Se o infrator for bem-educado, deverá então sofrer mais, ou talvez menos, pelos seus pecados? Ou se ele for negro, ou se for jovem, ou se a outra parte for uma companhia de seguros, se a sua mulher acabou de o deixar, ou se a sua fábrica falir se ele tiver de ir para a prisão, ou se a sua filha perder o seu noivo? Ou se ele estava bêbado, ou se ele estava triste, ou se ele estava louco? Não há fim para isto. E talvez não devesse haver nenhum. Talvez a Lei Barotse, tal como descrita por Max Gluckman (1967), seja um melhor instrumento de clarificação de normas, permitindo que as partes em conflito tragam a cada vez toda a cadeia de argumentos e antigas queixas. Talvez as decisões sobre a relevância e sobre o peso do que é considerado relevante devam ser tiradas dos estudiosos do direito, os principais ideólogos dos sistemas de controle do crime, e trazidas de volta para decisões livres nas salas de tribunal.³⁶

³⁶ There are [...] many interests at stake here, most of them related to professionalisation.

Lawyers are particularly good at stealing conflicts. They are trained for it. They are trained to prevent and solve conflicts. They are socialised into a sub-culture with a surprisingly high agreement concerning interpretation of norms, and regarding what sort of information can be accepted as relevant in each case. Many among us have, as laymen, experienced the sad moments of truth when our lawyers tell us that our best arguments in our fight against our neighbour are without any legal relevance whatsoever and that we for God's sake ought to keep quiet about them in court. Instead they pick out arguments we might find irrelevant or even wrong to use.

[..] the big loser is us-to the extent that society is us. This loss is first and foremost a loss in opportunities for norm-clarification. It is a loss of pedagogical possibilities. It is a loss of opportunities for a continuous discussion of what represents the law of the land. How wrong was the thief, how right was the victim? Lawyers are, as we saw, trained into agreement on what is relevant in a case. But that means a trained incapacity in letting the parties decide what they think is relevant. It means that it is difficult to stage what we might call a political debate in the court. When the victim is small and the offender big-in size or power-how blameworthy then is the crime? And what about the opposite case, the small thief and the big house-owner? If the offender is well educated, ought he then to suffer more. or maybe less, for his sins? Or if he is black, or if he is young, or if the other party is an insurance company, or if his wife has just left him, or if his factory will break down if he has to go to jail, or if his daughter will lose her fiancé, or if he was drunk, or if he was sad, or if he was mad? There is no end to it. And maybe there ought to be none. Maybe Barotse law as described by Max Gluckman (1967) is a better instrument for norm-clarification, allowing the conflicting parties to bring in the whole chain of old complaints and arguments each time. Maybe decisions on relevance and on the weight of what is found relevant ought to be taken away from legal scholars, the chief ideologists of crime control systems, and brought back for free decisions in the courtrooms.

“Em vez disso, eles escolhem argumentos que podemos considerar irrelevantes, ou mesmo errados”.

Atentos às palavras de Nils Christie, voltemos os olhos para os argumentos dos advogados do *Lloyds Bank*, para quem:

- a) o dano moral sofrido por T.F.G, acaso existente, teria sido absorvido *pelo sofrimento causado pela doença*;
- b) o dano moral teria sido absorvido *pelo fato de a esposa do autor ter falecido, pouco antes, também em virtude de “AIDS”*.

A crueldade da “argumentação” fala por si. Alienados pela cultura adversarial, os atores judiciais do banco ultrapassaram os limites da ética, apenas para defender em juízo – frise-se – um montante indenizatório menor.

Por dinheiro, valeu tudo. Inclusive, utilizar afirmações que os próprios dirigentes do *Lloyds Bank* considerariam erradas.

7. Restaurar o dano moral, no modelo atual de Processo Civil

Como se buscou demonstrar, há que se evoluir, deixando-se em segundo plano – talvez para casos de menor complexidade ³⁷ – a reparação do dano moral com base em mera indenização em moeda. Danos morais de maior relevância devem encontrar na Justiça Restaurativa o seu bálsamo.

A tendência já é refletida pela doutrina. Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos:

[...] desde o século passado, três ondas foram vistas como as mais básicas no sentido da efetividade do acesso à justiça: a primeira tentando frustrar o obstáculo econômico na fruição dos direitos humanos, o que se viabiliza pela assistência judiciária gratuita para as pessoas de baixa renda. A segunda tendo por finalidade combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses de grupo, difusos ou coletivos, por meio das ações populares ou coletivas. Já a terceira onda, objetivando combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, por todos os meios que reduzam o congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos da maioria dos Estados.

A assunção, pela sociedade, do papel de protagonista na solução amigável ou arbitral de questões, inclusive, no campo penal, as mediações vítima-ofensor e os círculos restaurativos, é o aspecto desse movimento de acesso à justiça que melhor reflete o desenvolvimento de uma consciência de cidadania ativa no jogo democrático, conflituoso e pluralista.

Ada Pellegrini Grinover vinha propondo, no processo civil, o desenvolvimento de uma “justiça conciliativa”, a partir de três fundamentos: o fundamento funcional, para enfrentar a inacessibilidade, a morosidade e o custo do Judiciário, demandando a adoção de uma política judiciária de mediação e conciliação; o fundamento social, consistente

³⁷ Logo vêm à mente os milhares de casos de “negativação pela SERASA”, de menor relevância, para os quais o simples pagamento parece ser suficiente para recompor o dano. Não há, aqui, espaço para a transformação e, assim, para as práticas restaurativas.

na função de pacificação social, que, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar, autoritariamente, a regra para o caso concreto, resumindo-se a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica; e o fundamento político, consistente na participação popular na administração da justiça, representando ela, ao mesmo tempo, instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionais de conciliação e mediação.³⁸

Roberto Portugal Bacellar e Mayta Lobo dos Santos ³⁹, por sua vez, aduzem que:

A Justiça Restaurativa se insere nessa concepção de múltiplas portas de resolução de conflitos e recomenda compatibilização estruturada na qual o encaminhamento e a abertura de uma porta não precisem concorrer com a abertura ou com o fechamento de outra. A condução adequada fará com que as soluções também possam ser mais adequadas.

[...]

A imperiosa mudança de cultura passa, no âmbito do processo civil, ao estímulo de aplicação de métodos consensuais, empoderando o cidadão a solucionar diretamente, de forma autocompositiva, seus conflitos (negociação), se necessário com auxílio de um terceiro facilitador por meio da conciliação, da mediação e da Justiça Restaurativa.

A transformação, que vai além da resolução, encara o conflito como uma oportunidade de tratar o contexto mais amplo, de analisar e compreender o sistema de relacionamentos e padrões que geram a crise. Dessa maneira, é necessária uma visão de longa distância, que enxergue além dos anseios provocados pelas necessidades mais urgentes, as quais, não raras vezes, nos levam a dar uma resposta que ofereça, em curto prazo, um alívio para a dor vivenciada, mas que não tratam o epicentro do conflito (LEDERACH, 2012).

Além do efetivo tratamento do dano, e da transformação das pessoas por este atingidas, as práticas restaurativas podem contribuir para a redução do crônico congestionamento dos sistemas judiciais. Ao assim fazê-lo, permitem ao Poder Judiciário que melhor decida os casos em que a solução consensual não foi possível – evitando, inclusive, que os grandes litigantes possam abusar de seu poderio econômico, diante do acúmulo de processos que impede efetiva atuação dos órgãos judiciais.

Essa *regulação responsiva*, como definida por Braithwaite ⁴⁰, se utiliza tanto das práticas restaurativas, como, em última instância, de meios punitivos dissuasórios e incapacitantes, para a eliminação do dano:

³⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. SP: Grupo GEN Editora, 2020. 9788530991463. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

³⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. LOBO DOS SANTOS, Mayta. *MUDANÇA DE CULTURA PARA O DESEMPENHO DE ATIVIDADES EM JUSTIÇA RESTAURATIVA*. in *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. p. 72.

⁴⁰ “I have conceived responsive regulation here as a presumption in favor of trying restorative justice first, then deterrence when that fails, then incapacitation when that fails.

[...] what the restorative and responsive theoretical position argues is not just that restorative justice is more effective than punitive justice. It is that restorative justice at the base of a regulatory pyramid increases the efficacy of punitive justice as well.

It accomplishes the latter by increasing the effectiveness of both deterrence and incapacitation”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kindle).

Concebi aqui uma regulação responsiva como uma presunção a favor de tentar primeiro a justiça restaurativa, depois a dissuasão, quando isso falha, depois a incapacitação, quando isso falha.

[...] o que a posição teórica restaurativa e responsiva argumenta não é apenas que a justiça restaurativa é mais eficaz do que a justiça punitiva. É que a justiça restaurativa, na base de uma pirâmide regulatória, aumenta também a eficácia da justiça punitiva.

A JR realiza esta última através do aumento da eficácia tanto da dissuasão como da incapacitação.

Importante frisar, contudo, que as práticas restaurativas não devem ser inseridas nas estruturas já dedicadas à conciliação e à mediação, institutos estes concebidos na estrutura adversarial de resolução de conflitos.

Como alerta Braithwaite ⁴¹:

A crítica da justiça restaurativa em matéria de ADR [alternative dispute resolution] de direito civil é que é provável que falhe quando está sob a hegemonia da advocacia por três razões. Em primeiro lugar, o instinto de reforma do advogado é de estreitar as questões - uma viragem na direção errada. Em segundo lugar, o instinto do advogado é de tramar para corromper o estreitamento, e com isso esconder da luz da verdade quaisquer aspectos maus do caso do seu cliente. Terceiro, o domínio da advocacia sobre os ADR significa que os ADR são utilizados tática e cinicamente para extrair o máximo de verdade possível de qualquer compromisso de verdade não cínica por parte do outro lado, ao mesmo tempo que se comunica enganosamente com eles, numa tentativa de os colocar no caminho errado. A não verdade e a não reconciliação são os resultados mais prováveis quando a cultura adversarial captura tanto a formulação de ADR como a apresentação pelos dois lados dos fatos a serem mediados. O que parece mais utópico sobre as ADR civis contemporâneas é a esperança de que esta cultura de advocacia adversarial possa ser transformada.

[...]

As ADR's de cima para baixo ordenadas pelos tribunais são algo que os defensores da justiça restaurativa apoiam em certas circunstâncias, embora seja provável que sejam colonizados por advogados e se tornem "litinegociação" (Parker 1999b, p. 178). Mas o caminho preferido é a justiça restaurativa de baixo para cima que ocorre antes de os advogados se encarregarem do assunto. Embora seja essencial que os advogados sejam autorizados a aconselhar os seus clientes sobre os seus direitos quando estão envolvidos em tais práticas de justiça restaurativa da base para o topo, só em circunstâncias excepcionais é que advogados devem ser autorizados a falar numa conferência.

⁴¹ "The restorative justice critique of civil law ADR [alternative dispute resolution] is that it is likely to fail when it is under the hegemony of lawyering for three reasons. First, the lawyer's reform instinct is to narrow the issues - a turn in the wrong direction. Second, the lawyer's practice instinct is to scheme to corrupt the narrowing, so it conceals from the light of truth any bad aspects of her client's case. Third, lawyer domination of ADR means that ADR is used tactically and cynically to extract as much truth as possible from any noncynical truthful engagement by the other side while communicating deceptively to them in an attempt to put them on the wrong scent. Nontruth and non-reconciliation are the most likely results when the culture of adversarial lawyering captures both the convening of ADR and the presentation by both sides of the facts to be mediated. What seems most utopian about contemporary civil ADR is the hope that this culture of adversarial lawyering can be transformed.

[...]

Top-down ADR ordered by courts is something restorative justice advocates support in certain circumstances even though it is likely to be colonized by lawyers and become "litigotiation" (Parker 1999b, p. 178). But the preferred path is bottom-up restorative justice that occurs before the lawyers take charge of the matter. While it is essential for lawyers to be allowed to advise their clients of their rights when they are involved in such bottom-up restorative justice practices, only in exceptional circumstances should they be allowed to speak at a conference". (BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Responsive Regulation. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kindle).

7.1. JR por meio do NJP

Na ausência de estrutura normativa específica ⁴² que estabeleça as diretrizes de funcionamento das práticas restaurativas, na jurisdição civil, e sendo conveniente a atuação em separado dos órgãos de mediação e conciliação, o caminho possível seria utilizar-se da regra estabelecida pelo artigo 190, do CPC ⁴³, que criou o negócio jurídico processual.

Helder M. Câmara ⁴⁴, em sua tese de doutorado, assim definiu o negócio jurídico processual:

É, na qualidade de ato processual, aquele ato pelo qual as partes de determinado processo em andamento ou de uma relação jurídica ainda não litigiosa, mas vislumbrando a possibilidade de uma futura demanda, desejam criar, modificar ou extinguir determinadas normas procedimentais, dentro dos limites permitidos para tanto. Tudo isso com o objetivo de adaptar o procedimento da lide e ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando-se sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, cuja validade estará sempre sujeita ao crivo do Judiciário, mercê do artigo 1º c/c § único do artigo 190 do CPC/2015 e do modelo constitucional do processo.

Com o NJP, Rosa Maria de Andrade Nery ⁴⁵ – embora mantendo os olhos na solução adjudicada – vislumbra um cenário semelhante àquele apresentado pela JR:

Ao encaminhar as partes e o Magistrado para a diminuição do espectro do litígio, limitando-o - o quanto possível - ao ponto central da discórdia, o legislador quer ver facilitado o encontro da solução pontual mais eficaz para a lide, com vistas a proporcionar a solução adequada do processo, abreviar ao máximo o desgaste das partes, limitar o custo do processo e possibilitar o desate da resistência das partes em tempo breve.

O juiz passa a ter um novo perfil funcional: não é mais a autoridade que se presta unicamente a dizer o direito: é a autoridade que - com atuação conciliadora - se volta para recepcionar as partes, em seus lídimos anseios, para que elas possam ajudá-lo a dizer o direito, conformado para a experiência daquele momento jurídico singular da experiência de cada um dos litigantes. Doravante as partes - no processo civil em geral - assumem um papel de interlocução mais próxima do juiz, não como antagonistas que aguardam decisão, mais como protagonistas que constroem a decisão. O juiz, de sua parte, deixa de exercer a autoridade como uma dádiva ao súdito, mas permite que as partes o ajudem na tarefa de escolher a solução e dá-la, na dose devida, aos pacientes.

⁴² Além daquela trazida pela Resolução CNJ n.º 225, de 2016.

⁴³ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁴⁴ CÂMARA, Helder. M. Os Negócios Jurídicos Processuais. Grupo Almedina (Portugal), 2018. 9788584933563. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933563/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

⁴⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. FATOS PROCESSUAIS. ATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SIMPLES. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL (UNILATERAL E BILATERAL). TRANSAÇÃO. Revista de Direito Privado, vol. 64/2015. p. 261 – 274. Out-Dez/2015.

Elizabetta Colodetti Albernaz ⁴⁶, de sua vez, antevê no NJP o surgimento de uma nova ordem jurídica, transformação que, como visto, também ‘é proposta pelo movimento restaurativo:

A ideia subjacente aos negócios jurídicos processuais é a de que se as partes puderem derivar os seus conflitos da competência dos tribunais e fazer com que sejam resolvidos por um processo em que escolham as regras, esta autonomia deve também prevalecer se decidirem manter a resolução do seu litígio perante os tribunais. Os opositores do negócio jurídico processual argumentam principalmente que isto equivale a privatizar a jurisdição, portanto, a terceirizar um dos poderes do Estado. Contudo, a ideia de que “a adjudicação pública requer uma imposição inflexível e centrada no juiz das regras legais” revelou-se ineficaz para dar respostas a uma plethora de litígios específicos que a sociedade moderna tem. Mais do que isso, o negócio jurídico processual não propõe que a jurisdição deva ser privatizada, mas estimula o diálogo entre o domínio público e o privado do litígio, tornando a atividade judicial um campo muito mais democrático.

[...] este artigo conclui que, mais do que permitir a autonomia das partes no processo, o negócio jurídico processual indica a insurgência de uma nova ordem jurídica, uma ordem que é negociada em vez de ordenada.

Contudo, e a fim de evitar a “subversão das visões”, de que alerta Zehr ^{47 48}, há necessidade de que as regras para a adoção de práticas restaurativas, pela via do negócio jurídico processual, sejam plasmadas por meio de centros ⁴⁹ que tenham nos princípios e valores da Justiça Restaurativa seu móvel central.

Tais protocolos mínimos serviriam de guias para os negócios jurídicos processuais, de forma a preservar os princípios restaurativos, os valores centrais da JR e para assegurar os direitos de todos os envolvidos.

Observe-se que o NJP é de iniciativa das partes, e a derivação não precisaria seguir, por exemplo, para órgão estatal como o CEJURE, sendo possível a derivação para um facilitador sem nenhum vínculo com o Judiciário.

Como adverte Lanni ⁵⁰:

⁴⁶ “The idea behind contract procedures is that if parties are allowed to deviate their conflicts from the purview of the courts and have them settle by a process where they choose the rules, this autonomy should also prevail if they decide to maintain the resolution of their dispute before the courts. The opponents of contract procedure mainly contend that this is equivalent to privatize jurisdiction, therefore, to outsource one of the state powers. However, the idea that “public adjudication requires an inflexible, judge-centric imposition of legal rules” was proven to be inefficient to give answers to a plethora of specific litigations that modern society has. More than that, contract procedure does not propose that jurisdiction should be privatize but stimulates the dialogue between the public and the private realms of the litigation making the judicial activity a much more democratic field.

[...] this paper concludes that, more than allowing party autonomy into the process, the contract procedure indicates the insurgence of a new juridical order, one that is negotiated instead of commanded”. (ALBERNAZ, Elizabetta Colodetti). THE BRAZILIAN CONTRACT PROCEDURE: AN ASSESSMENT OF A NEW JURIDICAL ORDER. Revista de Processo. vol. 288/2019. p. 55 – 72. Fev/2019).

⁴⁷ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça. SP: Palas Athena, 2008. p. 219.

⁴⁸ Agradeço a Sabrina Paroli por ter, ainda quando das reflexões iniciais sobre este trabalho, questionado sobre os riscos de se deixar a elaboração dos NJP’s desvinculada dos órgãos responsáveis pela institucionalização da JR no Brasil.

⁴⁹ Como o Centro de Justiça Restaurativa da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo - CEJURE, criado pela Portaria NUID nº 63, de 27 de dezembro de 2019, da então Juíza Federal Diretora do Foro, Dra. Luciana Ortiz Tavares Costa Zanoni.

⁵⁰ “Centralized standards and guidelines for restorative justice providers can help protect defendants’ rights, provide some consistency in how similar cases are treated, and ensure that restorative justice providers are well-trained and meet minimum standards.” (LANNI, Adriaan. Taking Restorative Justice Seriously. Buffalo Law Review n.º 3, volume 69, maio de 2021. Disponível em HeinOnline, acesso aos 14 de janeiro de 2022).

Normas e diretrizes centralizadas para provedores de justiça restaurativa podem ajudar a proteger os direitos das partes, proporcionar alguma consistência na forma como casos semelhantes são tratados, e assegurar que os provedores de justiça restaurativa sejam bem treinados e cumpram qualificações mínimas.

8. Conclusão

A indenização dos danos morais, em dinheiro, foi medida necessária, a fim de se evitar que a vítima não obtivesse qualquer compensação, em virtude da lesão anímica. Contudo, atualmente, as práticas oferecidas pela Justiça Restaurativa permitem que a vítima tenha múltiplas dimensões do dano restauradas, assim como buscam a cura dos danos dos demais envolvidos no conflito – inclusive, dos ofensores. A cura integral dos danos, a transformação social, o fortalecimento dos laços comunitários e do sentimento democrático são evidência da superioridade das práticas restaurativas sobre o critério puramente econômico – e fictício – que reduz a vítima à posição de consumidor. Para a implementação desta nobre Política Pública, no âmbito civil, a lei brasileira estabelece a possibilidade de as partes, sob o crivo judicial, entabularem negócios jurídicos processuais, devendo ser tomada a cautela, a fim de evitar subversões, que estes *negócios restaurativos* sejam feitos com a participação dos Centros de Justiça Restaurativa, vinculados ao Poder Judiciário, em cada uma de suas esferas.

9. Referências

ALBERNAZ, Elizabetta Colodetti. THE BRAZILIAN CONTRACT PROCEDURE: AN ASSESSMENT OF A NEW JURIDICAL ORDER. *Revista de Processo*. vol. 288/2019. p. 55–72. Fev/2019.

BACELLAR, Roberto Portugal. LOBO DOS SANTOS, Mayta. Mudança de cultura para o desempenho de atividades em justiça restaurativa. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (coord.). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016. p. 72.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2002. Edição digital Kindle.

BUITONI, Ademir. REPARAR OS DANOS MORAIS PELOS MEIOS MORAIS *Revista de Direito Privado*. vol. 16/2003. p. 37-45. Out-Dez/2003. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. vol. 1/2015. p. 857-865. Jul/2015.

CÂMARA, Helder. M. *Os Negócios Jurídicos Processuais*. Grupo Almedina (Portugal), 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933563/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, vol. 17, no.1, Janeiro de 1977, p. 1-15. HeinOnline.

ELLIOT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis*. SP: Palas Athena, 2018.

LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*. vol. 728/1996. p. 94. Jun/1996 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 4/2015. p. 819-829. Jul/2015.

LANNI, Adriaan. Taking Restorative Justice Seriously. *Buffalo Law Review* n.º 3, volume 69, maio de 2021. Disponível em HeinOnline. Acesso em: 14 jan.2022.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Reparação do Dano Moral. *Revista dos Tribunais*. vol. 631/1988. p. 29-37. Maio/1988 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 1/2015. p. 841-855. Jul/2015. Acesso em: 23 dez. 2021.

NERY, Rosa Maria de Andrade. FATOS PROCESSUAIS. ATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SIMPLES. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL (UNILATERAL E BILATERAL). TRANSAÇÃO. *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015. p. 261 – 274. Out-Dez/2015.

NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. *Revista de Direito Privado*. vol. 22/2005. p. 83-95. Abr-Jun/2005 e Doutrinas Essenciais de Dano Moral. vol. 1/2015. p. 903-919. Jul/2015. Acesso em: 23 dez. 2021.

OSHŌ, Meiho Genshō. *O Pico da Montanha é Onde Estão os Meus Pés*. 2. ed. SC: Daissen, 2020. p. 103.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. Restorative Justice and Criminal Justice: Limits and Possibilities for Brazil and Latin America. *International Journal of Restorative Justice*, vol. 1, no. 1, 2018, p. 9-32. HeinOnline.

SALM, João. LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, n. 64, julho/2012, p. 222.

STOUT, Margaret. SALM, João. What restorative justice might learn from administrative theory. *Contemporary Justice Review*, 14: 2, 203— 25. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/blog/Stout%20&%20Salm%202011%20CJR.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. SP: Grupo GEN Editora, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/>. Acesso em: 29 dez. 2021.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5.º, XXXIX da CF/1988 e do art. 944, caput, do CC/2002). *Revista de Direito Privado*. vol. 35/2008. p. 77-96. Jul-Set/2008 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. vol. 4/2015. p. 445-467. Jul/2015. Acesso em: 23 dez. 2021.

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

_____. *The little book of restorative justice*. Good Books, 2014. Edição digital Kindle.

**Justiça Restaurativa: Um Toque de
Humanidade na Resolução de Conflitos
Criminais, no Âmbito da Justiça Federal**

Mária Rúbia Andrade Matos

Juíza Federal Substituta, da 2^a Vara de Mogi das Cruzes, São Paulo.

Sumário:

1. Introdução.
2. O Direito Penal e a Justiça Retributiva.
3. A Justiça Restaurativa como novo paradigma de Justiça Penal.
4. As práticas restaurativas.
5. As Práticas Restaurativas na resolução de conflitos criminais em Varas Federais.
6. Conclusão.
7. Referências.

Resumo:

O principal objetivo do presente artigo é fazer uma reflexão acerca do emprego das práticas restaurativas nas resoluções de conflitos criminais, no âmbito da Justiça Federal, com ênfase no toque de humanidade ínsito do procedimento restaurativo. Para tanto, será feita uma breve introdução acerca do Direito Penal, enquanto justiça meramente retributiva, e a necessidade de se emergir um novo olhar sobre o sistema criminal e a forma de resolução de seus conflitos, a partir da Justiça Restaurativa. Ademais, serão abordados os principais conceitos de práticas restaurativas e como estas podem ser concretizadas na prática no âmbito federal, trazendo como principal exemplo a experiência prática do primeiro acordo de não persecução penal homologado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a partir da abordagem restaurativa.

Palavras-chave: Direito Penal. Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa. Práticas Restaurativas. Humanidade.

Abstract:

The main objective of this article is to reflect on the use of restorative practices in the resolution of criminal conflicts, within the scope of Federal Justice, with an emphasis on the touch of humanity inherent in the restorative procedure. Therefore, a brief introduction will be made about Criminal Law, as a merely retributive justice, and the need to emerge a new look at the criminal system and the way to resolve its conflicts, from Restorative Justice. In addition, the main concepts of restorative practices will be addressed and how these can be implemented in practice at the federal level, bringing as a main example the practical experience of the first non-prosecution criminal prosecution approved within the scope of the Federal Regional Court of the 3rd Region, from the restorative approach.

Keywords: Criminal Law. Retributive Justice. Restorative Justice. Restorative Practices. Humanity.

1. Introdução

Este artigo científico tem como objetivo fazer uma breve análise acerca do conceito da Justiça Restaurativa como meio de resolução de conflitos aplicável ao direito penal, especialmente a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Justiça Federal, como um toque de humanidade e de dignidade e um novo olhar para o conceito de justiça. Para tanto, será realizada uma breve abordagem acerca do Direito Penal enquanto justiça retributiva, que objetiva a punição do infrator, sendo irrelevante o efeito de retribuir o mal do crime com o mal da pena. Em seguida, serão abordados os conceitos básicos acerca da Justiça Restaurativa, como novo paradigma da Justiça Penal, embasado principalmente com os ensinamentos de Elizabet Elliott, em sua obra *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Também serão abordados os principais conceitos envolvendo as práticas restaurativas, com foco na Resolução n. 225/2016 do CNJ¹ e, por fim, como essas práticas podem ser aplicadas na resolução de conflitos no âmbito dos processos criminais, na Justiça Federal.

2. O Direito Penal e a Justiça Retributiva

O direito penal nasce com o objetivo de garantir a coexistência pacífica entre os membros da sociedade, como verdadeiro meio de controle social². Consequentemente, como decorrência de um ilícito penal, surge para o Estado o poder/dever de punir aquele que cometeu o crime, com a missão de manter a paz no seio da comunidade.

Com esse intuito e fundamento, durante muito tempo deu-se ênfase no caráter retributivo do sistema penal e a pena privativa de liberdade reinou e ainda prevalece como consequência comum do reconhecimento da prática de um crime. Inclusive, sempre que não se aplica referida pena, costuma-se coexistir o senso comum de impunidade.

Entretanto, a prática evidencia que a justiça unicamente retributiva não contribui para a ressocialização do réu, tampouco restaura a situação jurídica da vítima ao estágio em que se encontrava antes de sofrer com a prática do crime. Na prática, além de não impedir o cometimento de novos crimes, e nem garantir o objetivo maior de pacificação social, o cumprimento da pena privativa de liberdade, especialmente nos presídios brasileiros, viola uma série de direitos fundamentais e garantias do cidadão³.

¹ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 05 jan. 2022.

² BUSTOS RAMIREZ, Juan J; MALARÉE, Hernán Harmazábal. *Lecciones de Derecho Penal Volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 15.

³ Ao apreciar a ADPF n. 347/2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, consistente na violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e inércia ou incapacidade reiterada e persis-

Nesse contexto, o castigo e a violência punitiva como respostas à criminalidade apenas intensificam a própria violência que vitima os cidadãos, uma vez que pune o mal com outro mal (BRANDÃO, 2010) ⁴.

Elizabeth Elliott chama a atenção, no primeiro capítulo de sua obra *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis* para o crescimento da política do encarceramento nos últimos anos, com foco, principalmente, no sistema carcerário dos Estados Unidos, que serviu e ainda serve de modelo para vários outros países ⁵.

Dentre as principais críticas feitas ao sistema pela autora, destaca-se a sua baixíssima efetividade, uma vez que o aumento do número de encarcerados coincidiu com o aumento do número de crimes praticados, como também ao grande número de presos negros e latino-americanos, que representam a maior porcentagem dos presos naquele País, o que reflete a desigualdade social e o racismo impregnado. ⁶

Além disso, constatou-se que a maior parte da população carcerária possui baixo grau de escolaridade e, como regra, estavam excluídos do mercado de trabalho, como também tem sido a realidade nas prisões no Brasil ⁷.

Ainda segundo a autora, em sua obra *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis*:

[...] Os múltiplos períodos de encarceramento, que marcaram a maior parte dos registros de prisioneiros criminais federais, contradizem ideias como a de que o aprisionamento intimida o criminoso, ou de que as estratégias de reabilitação mudam radicalmente a maioria dos prisioneiros. Embora o aprisionamento de pessoas violentas e contumazes ofereça alguma segurança à sociedade, melhor proteção poderia ser proporcionada pela prevenção ou mitigação do ato danoso, em vez da imposição de consequências punitivas após o ato. Para aqueles que perderam a liberdade pela sentença de privação de liberdade, o encarceramento é visto como punição, ainda que a crença de que o aprisionamento não seja repressivo o bastante seja ainda um crítico conservadora comum. ⁸

Diante da fragilidade do sistema puramente retributivo, um novo paradigma de justiça penal se faz imprescindível no sentido de se buscar amenizar a fragilidade do atual, retificando as suas falhas e é nesse sentido que a Justiça Restaurativa surge, como um novo modelo de solução de conflitos e cuja implantação não implica na supressão do modelo atual.

tente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9/9/15).

⁴ BRANDÃO, Delano Cândia. *Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/>> Acesso em: 05 jan. 2022.

⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 44/45.

⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit. p. 45.

⁷ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit. p. 45.

⁸ *Ibidem*, p. 44.

3. A Justiça Restaurativa como novo paradigma de Justiça Penal

A expressão Justiça Restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, em 1977, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada *Restitution in Criminal Justice*. Albert Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação ⁹.

A Resolução n. 225/2016 do CNJ traz o conceito de Justiça Restaurativa como 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 (art. 1º, *caput*).

Ainda segundo a Resolução, é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como de seus familiares e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida, bem como um ou mais facilitadores restaurativos (art. 1º, I).

Em outras palavras, a Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de acordo voluntário, em que a vítima e o infrator, assim como outros membros da comunidade afetados pelo crime, participam de modo ativo da solução do conflito, trazendo uma nova abordagem e uma nova forma de enxergar o ato delituoso e suas consequências, como uma verdadeira releitura da aplicação da justiça.

Para compreender esse conceito e a distinção dos papéis de cada um dos envolvidos no conflito e na sua resolução, Elizabeth Elliott afirma que:

No Sistema de Justiça Criminal a “vítima”, o “ofensor”, a comunidade e o governo têm cada qual o seu papel. No entanto, o holofote está voltado para o ofensor e o governo, enquanto a vítima e a comunidade exercem papéis coadjuvantes, se forem incluídos. Em JR o foco é diferente para cada um dos participantes; além disso, os papéis fundamentais são frequentemente desafiados por exceções específicas. As questões “Quem sofreu o dano?” e “Como foram afetados?” posicionam as vítimas no centro teórico da resposta da JR. As vítimas têm oportunidade de contar suas histórias a fim de oferecer ou obter apoio para sua própria recuperação, para superar o medo gerado pelo dano e para participar integralmente do processo de tomada de decisão que produzirá planos de reparação. De modo similar, os ofensores participam contando sua história, com o apoio de pessoas de sua escolha, e se envolvem no desenvolvimento de acordo reparadores. A comunidade é representada por aqueles que apoiam as vítimas e os ofensores, por outros que podem ter sido afetados (como as testemunhas) e por facilitadores voluntários treinados em participar de processos comunitários [...] ¹⁰

⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da Justiça Restaurativa no Brasil*. O impacto no sistema de Justiça criminal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1432, 2007, p. 217.

¹⁰ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit. p. 111.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surge promovendo mudanças e revendo conceitos, contribuindo decisivamente ao surgimento de um novo foco dentro do direito penal.

Se antes o objetivo do direito penal era processar, julgar e aplicar a pena, como retribuição pelo crime praticado, a justiça restaurativa passou a preocupar-se com as questões de âmbito humano, trazendo voz aos indivíduos diretamente afetados pelo fato criminoso, através do contato e diálogo com a finalidade de restaurar as relações.

O foco do novo método de resolução de conflito passou a ser a transformação do ser humano, dando a ele a chance para refletir sobre os seus erros e buscar caminhos a serem trilhados para repará-los ¹¹.

4. As práticas restaurativas

Considerando que a aplicação da justiça criminal tradicional ainda prevalece e, apesar das críticas, ainda não há como fugir da necessidade de aplicação das penas no ordenamento jurídico atual, torna-se um desafio ainda maior concretizar as práticas restaurativas.

Na atualidade, cabe à Resolução do CNJ de n. 225/2016 a disciplina acerca da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, que dispõe acerca dos principais conceitos e princípios aplicáveis ao novo método de resolução de conflitos.

De acordo com o inciso II do art. 1º da referida Resolução, as práticas restaurativas devem ser coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras.

Estes facilitadores devem ser capacitados com vistas a facilitar o diálogo e a aproximação das partes, observando-se os princípios que regem o processo restaurativo ¹², que são essenciais para o sucesso da aplicação prática da JR. Se não houver confiança das partes envolvidas no conflito naquele que está apto a auxiliar na aproximação, dificilmente será possível prosseguir com os procedimentos restaurativos.

Além disso, as referidas práticas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido

¹¹ BITTENCOURT, Ila Barbosa. **Justiça restaurativa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

¹² Resolução n. 225/2016:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o 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.

pelo conflito e as suas implicações para o futuro (inciso III do art. 1^a da Res. n. 225/2016 do CNJ).

A Resolução do CNJ estabelece, ainda, que é condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo (art. 2^o, §2^o). Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento (art. 2^o, §3^o).

O normativo deixa claro, ainda, que todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz (art. 2^o, §4^o).

E é nesse sentido que se pode afirmar que JR busca soluções viáveis, mais sensíveis e, sobretudo, mais humanas no âmbito dos conflitos criminais, porquanto enfatiza a solução do conflito e não o seu ato causador.

O toque humano na resolução de conflitos pode ser extraído, também, dos três principais objetivos da JR para Elizabeth Elliott: a) atenção às *necessidades dos participantes*, sejam os que sofreram o dano, os que o cometeram e a comunidade afetada; b) a *cura do dano*, em sentido amplo, que envolve não apenas as responsabilidades daqueles que cometeram o dano de fazer reparos genuínos, mas também a comunidade de fazer um balanço das condições que facilitaram sua produção e, por fim, c) trata-se de um processo que *incorpora e reflete os valores desejados/identificados centrais da comunidade*, de modo seguro, cuidadoso, respeitoso e inclusivo¹³.

Deve-se registrar que o acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, contendo obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (art. 2^o, §5^o).

Também é oportuno destacar que há várias modalidades de práticas restaurativas para resolução do conflito, a exemplo da declaração afetiva, pergunta restaurativa, círculo de paz, círculos restaurativos, reuniões restaurativas, conferência familiar, dentre outros.

O Manual de Gestão para Alternativas Penais do Conselho Nacional de Justiça dedica um capítulo sobre o tema e traz, de modo detalhado, não apenas as práticas restaurativas, como também suas metodologias, os fluxos dos procedimentos e os instrumentos de trabalho¹⁴.

Por fim, a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, como será visto posteriormente, num caso concreto aplicado no âmbito da Justiça Federal.

¹³ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit. p. 111/112.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de gestão para as alternativas penais*. Brasília: CNJ, 2020. p. 93/153.

5. As práticas restaurativas na resolução de conflitos criminais em varas federais

Quando se fala em Justiça Restaurativa, seus princípios e objetivos, imagina-se, a princípio, sua aplicação em crimes que possuam como vítima direta uma pessoa física, como ocorre nos crimes de competência da justiça estadual, como regra, a exemplo de roubo, furto, ameaça, agressão e até mesmo homicídio.

Quando se trata de crimes federais, por outro lado, nem sempre aparece como vítima uma pessoa física, já que a maioria deles é praticada diretamente em desfavor da União, suas autarquias e empresas públicas federais, ou possui essas pessoas jurídicas como diretamente interessadas, a exemplo de crimes como descaminho¹⁵ e contrabando (arts. 334 e 334-A do CPB), bem como nos casos de crimes contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômica (art. 109, VI, da Constituição Federal).

Desse modo, pode-se questionar se é possível aplicar a Justiça Restaurativa mesmo nesses casos, e como pode se dar o uso das práticas restaurativas inclusive em crimes que não atinjam diretamente outro ser humano na qualidade de vítima.

E a resposta só pode ser positiva. Isso porque a Justiça Restaurativa busca responsabilizar ativamente todos os que contribuíram para ocorrência de um evento criminoso, com o intuito de restaurar os valores, as relações e os laços cindidos com a prática da violência, independentemente da existência de vítima direta.

Em sua obra “Segurança e Cuidado”, Elliott cita o conceito de Justiça Restaurativa de Susan Sharpe, enquanto uma filosofia e o define como:

[...] a justiça que coloca a energia no futuro e não no passado, ela foca no que precisa ser curado, no que precisa ser reparado, que precisa ser aprendido em decorrência do crime, objetivando curar o que foi quebrado, reunir o que foi dividido e fortalecer a comunidade para prevenção de danos futuros¹⁶.

Os danos causados com o cometimento de um crime vão muito além do dano imediato com a violação do bem jurídico protegido, e ainda que não possua pessoa física como vítima, também afeta diretamente aquele que comete o crime, que cumprirá as duras penas previstas em lei, e indiretamente seus familiares, as pessoas de seu convívio e a sociedade local. Em que pese a pena deva ser individual e intransferível, por expressa previsão constitucional¹⁷, não há como negar que a prisão de qualquer pessoa, por privar sua liberdade, e no caso das prisões no Brasil, sua própria dignidade, acaba por atingir e transferir uma carga de sofrimento e dor para a família, para os filhos e amigos do(a) autor(a) do delito.

¹⁵ José Paulo Baltazar Júnior, em sua obra “Crimes Federais”, indica como sujeito passivo do crime de descaminho (art. 334 do CPB) o “Estado”, ou mais precisamente, a União, sujeito ativo da obrigação tributária em relação aos tributos incidentes na operação de importação e exportação. (Crimes Federais, p. 554).

¹⁶ ELLIOTT, Elizabeth M. Op. Cit. p. 109.

¹⁷ Princípio da intranscendência, previsto no Art. 5º, XLV, da Constituição Federal: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Os processos restaurativos também procuram entender as razões e os caminhos que levaram o indivíduo a transgredir a lei penal, as suas dores, seus anseios, seus sonhos, o que acaba sendo um importante passo para ressocialização efetiva do indivíduo, o que dificilmente ocorreria aplicando a lei penal de modo tradicional, porque não há espaço para esses tipos de questionamentos, por não ser seu foco e nem seu objetivo principal.

Recentemente, a 2ª Vara Federal de Mogi das Cruzes, no Estado de São Paulo, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com o intuito de trazer esse novo olhar e enfoque nos processos e julgamentos de crimes federais, deu início à aplicação da Justiça Restaurativa em alguns casos concretos e os primeiros resultados já mostraram que o toque de humanidade ínsito às práticas restaurativas pode fazer diferença na vida e no futuro daqueles que respondem a ações penais no âmbito federal.

Citando a experiência exitosa, no âmbito dos acordos de não persecução penal, realizados na Subseção de Uberaba/MG, envolvendo a Justiça Federal, Ministério Público Federal, defensores, advogados e facilitadores restaurativos, o Juiz Federal Paulo Bueno de Azevedo passou a aproveitar os processos em que houve proposta de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019)¹⁸, e propor a possibilidade de solução do conflito pela via da justiça restaurativa, com apoio do Centro de Justiça Restaurativa da Justiça Federal de São Paulo (CEJURE)¹⁹.

Acerca do tema e detalhando de forma didática, o artigo científico de autoria dos Juízes Federais Fernão Pompêo e Kátia Hermínia e do Procurador da República Andrey Borges de Mendonça, intitulado “Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa”, traz importantes reflexões sobre a oportunidade de uso ANPP como derivação para a Justiça Restaurativa:

¹⁸ 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: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 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 [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

¹⁹ Para conhecer melhor a estrutura do CEJURE, acesse <http://www.jfsp.jus.br/justica-restaurativa/>.

[...] O ANPP é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, que abre uma grande janela de oportunidade para aplicação da JR, em especial pela enorme gama de infrações penais que podem ser objeto do acordo. Isso não significa que essa seja a “única porta de entrada” para a utilização da JR no âmbito penal, mas representa uma alvissareira hipótese de autorização do ordenamento jurídico para a derivação de casos para esse novo modelo de aplicação de Justiça. Isso foi reconhecido, inclusive, recentemente, na I Jornada de Direito e Processo Penal, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) entre 10 e 14 de agosto de 2020, oportunidade em que foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”²⁰.

A partir da proposta e havendo aceitação expressa de todas as partes envolvidas, o caso é encaminhado ao CEJURE e lá, após as práticas restaurativas, especialmente através dos denominados círculos, a partir da solução encontrada na esfera restaurativa, formalizam-se os termos do acordo de não persecução penal.

Em outras palavras, em vez de o Ministério Público Federal já apresentar prontamente uma proposta de acordo de modo unilateral, de acordo com os ditames legais, a própria parte autora do delito, em conjunto com os facilitadores e se for o caso, com a vítima, chega a uma solução que entende justa e adequada não apenas para reparação do dano, como para prevenção de novos delitos.

Todo o procedimento restaurativo e diálogo são realizados no âmbito do CEJURE, sem a participação do Ministério Público Federal ou do magistrado e regido pelo princípio da confidencialidade. Ao final, havendo êxito em todos os procedimentos e concluindo os trabalhos voluntariamente, os facilitadores apresentam um relatório final, com as propostas de acordo e submetem ao juízo para homologação.

O primeiro caso submetido à Justiça Restaurativa na 2ª Vara Federal de Mogi das Cruzes referia-se ao delito de moeda falsa (Art. 289, §1º, do CPB)²¹ e, embora a vítima direta do ato delituoso não tenha aceitado participar do procedimento, não impediu a continuidade e êxito dos trabalhos²².

De acordo com o relatório do procedimento restaurativo acautelado aos autos do processo acima referido, os procedimentos duraram em torno de 07 (sete) meses e foram compostos por oito pré-círculos²³, dos quais aceitaram participar os dois réus, a irmã e a esposa de um deles. O plano de ação foi firmado no terceiro e último círculo e apresentado em

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompêo de; RONCADA, Katia Herminia Martins Lazarano. Acordo de não persecução penal e a justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social. In: **Direitos fundamentais em processo**: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. Brasília: ESMPU, 2020, p. 81/82.

²¹ Autos de n 0004968-26.2016.403.6133;

²² Também disponível em <https://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2021/08062021-jfsp-homologa-o-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-penal-atraves-da-justica-restaurativa?sword_list%5B0%5D=cejure&no_cache=1>

²³ O pré-círculo é a primeira etapa do processo, em que a(s) pessoa(s) que iniciou e os convidados serão ouvidos, seguindo essa ordem. É também nessa fase em que o Ato a ser trabalhado no Círculo será definido em conjunto com a pessoa que iniciou o processo. Nesse momento, o Facilitador escuta empaticamente cada participante e explica o processo passo a passo, pergunta, a cada um, quem mais precisa estar presente no Círculo para que a situação seja modificada no futuro e certifica-se de que, dentro das condições apresentadas, a pessoa gostaria de seguir em frente. É nessa etapa que o facilitador prepara as pessoas para o círculo, tendo definido quem são os participantes, o local do círculo, a data e horário. Disponível em “Manual de Práticas Restaurativas”, de Leoberto Brancher, PNUD, 2006, p. 14.

forma de termo de acordo, que envolveu ações sociais em favor da comunidade em que residem os autores do delito, a exemplo de campanha para articular a comunidade na arrecadação de agasalhos e cobertores a serem entregues ao CRAS local; articulação de campanha para arrecadar brinquedos em bom estado de conservação, bem como dinheiro para a compra de brinquedos ²⁴, a serem doados para serviços de acolhimento institucional para criança e adolescentes.

A compra dos brinquedos, a arrecadação dos cobertores e as respectivas entregas foram realizadas pelos demandados, que acordaram participar ativamente de todas as campanhas na comunidade local.

Por fim, diante do êxito transformador da ação nesse caso concreto, também foi voluntariamente proposto e aceito por cada um deles, prestar depoimentos sobre a experiência de participar do procedimento restaurativo, bem como atuar voluntariamente nas ações do CEJURE pelo prazo mínimo de 02 anos.

Percebe-se, dessa forma, que a solução e a proposta de acordo deixaram de lado a unilateralidade comum do procedimento tradicional, como ocorreria com uma proposta comum de acordo de não persecução penal, para ser construída voluntária e coletivamente, a partir do reconhecimento da própria responsabilidade por parte dos autores dos delitos.

E é nesse sentido que o novo método de resolução de conflito se diferencia das formas tradicionais, uma vez que o protagonismo e o foco se voltam para as pessoas direta ou indiretamente atingidas pelo ato criminoso (vítima, autor do delito, comunidade), o que é mais do que justo, uma vez que são elas as diretamente atingidas pelas consequências e danos gerados pelo crime. Além disso, trazem um toque de humanidade e dignidade que têm um potencial transformador e reascendem a esperança em um futuro melhor para o sistema criminal brasileiro.

6. Conclusão

Ainda prevalece na atualidade, no âmbito de aplicação do Direito Penal, o foco na justiça retributiva/punitiva e, embora exista o discurso de ressocialização dos autores de delitos, a experiência demonstra de modo muito claro a ineficácia do sistema criminal atual, notadamente quando a pena a ser aplicada é a privativa de liberdade.

O fato é que o sistema tradicional é falho e não tem sido efetivo sequer para resguardar os bens jurídicos protegidos pela norma penal, além de não alcançar a paz social almejada, uma vez que nem mesmo tem sido suficiente para evitar a ocorrência de novos delitos.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa nasce como uma esperança para um futuro sistema criminal mais justo, efetivo e humano, com foco nos sujeitos diretamente atingidos

²⁴ Para arrecadação de dinheiro foi efetivada através da promoção de rifa, bem como a criação de uma conta no site de financiamento coletivo, tendo em contrapartida o sorteio de uma cesta com quatro produtos de beleza, doados pela irmã de um dos réus e um módulo de som doado por um dos demandados, conforme consta no relatório juntado ao referido processo.

pelo ato delituoso, incluído o próprio autor, com a finalidade de reparar os danos, restaurar as relações e atender às necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes.

Deve-se destacar, ainda, que a JR é aplicável mesmo nos conflitos criminais que não possuam diretamente uma pessoa física como vítima, como é muito comum nos crimes praticados na Justiça Federal, a exemplo de delitos corriqueiros, a exemplo do contrabando e descaminho.

Embora seja um método alternativo de resolução de conflitos ainda pouco estudado e pouco conhecido, até mesmo pelos aplicadores do direito, as práticas restaurativas vêm aos poucos ganhando espaço e mostrando resultados promissores, - como no caso da experiência oriunda da 2ª Vara Federal de Mogi das Cruzes, acima relatada-, seja aplicado de forma alternativa ou concorrentemente ao processo convencional.

Não há dúvidas de que é muito mais simples e rápido o uso de métodos tradicionais, que não exigem maiores reflexões, a não ser cumprir estritamente o que prevê a legislação, sem maiores preocupações com a pessoa da vítima, do autor dos delitos e as consequências do crime para vida de cada um deles e da comunidade. É muito mais cômodo seguir o curso natural das práticas criminais atuais, notadamente considerando o grande número de processos que só cresce nos tribunais de todo o país, ao passo em que também cresce a cobrança por celeridade, cumprimento de metas e uniformidade de procedimentos.

Aplicar a Justiça Restaurativa exige esforço, exige um verdadeiro exercício de *remar contra a maré*, exige acreditar que é possível a ressocialização, que é possível a transformação do ser humano, que é perfeitamente tangível pensar num futuro sistema criminal mais justo, equânime e humano. E, apesar do longo caminho a ser percorrido, é motivador observar que os primeiros passos já estão sendo dados.

7. Referências

BITTENCOURT, Ila Barbosa. *Justiça restaurativa*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 09 jan. 2022.

BRANCHER, Leoberto. Manual de Práticas Restaurativas, PNUD, 2006, p. 14.

BRANDÃO, Delano Cândia. *Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com>.

br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/> Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. *Resolução n. 225*, de 31 de maio de 2016. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 05 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de gestão para as alternativas penais*. Brasília: CNJ, 2020.

ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. Saraiva, 11. ed., 2017, p. 554.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompêo de; RONCADA, Katia Herminia Martins Lazarano. Acordo de não persecução penal e a justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social. In: *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Organizadores: Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. Brasília: ESMPU, 2020, p. 65-93.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1432, 3 jun. 2007, p. 217.

STF. ADPF 347 MC/DF. Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015.

Justiça Restaurativa: aproximação conceitual e reflexões a partir dos conceitos de segurança e cuidado no pensamento de Elizabeth M. Elliott

Paulo Bueno de Azevedo

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Santo André. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

Sumário:

1. Introito.
2. Direito sem justiça e justiça sem direito: é possível?
3. O direito penal e a justiça dos peixes (matsyanyaya).
4. Justiça restaurativa e a mudança do paradigma da punição para o de segurança e cuidado.
5. À guisa de conclusão: a missão do beija-flor.
6. Referências bibliográficas.

Resumo:

O presente artigo pretende realizar uma aproximação conceitual à justiça restaurativa, a partir dos valores de segurança e cuidado, presentes no pensamento da criminóloga Elizabeth M. Elliot. Para tanto, será questionado o paradigma de justiça até hoje existente no direito penal. Por fim, será mencionado brevemente de que forma a justiça restaurativa pode ser “traduzida” para a resolução dos conflitos penais.

Palavras-chave: Justiça e Direitos. Funções da pena criminal. Justiça restaurativa.

Abstract:

This article intends to carry out a conceptual approach to restorative justice, based on the values of safety and care, present in the thoughts of criminologist Elizabeth M. Elliot. To do so, the paradigm of justice that currently exists in criminal law will be questioned. Finally, it will be mentioned briefly how restorative justice can be “translated” to the resolution of criminal conflicts.

Keywords: Justice and Rights. Functions of the criminal penalty. Restorative justice.

1. Introito

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma aproximação conceitual da justiça restaurativa, especialmente levando em consideração os conceitos de segurança e cuidado, presentes na obra de Elizabeth M. Elliot, Doutora em Criminologia e pesquisadora canadense, uma pioneira da introdução dos processos restaurativos no sistema prisional canadense.

Em relevante obra, traduzida no Brasil¹, Elliot fala sobre a justiça restaurativa numa perspectiva ampla de valores, comentando, ainda, o fracasso das atuais políticas criminais. Embora sua obra tenha focado os modelos canadense e norte-americano, suas lições podem ser facilmente adaptadas ao contexto brasileiro, que vive uma situação de encarceramento em massa e crise de legitimidade do direito penal (especialmente diante da percepção de seletividade do nosso sistema, corroborada pelas estatísticas prisionais que mostram uma sobre-representação de pobres e negros no sistema carcerário, com prevalência do crime de tráfico de drogas).

No Brasil atual, talvez em decorrência da crise supra mencionada, cresce o interesse pela justiça restaurativa, como método alternativo de resolução de conflitos penais. Essa necessidade de combater a crise carcerária pode levar a posicionamentos açodados em relação à justiça restaurativa, concebendo-a como uma mera forma de aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade, sem o devido julgamento.

A fim de evitar essa concepção indevida, é mais do que bem-vindo o conhecimento da obra de Elizabeth M. Elliott e de suas noções de justiça, segurança e cuidado. Mais do que um meio alternativo de resolução de conflitos, a justiça restaurativa representa uma nova filosofia ou cultura de paz, um resgate de valores e princípios há muito esquecidos numa sociedade que, infelizmente, parece cada vez mais intolerante e punitivista².

A metodologia consistirá, principalmente, na análise comparativa de bibliografia que tenha relação com os conceitos de justiça, segurança e cuidado explorados na obra de Elizabeth M. Elliot. Na medida do possível, são analisados autores já citados por Elliot e outros não citados, porém com ideias que podem ser aproveitadas na discussão, especialmente do conceito de justiça. Ademais, o exame da justiça restaurativa será feito comparativamente ao da justiça penal, mencionando algumas experiências concretas restaurativas.

Longe de estabelecer certezas, a função deste trabalho é a de semear dúvidas ou intrigar as leitoras e leitores com o seguinte questionamento: será que já avançamos tudo o que poderíamos quando lidamos com os conflitos criminais? Ou será que podemos mudar

¹ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018.

² Apenas como exemplo, cite-se o fenômeno relativamente recente da *cultura do cancelamento*, em que se prega uma verdadeira exclusão de determinadas pessoas por conta de um pensamento considerado política ou moralmente incorreto. O raciocínio da exclusão do *outro*, invariavelmente, leva a polarizações entre grupos com diferentes concepções. As *relações da comunidade* ficam prejudicadas e, por vezes, tenta-se recorrer ao direito penal como meio de pacificação social. Sem sucesso, no entanto, como se procurará demonstrar no decorrer deste trabalho.

e aprimorar o sistema existente? São perguntas que apontam para o futuro, porém, para respondê-las, cumpre resgatar alguns valores há muito esquecidos ou ignorados pela assim chamada ciência do Direito. Iniciaremos pela justiça, tentando identificá-la no direito penal contemporâneo, e depois utilizaremos os conceitos de segurança e cuidado para identificá-la nas práticas restaurativas. Depois de construirmos ao menos a noção de justiça restaurativa, discutiremos algumas possibilidades de sua aplicação na prática e a possível mudança no sistema penal.

2. Direito sem justiça e justiça sem direito: é possível?

Há uma constatação interessante, quando se analisa o conteúdo do ensino jurídico, tanto no que diz respeito aos currículos das Faculdades de Direito, quanto no que toca aos livros e manuais da área, qual seja, a inexistência de uma matéria específica sobre justiça. Não que ela nunca seja mencionada, porém é certo que, em regra, não se dedicam muitas linhas sobre o seu conceito (ou conceitos) e características quando se estuda o direito constitucional, o direito civil, o direito penal, dentre tantos outros ramos jurídicos. Quando muito, a justiça tende a ter alguma atenção da Filosofia do Direito, mas quase nunca é tratada no âmbito das chamadas disciplinas profissionalizantes, como se não houvesse espaço para ela no assim considerado mundo prático do Direito.

Uma possível explicação seria a de que a justiça já seria ínsita ao direito. Ensinando o direito já se estaria a ensinar a justiça. Tal entendimento, contudo, é demasiado reducionista e carecedor de uma perspectiva crítica, no sentido de se questionar porque as coisas (ou leis) são como são. Para melhor explicitar a problemática, foquemos o caso do direito penal. Existe justiça no direito penal? Em caso positivo, qual é o conceito de justiça presente no direito penal? Essa justiça tem sido corretamente *traduzida* nas leis penais existentes? Essa justiça tem sido *aplicada* corretamente pelos tribunais? Por fim, tal justiça existe nas instituições responsáveis pela *execução* penal?

Perceba-se que o primeiro entendimento, no sentido de que o direito já traduziria a justiça, levaria à temerária conclusão de que todo o sistema penal, incluindo as leis, as decisões, e as instituições, é justo. Seria essa uma conclusão satisfatória? E se não for, o que deveria ser mudado? Para saber o que mudar, é curial saber o que devemos almejar, ou, noutras palavras, qual é a justiça que deve estar presente na resolução de conflitos penais.

E aqui se inicia a problemática de conceituar a justiça. Desde tempos imemoriais, tem sido discutido esse conceito sem que se tenha encontrado uma resposta satisfatória. Sabe-se, porém, que ele pode variar, de acordo com a cultura examinada.

A par dessa constatação, existe uma noção bastante difundida desde a Antiguidade, segundo a qual justiça corresponde a dar a cada um o que é seu. Seria tal ideia suficiente? No foco acima escolhido (o direito penal), o que seria, exatamente, atribuir a cada um o que é

seu? É bem verdade que o seu, nessa fórmula, parece referir-se a um *direito*. Logo, de forma mais detalhada, ter-se-ia um conceito de justiça que seria o de *dar a cada pessoa o direito que lhe pertence*.

Contudo, no direito penal, qual seria o *direito* da pessoa que cometeu um crime? Inusitado seria imaginar um *direito de ser punido*. Mas, inversamente, haveria um *direito ou poder* do Estado? A dogmática penal parece se inclinar para a última alternativa, mencionando a existência do *jus puniendi* do Estado ³.

Para além da problemática específica dessa definição no campo criminal, há uma consequência em sua adoção que não pode passar despercebida. Se a justiça corresponde a dar a cada um o direito que lhe pertence, por conseguinte, a justiça é subsequente ao direito. Noutras palavras, não existe justiça se não houver direito, sendo esta, por exemplo, a posição do filósofo Javier Hervada ⁴. Para ele, não haveria como invocar a justiça sem um direito prévio.

Estaria correto o posicionamento de Hervada? A pergunta traz implicações para o conceito de *justiça restaurativa*. Dependeria ela do reconhecimento prévio de direitos dos participantes no conflito? Nota-se que aqui existe uma perigosa perspectiva, a qual pode ser tremendamente limitadora para a justiça restaurativa.

Talvez não por outro motivo, Elizabeth Elliott não acate o mero “dar a cada um o que é seu”, como um conceito de justiça. Ela se pergunta “como a sociedade pode preencher, satisfazer e dar segurança a todos, considerando seus diversos desejos e expectativas em relação ao que é devido – isto é, o que cada pessoa percebe como seus merecidos direitos?” ⁵

Elliott, então, busca outras definições de justiça, mostrando toda a variedade existente em relação a esse valor. Dentre os possíveis conceitos, destaca-se o de justiça *tsedeka*, defendido pelo criminólogo Herman Bianchi.

Mas antes de chegar a esse “novo” conceito (as aspas serão explicadas adiante), Bianchi tece interessantes considerações sobre a justiça, entendendo-a como um conceito ético-jurídico, que deveria ser indissociável do direito. Ou seja, Bianchi não concebe que haja direito separado da justiça ⁶.

Outra premissa relevante adotada por Bianchi é a de que ele não concebe a equiparação da justiça à punição, chegando a fazer a retórica pergunta de “como, em qualquer

³ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias menciona o *ius puniendi* como “poder punitivo do Estado resultante de sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas.” (*Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I. 1ª edição brasileira e 2ª edição portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 6).

⁴ Conforme assevera Javier Hervada: “Se a justiça é a virtude de dar a cada um o que é seu, seu direito, para que possa agir é preciso que exista o seu de alguém, *seu direito*; do contrário, como dar o seu, seu direito? Daria outra coisa. Portanto, onde não há um direito existente, a justiça não é invocável.” (*O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito*. Tradução: Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25).

⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 89.

⁶ “Justice and law, in this book, simply cannot be conceived of as separate or different or antagonistic. Law is, rather, impossible without a well conceived idea of justice. Justice is a legal concept as much as an ethical one; we should not distinguish between law and ethics. That sounds like a truism, but history tells another story.” (BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2010, p. 4). Tradução livre: “Justiça e direito, neste livro, simplesmente não podem ser concebidos como separados, diferentes ou antagonísticos. O direito é, ao contrário, impossível sem uma ideia bem concebida de justiça. Justiça é um conceito tanto jurídico quanto ético; não devemos distinguir entre direito e ética. Isso soa como um truismo, mas a história conta outra estória.”

idioma, um termo tão belo pode ser degradado a ponto de significar inflição deliberada de dor e dano?”⁷.

Postas essas premissas, Bianchi chega à justiça *tsedeka*, aduzindo que ela adviria de uma correta tradução do Antigo Testamento. A justificativa do recurso à Bíblia se dá pelo que ele chama de indevida influência de uma distorcida interpretação da doutrina cristã na construção do sistema penal atual⁸.

A posição de Bianchi acerca de interpretações equivocadas e distorcidas dos ensinamentos cristãos não é única. Conforme tivemos oportunidade de examinar em outro trabalho⁹, Tolstói, em algumas de suas obras, já se manifestara pelo evidente equívoco da Igreja Ortodoxa de seu país, a Rússia, em apoiar e justificar o direito penal¹⁰.

Voltando a Bianchi, ele aduz que a justiça *tsedeka* é hoje melhor entendida nos ensinamentos judaicos do que nos cristãos, que limitariam tal justiça à relação de Deus com os homens, o que seria uma restrição indevida. Para ele, uma das razões da distorção no sistema atual seria a tradução indevida de termos hebraicos, com a raiz *sh-l-m*, como retribuição (quando em verdade tal raiz, mais conhecida como *shalom* teria significado mais próximo ao da paz)¹¹.

Os critérios da justiça *tsedeka* seriam os seguintes: 1) Deve-se incluir alguma forma prática de se alcançar a absolvição ou alívio da culpa; 2) Deve-se incluir a confirmação da verdade, uma vez que a verdade é relacional e encontrada através do diálogo; 3) Deve haver substanciação: quando ninguém mentiu, ou seja, quando as vítimas foram ouvidas a contento e foram oferecidas ao ofensor possibilidades de reparação e soltura¹². Importante observar que Bianchi dá muita importância ao resultado do conflito. Se a verdadeira reconciliação ocorreu entre as pessoas, somente aí terá havido a justiça *tsedeka*.

O problema desse conceito, especialmente quando Bianchi diz expressamente que justiça é misericórdia, sendo os dois conceitos entrelaçados¹³, é o de impor um requisito muito difícil de ser atingido, principalmente no caso de graves danos causados pela conduta tipificada como crime.

⁷ No original: “How, in any language, can such a beautiful term be debased so as to mean willful infliction of pain and harm?” (Ibidem, 2010, p. 4-5).

⁸ “My principal and guiding idea was that if Christian doctrine has contributed so much to the rise of a system of crime control so unjust, malevolent, and ineffective as the presente punitive system, we might also find in Christian doctrine the perspectives and concepts to get rid of that system.” (Ibidem, 2010, p. VII). Tradução livre: “Minha principal e norteadora ideia foi a de que se a doutrina cristã contribuiu tanto para o surgimento de um sistema de controle tão injusto, malévolo e inefetivo como o presente sistema punitivo, nós poderíamos também achar na doutrina cristã as perspectivas e conceitos para nos livrar desse sistema.”

⁹ AZEVEDO, Paulo Bueno de. *Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra religiosa de Lev Tolstói*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Neste trabalho, já havíamos concluído que a justiça restaurativa, ao contrário do direito penal, seria compatível com os ensinamentos de Jesus, com o que demos razão a Tolstói que pregava veementemente o equívoco da Igreja em apoiar guerras e práticas penais (p. 175-178).

¹⁰ A propósito, recomendamos a leitura da obra *Ressurreição* de Tolstói, considerado verdadeiro romance de tese, em que se narra o despertar do nobre Nekhluidov sobre a irracionalidade do sistema penal, a partir do momento em que serve como jurado no julgamento de uma pessoa que ele conhecera no passado. Julgamos uma obra verdadeiramente obrigatória para os estudantes e estudiosos do Direito e da Justiça.

¹¹ BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2010, p. 29. Raciocínio semelhante, com enfoque no conceito de *shalom*, é utilizado por Howard Zehr. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. 2 ed. São Paulo: Palas Athena, 2014, p. 123-124.

¹² ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018, p.93.

¹³ BIANCHI, 2010, p. 48.

Será que essa cobrança por resultados também faria parte da justiça restaurativa? Buscar-se-ia nela a reconciliação a qualquer preço? Deixaremos as respostas para tais indagações quando da análise dos valores segurança e cuidado, no tópico 4.

Por enquanto, basta observar que, ainda que a justiça *tsedeka*, conforme o pensamento de Bianchi, dependa do seu resultado (conciliação e pacificação do conflito), é certo que não se pode afirmar, propriamente, que existe um direito do ofensor de ser perdoado. O perdão e a misericórdia podem até ser as metas da justiça *tsedeka*, porém não há falar-se propriamente num *direito de ser perdoado* que teria como consequente contrapartida um *dever de perdoar*. Portanto, aqui estamos falando num modelo de justiça que não depende de um direito pré-existente, diferente, pois, da noção do “dar a cada um o que lhe é devido”.

Assim, concluímos, no mínimo, que existem modelos de justiça que não dependem de um direito positivado pré-existente. Porém, sabendo que o direito, amiúde, olvida da justiça e a justiça não depende necessariamente do direito, urge saber como fica tal relação no âmbito da justiça restaurativa.

Porém, antes disso, procuremos entender o paradigma hoje dominante da justiça retributiva e tentar descobrir se existe efetivamente *justiça* no âmbito do *direito penal*. Feito o contraponto, teremos melhores condições de analisar as diferenças da *justiça restaurativa*.

3. O direito penal e a justiça dos peixes (*matsyanyaya*)

Chegou a hora de tentar responder se existe justiça no direito penal e, em caso positivo, que justiça seria essa. Uma tentativa de responder a essa questão é o recurso às teorias das finalidades da pena. Para a teoria retributiva, a pena teria a função de retribuir, com um mal, o dano causado pelo delito. A crítica feita a essa teoria levou em consideração que, grosso modo, a retribuição equivaleria a uma vingança efetivada pelo Estado. Assim, buscando-se uma função útil para a pena, surgiram as teorias da prevenção, geral e especial. A prevenção geral concebe a pena como uma advertência para a sociedade, visando impedir que as pessoas pratiquem crimes. Por outro lado, sob a perspectiva da prevenção especial, o ofensor, durante o cumprimento de sua pena, ficaria impedido de cometer novos crimes, além do que seria, alegadamente, ressocializado.

Caso se entenda que a pacificação dos conflitos é um dos elementos da justiça, tem-se que nem a retribuição nem a prevenção contêm verdadeiramente esse valor. Afinal, com a retribuição, o ofensor é punido, porém isso, por si só, pouco ou nada significa para a vítima do crime que, a bem da verdade, costuma ser esquecida nos processos penais.

No tocante à prevenção geral, critica-se o fato de ela ser uma forma de instrumentalização do ofensor, que seria punido a fim de servir de exemplo para os demais membros da comunidade. Quanto à prevenção especial, pode ser criticado o fato da suposta ressocialização em meio a um ambiente (prisão) muito pouco propício para tal nobre objetivo,

além do que seria ainda mais difícil ressocializar-se sem qualquer tipo de entendimento com a vítima (contra quem o autor do crime praticou um mal) ou mesmo com a sua comunidade.

Talvez os problemas das explicações teóricas pouco convincentes das funções da pena tenham levado ao surgimento das teorias funcionalistas, nas quais a função da pena é, tão-somente, a de reafirmação do direito penal vigente. Com efeito, sabendo-se que as pessoas estão sendo apenadas pelos crimes por elas praticados, mantém-se a crença da sociedade de que as normas penais estão em vigência e continuam valendo. Esse posicionamento, pelo menos, tem como ponto positivo o fato de não procurar alguma finalidade ilusória do direito penal, como a já citada prevenção de delitos ou uma sua conhecida variação, qual seja, a proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade (na verdade, em regra, os bens jurídicos já foram atingidos pelo crime e, amiúde, o direito penal preocupa-se menos com a sua restauração, quando possível, do que com a punição do ofensor).

De outro lado, as funções retributiva e preventiva da pena não têm melhor sorte quando cotejadas com a realidade. Quanto à prevenção, é claro que não queremos dizer que a pena não tem qualquer efeito dissuasório. Este efeito, é certo, existe, porém evidentemente não pode ser considerado o principal motivo pelo qual muitas pessoas não praticam qualquer tipo de crime. Assim, a educação dos pais, o fato de ter crescido numa família capaz de prover condições dignas, a convivência numa comunidade com acesso à infraestrutura e serviços públicos de razoável qualidade, a possibilidade de encontrar trabalho digno etc. são muitos dos inúmeros fatores que afastam as pessoas da prática de fatos definidos como crimes. Em suma, se é certo que não se pode dizer que a pena não tem qualquer efeito dissuasório, é igualmente correto dizer que não se pode mensurar qual seria esse efeito dissuasório, além do que é impossível dizer que a pena é a principal razão pela qual as pessoas não cometem delitos.

Quanto à finalidade retributiva, o direito penal também acaba colidindo com a realidade dos fatos, especialmente com a realidade prisional de muitos países. Nos Estados Unidos, por exemplo, inúmeros autores fazem referência ao encarceramento em massa de forma desproporcional de “homens jovens afro-americanos”¹⁴. Quadro muito semelhante é encontrado em nosso País, bastando uma rápida análise de dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, sendo que a maioria dos presos foi condenada por crimes relativos a tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio, sendo absurdamente menor, por exemplo, a quantidade de presos por crimes de colarinho branco ou de corrupção. Tem-se aqui, pois, um dos sérios problemas há muito apontados pela criminologia crítica, qual seja, a seletividade do sistema penal brasileiro (similar, diga-se de passagem, à de outros países)¹⁵.

¹⁴ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 45.

¹⁵ Foge aos objetivos deste trabalho analisar as variadas causas da seletividade. Reportamo-nos, assim, a nosso trabalho anterior: AZEVEDO, Paulo Bueno de. *Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra religiosa de Lev Tolstói*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 258-265.

Considerando essa reconhecida seletividade do direito penal, sabendo que as prisões estão mais habitadas por réus pobres do que por réus política e/ou economicamente poderosos, lembramo-nos de uma figura trazida na obra de Elizabeth Elliott. Nela, há três peixes em ordem crescente de tamanhos. O peixe menor que está sendo engolido pelo peixe médio diz que “não há justiça no mundo”. O peixe médio que irá engolir o pequeno e será engolido pelo grande diz que “há alguma justiça no mundo”. Por fim, o peixe grande que engole os demais e não é engolido por nenhum outro sentencia que “o mundo é justo”¹⁶.

Por sinal, a figura bem apontada por Elliott ecoa a deturpada justiça *matsyanyaya*, do direito indiano, assim explicada por Amartya Sen:

Considerando uma aplicação específica, os antigos teóricos do direito indiano falavam de forma depreciativa do que chamavam *matsyanyaya*, a ‘justiça do mundo dos peixes’, na qual um peixe grande pode livremente devorar um peixe pequeno. Somos alertados de que evitar a *matsyanyaya* deve ser uma parte essencial da justiça, e é crucial nos assegurarmos de que não será permitido à ‘justiça dos peixes’ invadir o mundo dos seres humanos. O reconhecimento central aqui é que a realização da justiça no sentido de *nyaya* não é apenas uma questão de julgar as instituições e as regras, mas de julgar as próprias sociedades. Não importa quão corretas as organizações estabelecidas possam ser, se um peixe grande ainda puder devorar um pequeno sempre que queira, então isso é necessariamente uma evidente violação da justiça humana como *nyaya*.”¹⁷

No trecho citado, o economista¹⁸ indiano e Professor da Universidade de Harvard, discute o conceito de *nyaya*, que corresponderia a uma justiça ampla e inclusiva, trazendo-lhe como contraponto a *matsyanyaya*, tida como a justiça dos peixes, em que os peixes maiores podem livremente devorar os menores.

O nosso direito penal, infelizmente, é repleto de exemplos em que pessoas responsáveis por grandes crimes econômicos ou de corrupção, com um potencial efeito difuso e adverso para a sociedade, ou não são penalmente responsabilizados (amiúde por *criações ou mudanças repentinas de entendimento sobre normas processuais*¹⁹) ou o são de forma muito mais branda devido à própria configuração dos tipos penais²⁰.

¹⁶ ELLIOTT, 2018, p. 89.

¹⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 50-51.

¹⁸ Cumpre, com efeito, destacar que o conceito de justiça não é nem deve ser estudado exclusivamente por juristas, mas sim por toda e qualquer pessoa.

¹⁹ Em julgado recente e controvertido, o Supremo Tribunal Federal, a despeito de qualquer previsão legal, considerou haver nulidade no oferecimento concomitante de alegações finais de réus colaboradores, no prazo comum destinado a todos os réus. A propósito da possibilidade de decretação de nulidade sem demonstração de prejuízo pela inobservância da norma, à época não prevista em lei, de ordem nas alegações finais, assim se manifestou Victor Gabriel Rodríguez: “Falha maior da tese está em que, para considerar uma nulidade absoluta no caso, estendendo a todos os réus, sem qualquer noção previa de prejuízo, o Supremo está inovando um rito processual, que lei nenhuma criara. Esse é o revés da missão constitucional, a que antes nos referimos: a tese implica afirmar que o CPP está em desacordo com a Constituição, e isso, pelos fundamentos até agora apresentados, parece-nos muito pretensioso. Salvo engano, foi realçado no voto lido pelo Min. Marco Aurélio uma condição muito precisa: que nenhuma lei que previu delação premiada, entrando por ritos processuais, previu esse novo rito de alegações. Quer dizer que o legislador teve várias oportunidades para consagrar essa nova forma de devido processo legal, mas não o fez, por consciente escolha. Aceitar a tese, na prática, significaria alterar o rito processual via estudo principiológico da Constituição; e, mais, fazer essa alteração com efeitos *ex tunc*, que processualmente tampouco é adequado.

Por mais garantista que agora queira ser o Tribunal, a criação legislativa parece ser ativismo extremado.” (As alternativas do STF para extensão de nulidade pela ordem das alegações finais. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/10/24/alegacoes-finais-stf-nulidade/>. Acesso em: 26 dez. 2021).

²⁰ Tome-se como exemplo o crime de moeda falsa (art. 289 do Código Penal), notório crime de rua, cometido sem violência nem grave

Assim, seja pela previsão mais branda de penas na própria lei penal, seja pela aplicação mais branda dessas normas penais aos crimes do colarinho branco, em regra cometidos por réus política e/ou economicamente poderosos (o que caracteriza a seletividade), revela-se a ilusão da função retributiva e demonstra que a justiça presente no direito penal assemelha-se muito àquela do mundo dos peixes, em que os menores são engolidos pelo sistema e os maiores, em regra, permanecem a salvo.

Paradoxalmente, o direito penal, que teoricamente tem como característica representar a *ultima ratio*, deveria ser reservado justamente para os “peixes maiores”, a fim de neutralizar, exemplificativamente, irrecuperáveis autores de graves crimes político-econômicos ou violentos, sem prejuízo de prévias tentativas de aplicação da justiça restaurativa. Assim, quando se verificasse a insuficiência da justiça restaurativa e a gravidade concreta do delito, haveria espaço para o direito penal cumprir sua função de neutralização, ainda que momentânea, dessas práticas criminosas. Nesse mundo ideal de verdadeira aplicação do direito penal como *ultima ratio*, não haveria o encarceramento em massa nem a potencialização do efeito criminógeno da pena (especialmente a prisão como *escola do crime*). Contudo, a fé até o momento quase cega no direito penal e a rejeição de qualquer mudança tem sido a grande responsável pela grande população carcerária no Brasil e em outros países do mundo.

Nesse contexto, urge reconhecer as ilusões e deficiências do direito penal e caminhar rumo a um novo paradigma de justiça. Falemos, então, sobre justiça restaurativa, segurança e cuidado.

4. Justiça restaurativa e a mudança do paradigma da punição para o de segurança e cuidado

Tendo sido demonstrado que o conceito de justiça no direito penal é bastante falho, tanto na perspectiva teórica, quanto na prática, cumpre analisar qual seria a justiça na perspectiva restaurativa.

Porém, em primeiro lugar, cumpre estabelecer uma premissa que já deveria ser óbvia: não se está aqui sugerindo um modelo perfeito ou imune a falhas de justiça (e aqui iremos nos afastar do rígido conceito de justiça *tsedeka* proposto por Herman Bianchi, que exigia a misericórdia e a reconciliação como únicas formas de se fazer justiça, conforme mencionado no tópico 2). Estamos aqui propondo a mudança, ainda que paulatina, de paradigma para uma justiça que também terá suas falhas e limitações (como todo procedimento humano). Não pretendemos assim vender ilusões nem substituir aquelas ainda reinantes na justiça penal.

E por que é importante ressaltar isso? A advertência é necessária eis que muitos críticos da justiça restaurativa parecem exigir dela uma perfeição que nem sequer sonham em

ameaça, com prejuízos amiúde ínfimos, com pena de reclusão de três a doze anos, superior a muitos delitos do colarinho branco, como crimes contra a ordem tributária, com pena de reclusão de dois a cinco anos (Lei 8.137/90, art. 1º).

costrar do atual sistema penal. É certo que não se trata, em regra, de má-fé, mas sim de apego excessivo à tradição e de resistência ao que é novo.

Tal resistência é bem ilustrada pela pesquisadora Juliana Tonche, quando relata deboches sofridos por alguns juízes do Estado de São Paulo adeptos do novo modelo de justiça restaurativa, por ela entrevistados:

O tipo de situação descrita nas entrevistas, em que os profissionais ouvem dos colegas expressões como ‘você é um juiz restaurador de dente’, ‘está abraçando árvore’ ou ‘está passando a mão na cabeça de aluno’, é a forma que os pares encontraram para se oporem ao modelo: colocando a pauta sob suspeita, questionando a JR e alegando como, na verdade, essa não é uma expertise, ou um conhecimento especializado válido na área do Direito. *Grosso modo*, é como se, por rechaçar as teorias modernas da pena, que conformam o sistema de pensamento do direito criminal, a JR não tivesse legitimidade nesse campo.²¹

O trecho supra transcrito, a propósito, nos fornece uma pista para a motivação dos que rejeitam o novo modelo. A falta de *expertise* mencionada é a resposta para a pergunta que fizemos anteriormente: a justiça restaurativa é uma forma de justiça que não depende, ao menos não necessariamente, do direito positivo. De fato, nos procedimentos restaurativos, não existem, em regra, as operações lógicas de subsunção do fato à norma, essenciais aos processos judiciais.

Diferentemente, conforme mencionam Margaret Stout e João Salm, na abordagem restaurativa, o conflito pode ser visto como uma oportunidade criativa²². A criatividade advirá de um processo coletivo dialogado com a comunidade e, sempre que possível, com as partes envolvidas no conflito.

A propósito, em outra oportunidade, o Professor João Salm e Jackson da Silva Leal falam do princípio da *justiça como processo criativo*:

Um segundo princípio a guiar as práticas restaurativas, seria a Justiça como processo criativo. Este princípio remete a uma questão fulcral na sociedade moderna: o rompimento com o monopólio de dizer o direito e abrir a possibilidade de decisões e construções de soluções dialogadas a partir da coaprendizagem frisada no princípio anterior. Assim, é um processo de coprodução de soluções e construção de síntese entre as dessemelhanças e conflitos inerentes a elas.²³

Confirma-se, pois, que a justiça restaurativa prescinde do direito, ao menos daquele positivado pelo Estado. Assim, as soluções para os conflitos poderão ser encontradas dentro da própria comunidade envolvida. Será uma justiça *construída* no caso concreto,

²¹ TONCHE, Juliana. Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna, uma alternativa possível. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (orgs.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o Sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 317.

²² STOUT, Margaret; SALM, João. What restorative justice might learn from administrative theory. *Contemporary Justice Review*, 14: 2, 2011, p. 217. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/10282580.2011.565978>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²³ SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, vol. 33, n. 64, julho 2012, p. 208. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1880>. Acesso em: 27 dez. 2021.

havendo *participação comunitária*. Enfim, a justiça e o direito deixam de ser monopólios do Estado.

Porém, será realmente possível isso? Uma justiça dialogada numa determinada situação concreta sem o envolvimento estatal? Haveria limites a isso?

Embora defendamos que a justiça restaurativa não depende da existência prévia do direito positivo, parece certo que a solução criativa a ser encontrada não pode ser manifestamente contrária ao Direito. Cumpre lembrar um exemplo dado por John Braithwaite, no sentido de que, numa conferência dita restaurativa, uma criança, que cometera um furto, acabou concordando em usar uma camiseta com os dizeres “Eu sou um ladrão”²⁴. Se pensássemos esse caso pelo nosso Direito, teríamos que a solução encontrada seria ilícita, por ofensa ao princípio da dignidade humana e pela verdadeira punição infamante imposta a uma criança.

Aliás, nesta hipótese, encontramos elementos que mais se aproximam da justiça punitiva estatal do que da justiça restaurativa propriamente dita. Aqui, seguramente o diálogo com uma criança foi prejudicado (ainda que ela tenha supostamente concordado com o uso da camiseta, é provável que, pela falta de maturidade, tenha meramente anuído às soluções impostas por terceiros). Ademais, a solução encontrada não repara o prejuízo causado, porém apenas impõe uma verdadeira sanção, de natureza infamante, ao menino.

Nesta ordem de ideias, é curial ter em mente o que se objetiva com a justiça restaurativa. Conforme Elizabeth Elliott, os objetivos da justiça restaurativa seriam: 1) identificar as necessidades dos participantes; 2) cura dos danos, prejuízos e traumas, envolvendo não apenas a responsabilidade de quem causou o dano, mas também da comunidade de analisar as condições que facilitam a produção dos danos; 3) incorporar e refletir os valores desejados ou identificados como centrais da comunidade²⁵.

Dos objetivos identificados por Elliott, destaca-se a característica diferenciadora da justiça restaurativa de ser um processo de curas. Dizemos “curas” no plural e em sentido amplo, para querer dizer muitas coisas, tais como a conscientização de quem cometeu o ilícito e a sua auto-responsabilização; o tratamento dos traumas físicos e psicológicos eventualmente sofridos pelas vítimas; e a cura da própria comunidade, que tenta entender o que contribuiu para a prática do crime e o que pode ser feito e mudado para evitar novos ilícitos da mesma espécie. Vê-se que não são questões fáceis de serem resolvidas e, por vezes, a solução é de uma complexidade muito maior do que a da mera aplicação de uma pena ao ofensor, ignorando diversas indagações sobre a origem do conflito e o que poderia ser feito para evitá-lo.

Isso pode ser entendido como um paradoxo da justiça restaurativa, a qual, embora caracterizada pela informalidade e igualdade dos participantes, enfrenta inúmeros problemas de uma enorme complexidade, os quais simplesmente são deixados de lado no

²⁴ BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, 2002, 42, p. 565. Disponível em: http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021.

²⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 111.

processo judicial. De fato, na esfera penal, a vítima, quando não esquecida, às vezes ocupa um lugar que pode ser considerado idêntico ao da testemunha. O máximo que se costuma falar é de reparação civil dos danos. Eventuais traumas psicológicos não fazem parte da justiça penal oficial.

Dito isso, chega a hora de falar sobre o conceito de segurança. O que nos deixa seguros? Suponha-se um crime de roubo. A prisão do autor da infração fará com que a sociedade se sinta segura? E a percepção de que, dentro da prisão, ele pode ser ainda mais cooptado pelo mundo do crime, “aprendendo” a se tornar ainda mais violento? Será que a comunidade não viverá apenas uma ilusão de segurança, dado que as penas, no Brasil, não têm caráter perpétuo? Se a prisão realmente fornece uma sensação de segurança, por que o temor ocasionalmente explorado pela mídia acerca das saídas provisórias de presos para alguns feriados, conforme permitido pela legislação brasileira?

Importa mencionar que, no Brasil, existe até mesmo Projeto de Lei (360/2021), que tem como objetivo extinguir a possibilidade de saídas temporárias na Lei de Execução Penal. Na justificativa do projeto, consta o seguinte:

A saída temporária no Brasil já demonstrou não ser eficiente quanto ao seu intuito de reintegrar o preso à sociedade. Isso porque, com sua concessão pelo juiz de execução penal, os apenados que cumprem pena no regime semiaberto têm a possibilidade de sair dos presídios sem qualquer vigilância do Poder Público e com isso voltam a delinquir.

[...]

Ademais, a concessão de tal benefício, além de permitir a evasão dos detentos do sistema prisional, possibilita ainda o cometimento de novos crimes, como já é de amplo conhecimento da sociedade brasileira. Para conter o aumento da criminalidade e garantir um Brasil mais seguro para os homens e mulheres de bem do país é que apresentamos a proposta de eliminar para sempre do ordenamento jurídico brasileiro esse benefício que tanto mal impõe ao povo brasileiro.²⁶

A justificativa, por si só, já admite o fracasso das prisões em relação à suposta finalidade de reintegração dos presos à sociedade. Fala-se que a saída temporária impõe “um mal” ao povo brasileiro. Ora, mas e o que se dirá da saída definitiva após o cumprimento da pena? Se a saída temporária gera tanta *insegurança* na população, qual será a diferença em relação à saída definitiva?

Note-se que, contraditoriamente, com o insucesso da justiça punitiva, a “solução” costumeiramente defendida é a de mais punição. A esse fenômeno, alguns autores atribuem a chamada “síndrome da Rainha Vermelha”, referindo-se à obra de Lewis Carrol²⁷. Nesse sentido, em obra sobre a segurança pública, assim se manifesta Marcos Rolim:

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 360*, de 09 de fevereiro de 2021. Altera a Lei de Execuções Penais para excluir a possibilidade de concessão de saída temporária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2269854>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²⁷ Em conhecida passagem de *Alice através do espelho*, em um dado momento, do nada, a Rainha Vermelha e Alice começam a correr. A Rainha, por diversas vezes, incita Alice a correr mais rápido. De repente, depois de certo tempo, Alice percebe que as duas estão correndo sem sair do lugar e menciona tal fato para a Rainha Vermelha que lhe replica que, naquele País, deve-se correr o dobro da maior velocidade possível para continuarem no mesmo lugar. Cf. CARROL, Lewis. *Alice através do espelho*. Tradução de Márcia Heloisa. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2021, p. 52-54.

O que se observa, invariavelmente, é uma forte pressão para que se faça mais do mesmo, uma espécie de ‘isomorfismo reformista’. Os gestores, então, em vez de alterarem o discurso, falam as mesmas coisas só que em um tom mais estridente. Assim, as ‘políticas de segurança pública’ reconhecidamente fracassadas costumam ser retomadas com mais ânimo e alarde a cada nova gestão, quando novos investimentos são anunciados, medidas ‘de impacto’ ocupam os noticiários, trocam-se chefias, promessas de ordem e rigor são seladas e tudo, rigorosamente tudo o que importa, permanece como está.²⁸

Parece, então, que o direito penal, por si só, é incapaz de fornecer a *segurança* almejada pela sociedade. Cumpre, então, romper a *síndrome da Rainha Vermelha* e tentar fazer algo diferente para que não se continue no mesmo lugar.

Para isso, Elizabeth Elliott oferece uma importante reflexão acerca dos termos *segurança e cuidado*. Pela origem etimológica, segurança derivaria de *sine cura* (sem cuidado). Elliott, comentando trecho da obra de Nils Christie²⁹, menciona um anúncio na revista *Corrections Today*, que anuncia arames farpados, destacando a palavra segurança. Esta, sem dúvida, seria uma visão de segurança, sem cuidado³⁰.

Todavia, Elliott demonstra outra visão de segurança, baseada no cuidado, evocando a imagem de “um garotinho sorridente enrolado em um cobertor”³¹. Contrapondo a imagem do arame farpado e a do garotinho, ela pergunta qual delas transmite maior segurança.

A partir daí, essa aplicação de segurança e cuidado na justiça restaurativa vai ao encontro dos objetivos supra citados. O cuidado e amparo, diga-se de passagem, dá-se tanto em relação às pessoas que cometeram o dano quanto às suas vítimas.

Em relação aos primeiros, não se trata de um mero perdão irrefletido e irresponsável, muito pelo contrário. Como dito acima, a ideia da justiça restaurativa é a de fazer o ofensor adquirir efetiva consciência sobre o mal por ele causado, e verificar de que forma ele pode tentar reparar o ilícito. Isso ocorrerá num contexto de compreensão de todo o histórico dos fatos e das causas que levaram ao cometimento do crime. Dar a oportunidade de o ofensor contar a sua história de vida corresponde a um ato de *cuidado*, para com ele, empoderando-o. No entanto, esse trabalho é feito concomitantemente ao abrir dos seus olhos para os danos causados à vítima ou, mesmo, à sociedade como um todo. Portanto, não se trata aqui de “abraçar uma árvore” ou “passar a mão na cabeça” de alguém.

Quanto à vítima, ela poderá, se quiser, participar do ato (na modalidade de justiça restaurativa de encontro entre ofensor e vítima), tendo a possibilidade de conhecer os motivos do agressor, encarar o seu eventual arrependimento por todo o mal que lhe causou, e eventualmente perdoá-lo. Ocorrerá, ainda, toda a escuta, pelo ofensor e pela comunidade, do trauma sofrido pela vítima, procurando-se achar, pela via do diálogo, uma forma de reparar

²⁸ ROLIM, Marcos. *A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Center for Brazilian Studies, 2009, p. 44.

²⁹ Mais exatamente o capítulo em que Christie analisa o controle do crime como produto. Cf. *Crime control as industry: towards Gulags, Western style*. 3. ed. Nova Iorque: Routledge, 2000, p. 111-141.

³⁰ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 174.

³¹ *Ibidem*, p. 175.

os prejuízos por ela sofridos. Todo esse empoderamento da vítima, no processo restaurativo, fazendo com que ela deixe de ser uma mera testemunha para a punição do ofensor, implica um efetivo *cuidado* para com ela.

Dissemos que haverá um eventual arrependimento do ofensor e um eventual perdão do ofensor porque nem sempre a justiça restaurativa chegará a um bom termo. Isso decorre do fato de que as práticas restaurativas dependerão do consentimento das partes (e a reconciliação é algo que não pode ser obrigado). Contudo, o sucesso da justiça restaurativa nem sempre dependerá do consentimento de todos os envolvidos. Assim, o causador do dano poderá efetivamente se conscientizar do mal por ele praticado, ainda que a vítima não o perdoe ou se recuse a participar do processo restaurativo. Da mesma forma, a vítima poderá encontrar amparo na cura de seus traumas, ainda que o ofensor se negue a participar do processo. Evidentemente, principalmente na hipótese de recusa do ofensor, poder-se-á, ainda, recorrer ao processo penal, quando cabível.

No atual momento, a justiça restaurativa brasileira tem encontrado um grande suporte das próprias instituições tradicionalmente responsáveis pela resolução dos conflitos, notadamente o Poder Judiciário, com forte apoio do Conselho Nacional de Justiça, que editou específica Resolução acerca dos procedimentos restaurativos no âmbito judicial ³².

A porta de entrada para a justiça restaurativa em conflitos de ordem penal tem sido os institutos de justiça penal consensual, notadamente o recém-criado acordo de não persecução penal ³³.

Em suma, para uma justiça restaurativa com suporte no Judiciário, é necessária uma boa dose de *criatividade* para o encontro de soluções *que não estejam em desacordo com a lei, ainda que nela não estejam expressamente previstas*. Por enquanto, o acordo de não persecução penal oferece um âmbito de discricionariedade suficiente a fim de que a justiça restaurativa encontre seu espaço. Essa justiça restaurativa, diga-se de passagem, deverá contar com *facilitadores*, servidores e pessoas da comunidade que ponham em prática o *procedimento restaurativo*. Não se chegou, é claro, ao fim do caminho. Novas formas de expansão da justiça restaurativa ainda devem ser pensadas.

Vale ressaltar que, na Justiça Federal da 3ª Região, foi recentemente criado o Centro de Justiça Restaurativa. O primeiro acordo de não persecução penal, no âmbito do

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>, acesso em 27/12/2021. Nas palavras do Ministro Humberto Martins, “A Resolução CNJ nº 225/2016 permite, assim, meios consensuais, voluntários e mais adequados para atingir o acesso à Justiça e a pacificação em matéria de fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, podendo o procedimento restaurativo ocorrer ‘de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional’ (§ 2º do art. 1º) e devendo suas implicações ser analisadas caso a caso.” (Justiça restaurativa – um importante instrumento para a solução consensual de conflitos. In: Sistema penal contemporâneo. Coordenação científica: Luis Felipe Salomão, Reynaldo Soares da Fonseca, Renata Gil de Alcantara Videira, Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer e Daniel Castro Gomes da Costa. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 61).

³³ Nesse sentido, conferir o artigo de Andrey Borges de Mendonça, Fernão Pompêo de Camargo e Katia Herminia Martins Lazarano Roncada. Acordo de não persecução penal e a justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manoel Jorge e; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasi; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (orgs). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020, p. 65-93.

TRF3, em que toda a solução foi deixada a cargo das facilitadoras da justiça restaurativa, foi homologado no ano de 2021³⁴. Oxalá, seja o começo de uma nova justiça baseada nos valores da segurança e do cuidado.

5. À guisa de conclusão: a missão do beija-flor

Em conclusão, no presente trabalho, foi feita uma aproximação ao conceito de justiça restaurativa por meio dos conceitos de segurança e cuidado, conforme o pensamento da criminóloga Elizabeth M. Elliott.

Seguindo o raciocínio de Elliott, procuramos identificar as relações recíprocas entre direito e justiça. Nesse diapasão, demonstramos que o atual direito penal não possui uma qualidade própria de justiça, sendo ilusórias as ditas funções da pena, tanto a retributiva quanto a preventiva, o que já vem sendo, de certa forma, reconhecido pela própria dogmática penal, com o surgimento da perspectiva funcionalista de que a pena serviria apenas para revalidação da crença na vigência do ordenamento jurídico criminal. Ainda, a visão da realidade dos presídios mostra que, na prática, ocorre no sistema penal, ao menos em grande parte dos casos, uma versão deturpada da justiça, conhecida no direito indiano como *matsyanyaya*, ou justiça dos peixes, em que apenas os pequenos acabam engolidos, enquanto os grandes raramente são “devorados” pelo sistema, o que é resultado da seletividade do direito penal.

Posto isso, pretender “consertar” o sistema penal com punições mais duras nos remeteu à alegoria da Rainha Vermelha da obra de Lewis Carrol, em que apenas se intensifica a velocidade do direito penal, para se ficar sempre no mesmo lugar.

Reconhecendo-se a deficiência do direito penal e de sua pretensa justiça, abre-se um importante caminho para a implantação da justiça restaurativa, calcada nos valores de segurança e cuidado, com vistas ao empoderamento dos envolvidos no conflito criminal e à cura do trauma sofrido. Com a efetiva conscientização do causador do dano e cura dos traumas sofridos pela vítima, abre-se o caminho para uma mudança de paradigma e efetiva segurança da sociedade. A perspectiva de segurança e cuidado proposta por Elliott também evita possíveis deturpações da justiça restaurativa.

Em suma, a justiça restaurativa, com a perspectiva de segurança e cuidado, proposta por Elizabeth Elliott, tem potencial para se transformar no novo paradigma principal de justiça, deixando apenas os casos considerados insolúveis para o direito penal (que somente assim cumprirá a eterna promessa doutrinária de ser a *ultima ratio*).

Essa mudança não ocorrerá do dia para a noite ou num passe de mágica nem com uma mera alteração no Código de Processo Penal. Acerca disso, cumpre invocar a fábula contada por Elliott na conclusão de sua obra³⁵: em um terrível incêndio na floresta, os animais,

³⁴ JFSP homologa o primeiro acordo de não persecução penal através da justiça restaurativa. *JFSP*, 2021. Disponível em <<https://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2021/08062021-jfsp-homologa-o-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-traves-da-justica-restaurativa>>, Acesso em: 27 dez. 2021.

³⁵ ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com

em geral, ficaram apenas olhando o fogo se alastrar. De repente, um deles viu um pequeno beija-flor, que carregava apenas um pingo de água em seu bico e jogava no fogo, repetindo o procedimento diversas vezes. Um dos animais, então, interpela o beija-flor e lhe pergunta se ele acha que conseguiria apagar o fogo com o que estava fazendo. O beija-flor então responde que está fazendo a sua parte, no limite de suas possibilidades.

Mudar o paradigma reinante do punitivismo para o da justiça restaurativa é uma tarefa tão difícil quanto a de apagar o incêndio na floresta. Mas que todos nós, assim como o beija-flor, façamos a nossa parte.

6. Referências

AZEVEDO, Paulo Bueno de. *Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra religiosa de Lev Tolstói*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 360, de 09 de fevereiro de 2021*. Altera a Lei de Execuções Penais para excluir a possibilidade de concessão de saída temporária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=226985>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, 2002, 42, p. 563-577. Disponível em: http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021.

CARROL, Lewis. *Alice através do espelho*. Tradução de Márcia Heloisa. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2021.

CHRISTIE, Nils. *Crime control as industry: towards Gulags, Western style*. 3. ed. Nova Iorque: Routledge, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I. 1ª edição brasileira e 2ª edição portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. Tradução de Cristina Telles Assumpção com revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018.

HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito*. Tradução: Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JFSP homologa o primeiro acordo de não persecução penal através da justiça restaurativa. JFSP, 2021. Disponível em <<https://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2021/08062021-jfsp-homologa-o-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-penal-atraves-da-justica-restaurativa>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

MARTINS, Humberto. Justiça restaurativa – um importante instrumento para a solução consensual de conflitos. In: SALOMÃO, Luis Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara; SZPÖRER, Patrícia Cerqueira Kertzman; COSTA, Daniel Castro Gomes da (orgs.). *Sistema penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 53-62.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompêo de; RONCADA, Katia Herminia Martins Lazarano. Acordo de não persecução penal e a justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manoel Jorge e; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasi; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (orgs.). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020, p. 65-93.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *As alternativas do STF para extensão de nulidade pela ordem das alegações finais*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/10/24/alegacoes-finais-stf-nulidade/>. Acesso em: 26 dez. 2021.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Center for Brazilian Studies, 2009.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, vol. 33, n. 64, julho 2012, p. 195-226. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1880>, Acesso em: 27 dez. 2021.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STOUT, Margaret; SALM, João. *What restorative justice might learn from administrative theory*. *Contemporary Justice Review*, 14: 2, 2011, p. 203-225. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/10282580.2011.565978>. Acesso em: 27 dez. 2021.

TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

TONCHE, Juliana. *Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna, uma alternativa possível*. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco. *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o Sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 303-324.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.



Quando minha mãe perguntou se eu queria fazer um desenho para a capa de um livro sobre Justiça Restaurativa, fiquei animada.

Dáí tentei algo que mostrasse um lugar contente e criativo.

Quando eu participo dos círculos, saio mais feliz, livre e com ideias novas. Eu tentei contar isso.

Sophia Rodrigues Buarque, 9 anos

