

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VITÓRIA CATANHO BARBOSA DUARTE

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO.

São Paulo
2020

VITÓRIA CATANHO BARBOSA DUARTE

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA JESSICA PASCOAL SANTOS ALMEIDA

São Paulo
2020

VITÓRIA CATANHO BARBOSA DUARTE

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Examinadora: Professora Doutora Jessica Pascoal Santos Almeida

Examinadora: Professora Doutora Thamara Duarte Cunha Medeiros

Examinadora: Professora Mestre Maria Cláudia Giroto do Couto

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Maricé e Renato, que sempre me deram todo o apoio, incentivo e amor para que eu chegasse até aqui. Devo tudo que sou hoje à vocês.

Após, agradeço aos meus avós, Branca e Geraldo que sempre estiverem presentes na minha jornada. Também à minha avó Rosalina, que, mesmo espiritualmente, está no meu coração.

Agradeço ao meu namorado, João Pedro, que sempre me deu forças e apoio nos momentos difíceis.

Agradeço, também, aos meus amigos mackenzistas, que se tornaram uma família para mim. Vocês fizeram essa trajetória mais fácil.

Por fim, agradeço à minha orientadora, Professora Jessica Pascoal, por todo o auxílio, que foi fundamental na elaboração do trabalho.

“Por que foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem.”

(O ensaio sobre a cegueira, José Saramago, p. 310).

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Vitória Catanho Barbosa Duarte¹

Resumo: O objetivo do presente artigo científico é analisar a proposta da justiça restaurativa como alternativa ao sistema penal brasileiro, à luz do abolicionismo penal, propondo uma discussão e reflexão acerca da sistemática jurídico-penal vigente, a partir das finalidades da pena, bem como descrevendo o paradigma da justiça restaurativa. A metodologia empregada trata-se de uma revisão de literatura sobre os temas da justiça restaurativa e do abolicionismo penal, utilizando-se a técnica dissertativa, com abordagem qualitativa dos dados. Após a análise dos materiais, concluiu-se que é possível a implementação da justiça restaurativa, com enfoque abolicionista, visando a redução do uso do sistema penal para a administração de conflitos.

Palavras-chaves: Bem jurídico-penal. Finalidades da pena. Justiça restaurativa. Abolicionismo penal.

Abstract: The present scientific essay intends to analyze the proposal of restorative justice as an alternative of the Brazilian penal system, by the light of the penal abolitionism, proposing a discussion and reflection about the current legal-criminal systematic, by the objectives of the penal penalty, as well as describing the restorative justice paradigm. The methodology used is a literature revision about the themes of restorative justice and penal abolitionism, using the dissertation technique, with a qualitative approach to the data. After the analyze of the material, the conclusion was that the implementation of the restorative justice, with penal abolitionism focus, aiming the reduction of the use of the penal legal system for the administration of conflicts is possible.

Keywords: Criminal legal asset. Purposes of the penalty. Restorative justice. Penal abolitionism.

¹ Graduanda no curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. SISTEMÁTICA JURÍDICO-PENAL E FINALIDADES DA PENA	9
1.1. RESGATE HISTÓRICO E CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL	10
1.2. FINALIDADES DA PENA	12
2. O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	17
2.1. CONCEITO E HISTÓRIA	18
2.2. CARACTERÍSTICAS, PRINCÍPIOS E VALORES.....	19
2.3. NECESSIDADES E PAPÉIS	20
2.4. FUNCIONAMENTO	22
3. RETRIBUIR OU RESTAURAR: UMA ANÁLISE ABOLICIONISTA	24
3.1. O ABOLICIONISMO DE LOUK HULSMAN.....	27
3.2. O ABOLICIONISMO DE NILS CHRISTIE.....	28
3.3. JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL.....	30
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

Com um olhar voltado à realidade brasileira, é possível observar que o sistema retributivo, que rege a justiça penal do país, não está cumprindo com a sua função de prevenção geral e especial. Isto porque o número de encarcerados aumenta cada vez mais no país, e a taxa de reincidentes é alta.

Assim, é de suma importância que seja cada vez mais discutido no âmbito jurídico formas alternativas de justiça, visando a redução do uso do sistema penal para a administração de conflitos. Tais formas de resolução de conflitos ainda são pouco abordadas, apesar de ser cada vez mais urgente a implementação destas.

O fenômeno do aumento do encarceramento, em uma escala mundial, impulsionou o surgimento de várias teorias acerca da justiça criminal, dentre estas o abolicionismo penal, bem como de formas alternativas de justiça, como a justiça restaurativa.

Desta forma, faz-se necessário um resgate histórico da sistemática jurídico penal, para que se entenda o cenário atual, analisando primeiramente, a ideia de bem jurídico penal ao longo dos séculos, como um limite do poder de punir do Estado.

A ideia de que a pena era a única resposta do direito penal acabou suprimindo discussões além desta ideia. Com isso, primeiramente surgiram teorias acerca da justificação dos fins da pena, reunidas, resumidamente em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e ecléticas. O entendimento básico de cada uma é de suma importância para compreender a teoria adotada no Brasil.

Posteriormente, explica-se o conceito da justiça restaurativa, que foi criada como uma alternativa ao sistema tradicional de justiça criminal, bem como algumas de suas formas de aplicação. Baseia-se em princípios e valores a serem seguidos, e busca dar um papel às partes envolvidas no conflito, permitindo a possibilidade de uma abordagem do conflito por estas, e a tentativa da construção de uma solução conjunta, através do senso de justiça dos envolvidos. Ressalta a importância da participação da comunidade no processo restaurativo, a fim de diminuir as causas do delito.

É, também, essencial a comparação entre a justiça retributiva e restaurativa, em seus pontos principais.

Por fim, conceitua-se o abolicionismo penal, com ênfase nos pensadores Louk Hulsman e Nils Christie, que tiveram ideias de suma importância para repensar a justiça criminal, contribuindo, desta forma, com as reflexões em torno da justiça restaurativa.

Louk Hulsman defendia a total abolição do sistema penal e carcerário, inclusive da linguagem criada por este sistema, bem como a participação das pessoas diretamente envolvidas no conflito.

Já Nils Christie entendia que, em casos excepcionais, a resposta estatal repressiva seria necessária. Ainda defendia a criação de um sistema descentralizado para a resolução dos conflitos.

Diante deste panorama, o presente artigo científico tem como objetivo geral analisar a proposta da justiça restaurativa como alternativa ao sistema penal brasileiro, à luz do abolicionismo penal e por objetivos específicos, verificar a sistemática jurídico-penal vigente, a partir das finalidades da pena e a descrição do paradigma da justiça restaurativa.

Em relação à metodologia, trata-se de uma revisão de literatura sobre os temas da justiça restaurativa e do abolicionismo penal, empregando-se a técnica dissertativa, com abordagem qualitativa dos dados. A bibliografia foi composta por livros e artigos científicos disponíveis nas seguintes bases de dados: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Google Acadêmico. A base teórica adotada foi a perspectiva de justiça restaurativa de Howard Zehr.

1. SISTEMÁTICA JURÍDICO-PENAL E FINALIDADES DA PENA

No Brasil, observa-se que o sistema penal não cumpre com a função de prevenção geral e especial da pena, já que o número de encarcerados no país só cresce, sendo que em dezembro de 2019, a população carcerária era de 748.009 mil (INFOPEN, 2019). Até abril de 2019, o Brasil estava em terceiro lugar entre os países com maior taxa de aprisionamento do mundo (VELASCO, 2019). Além disso, apesar de a taxa de reincidência variar nos estudos brasileiros, a menor estimativa da taxa de reincidência no Brasil, segundo relatório de pesquisa do Ipea de 2015, era de 30%, número muito alto (IPEA, 2015. p. 14).

Desta maneira, é essencial uma análise histórica e conceitual do próprio direito penal, com o estudo do conceito de bem jurídico-penal, bem como as finalidades da pena, que

estão diretamente relacionadas à legitimação do fenômeno do encarceramento, para a compreensão do cenário atual.

1.1. RESGATE HISTÓRICO E CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

A função do direito penal, há séculos, baseia-se no conceito de proteção aos bens jurídicos essenciais, como forma de limitação ao poder de punir do Estado. Porém, é um conceito que variou e varia muito conforme a evolução da sociedade e dos conceitos jurídicos.

No período pré-iluminista, o objeto tutelado era o interesse religioso, já que o direito penal sofria pressão dos ideais teológicos. (MARTINELLI; SCHIMITT DE BEM, 2017, p. 91)

Já no período iluminista, segundo Prado (apud DA SILVA, 2013, p. 67), surgiu o conceito material de delito como uma “violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa ou ao Estado”.

Nesta fase, dois pensadores surgiram defendendo ideias diferentes sobre o conceito de delito: Feuerbach e Birnbaum.

Feuerbach defendeu um processo penal laico, onde o homem assumia a principal posição. Ainda, mencionava que o conceito de delito estava relacionado a proteção de direitos subjetivos que materializavam a liberdade pessoal prevista no contrato social (MARTINELLI; SCHIMITT DE BEM, 2017, p. 91), bem como atentado ao grupo social, e a pena, não como expiação, mas como retribuição (HORMAZABAL MALARÉE, p. 14 apud BECHARA, 2009, p. 18), melhor dizendo, o Estado só poderia intervir penalmente se um delito lesionasse algum direito do cidadão.

Já Birnbaum, diferentemente de Feuerbach, estabeleceu que o delito não lesiona direitos subjetivos, e sim bens (BECHARA, 2009, p. 18). Assim, o bem suscetível de ser lesionado tomou um valor social e não pessoal (HIRSCH apud MARTINELLI; SCHIMITT DE BEM, 2017, p. 91). Dessa forma, foi introduzida a ideia de bem no Direito Penal.

Passado o período iluminista, na fase do positivismo formal, Karl Binding, influenciado por Birnbaum, definiu o delito como "lesão de um direito subjetivo do Estado, havendo absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico por ela revelado. Não importava, assim, o real interesse social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador,

que podia ser, até mesmo, aleatória e arbitrária" (HORMAZABAL MALARÉE, p. 14 apud BECHARA, 2009, p. 18), ou seja, o bem jurídico era apenas um elemento da norma.

No período do positivismo material, Franz von Listz (apud BECHARA, 2009, p. 18) chegou à conclusão de que a finalidade do direito penal era a proteção de interesses humanos, denominados bens jurídicos, que deveriam ser estabelecidos previamente, sendo que a norma "somente reconhecia e protegia aquele que era trasladado da realidade social." (MARTINELLI, 2017, p. 91). Assim, se mostrou preocupado em limitar os poderes do legislador.

Na segunda metade do século XX, houve uma mudança na concepção de bem jurídico, influenciados pelos pressupostos neokantianos, com os pensadores da Escola de Baden. Foi desenvolvida uma concepção teleológica do bem jurídico penal (PRADO apud DA SILVA, 2013, p. 68). Com isso, os bens jurídicos tornaram-se fórmulas interpretativas dos tipos legais de crimes (BECHARA, 2009, p.19), bem como passaram a ser compreendidos como um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal (PRADO apud DA SILVA, 2013, p. 68).

Após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico é novamente reformado, na tentativa de determinar os limites da intervenção penal (DA SILVA, 2013. p. 68). Com isso, surgiram as teorias sociológicas e constitucionais do bem jurídico.

As teorias sociológicas, em geral, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de "argumentos sistêmicos ou de danosidade social" (DA SILVA, 2013, p. 68). Já as teorias constitucionais pregam que o bem jurídico penalmente tutelado tenha respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe dignidade jurídica (DA SILVA, 2013, p. 69). Dessa forma, não há a tutela penal de bens jurídicos não consagrados constitucionalmente, ou que colidam com os valores abarcados na Constituição, em busca da limitação da atividade legislada pelo direito penal.

Percebe-se que o conceito de bem jurídico-penal variou conforme o contexto histórico e jurídico da sociedade. Conforme Bianchini (2002, p. 37-39), o conceito de bem jurídico decorre "de um sistema concreto de relações sociais em determinado período". Mas sempre foi uma forma de limitação do poder de punir estatal.

Atualmente, existem divergências entre doutrinadores sobre o conceito de bem jurídico penal, contudo, há um consenso acerca do critério de limitação da intervenção penal, bem como o fato de os conceitos não informarem os elementos a serem considerados para que se possa identificar os bens jurídicos passíveis de proteção penal (BIANCHINI, 2002, p. 42).

Assim, Bianchini (2002, p. 42-51) ainda conclui que o máximo que se alcança conceitualmente com relação ao bem jurídico-penal é a fixação de noções orientadoras para que sejam traçados contornos e o estabelecimento das limitações face às restrições próprias do Estado Democrático Social de Direito e seus princípios informadores, quais sejam: “impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las”.

Em síntese, a norma penal apenas se justifica na necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa (BECHARA, 2009, p. 26).

Para Martinelli e Schimitt de Bem (2017, p. 106-107), no processo de criminalização, a lei penal deve alcançar os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais. Ainda afirmam que a fonte de proteção penal do bem jurídico está implicitamente contida na garantia da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), pela qual não se pode excluir de apreciação judicial ofensa a nenhum direito.

Com isso, o Código Penal Brasileiro foi estruturado conforme os bens protegidos (crimes contra a vida, crimes contra o patrimônio, crimes contra a Administração Pública etc.).

1.2. FINALIDADES DA PENA

Com a discussão acerca do conceito bem jurídico-penal e a limitação ao poder de punir estatal, surge o questionamento relativo ao motivo de punir do Estado.

A vida social humana é regida por regras e normas de controle social, dentre vários sistemas normativos, como: ética, costumes, religião, educação, e, principalmente, o direito.

A opção por um sistema jurídico orientado por valores traz um certo nível de segurança nas expectativas sociais, diminuindo o arbítrio e cumprindo o papel de garantia do indivíduo (JUNQUEIRA, 2004, p. 147).

O sistema penal como instrumento de controle social do Estado, em tese, deve ter como finalidade a redução da violência social, visando assegurar obediência a determinada norma.

Para Zaffaroni (2004, p. 147), o sistema penal é a "parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo". Assim, há uma resposta sancionatória do Estado a uma conduta humana, e, segundo Zaffaroni (2004, p. 69), nem sempre a conduta correspondente está prevista na lei penal, tendo em vista que o sistema penal, dada a sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira.

Ainda, a determinação das condutas passíveis de punição, bem como a forma da punição cabe a determinados membros da sociedade que ditam os padrões a serem seguidos.

A privação da liberdade se firmou como a mais eficiente forma de punição pela prática de crimes no século XV, sob a influência do direito canônico, devido a conotação penitencial que o delito continha. Após isto, o movimento iluminista foi o responsável pela popularização da pena privativa de liberdade em substituição às penas corporais e de morte. (ALMEIDA *in* PELIZZOLI, 2016, p. 163).

A herança deixada pelo Iluminismo impediu a adoção de modelos de Estado autoritários e permitiu afirmar a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito, preservando o indivíduo por meio de imposição de limites às possibilidades do Estado.

Porém, com isso, foram sendo culturalmente disseminadas as ideias de policiamento estatal ostensivo, criminalização crescente de condutas, bem como endurecimento do *quantum* das penas.

Dessa forma, consagrou-se um populismo penal, cuja ideia é de que os criminosos são beneficiados, em prejuízo da vítima e de uma sociedade que, em tese, tenta cumprir com o mandamento legal. Tal ideia acaba gerando profunda insatisfação social, implicando no fortalecimento de discursos em defesa de um direito penal autoritário e punitivo, que pregam

a adoção de medidas paliativas para o controle da criminalidade. (ALMEIDA *in* PELIZZOLI, 2016, p. 164).

O Direito penal moderno acolhe como consequências jurídico-penais do delito as penas e a medida de segurança; como consequências extrapenais, os efeitos da condenação, a responsabilidade civil (material ou moral) derivada da prática delitiva e a reparação do dano pelo agente. (PRADO, 2019, p. 289).

A ideia de que a pena é a única resposta do Direito penal acabou impedindo propostas ou discussões que fossem além dessas ideias. A resposta punitiva acabou por se cristalizar no sistema penal, em detrimento de outros modelos de cunho reparatório ou conciliatório.

Assim, restaram as discussões acerca da justificativa dos fins da pena, legitimando sua atuação.

Com essas discussões, surgiram inúmeras teorias sobre a pena, reunidas, resumidamente em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e ecléticas.

As teorias absolutas, surgidas na época do iluminismo, com os filósofos Kant e Hegel, fundamentam-se no sentido de que a justificativa da pena está na reação do mal causado pelo crime (SALIBA, 2009, p. 45). Bittencourt (2004, p. 289) entende que por meio da "imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja o único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesmo".

Para Prado (2019, p. 290), a pena, segundo estas teorias, é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. Surge como decorrência de uma exigência de Justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).

Tais teorias receberam diversas críticas por serem consideradas excessivamente irracionais, não existindo compreensão para a imposição de violência contra violência.

Em paralelo às teorias absolutas, para as teorias relativas, a pena se fundamenta na prevenção de futuros delitos. Ou seja, é um instrumento preventivo de garantia social, e não de um fim em si mesmo, há uma concepção utilitária da penal (PRADO, 2019, p. 290).

Tais teorias se subdividem em prevenção geral e especial.

A teoria da prevenção geral ainda se subdivide em negativa e positiva. A primeira se baseia na ideia de que a pena em si intimidaria o indivíduo a não cometer crimes, em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. A segunda se funda na visão de que a pena se justifica no "incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma" (PRADO, 2019, p. 290).

Estas teorias também sofreram severas críticas, principalmente centradas na coação psicológica geral e ausência de limites ao poder punitivo (SALIBA, 2009, p. 49), pois a coação, além de ser dirigida a sociedade como um todo, não é suficiente para impedir o agente de realizar o ato delitivo, já que há confiança em não ser descoberto, e o âmbito punível não é bem delineado (BITENCOURT, 2004, p. 125-126). Para Heller (1998, p. 229), "medo e dor foram vistos como dispositivos capazes de trazer as pessoas de volta ao curso certo".

Tais críticas foram determinantes para o surgimento das teorias de prevenção especial. Estas pregam que a pena tem como objetivo que o indivíduo não reincida na prática criminosa, tendo como meta a ressocialização, conforme o art. 5º, incisos XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX da Constituição Federal. A ideia essencial é de uma pena justa e necessária (PRADO, 2019, p. 290).

Estas teorias também não carecem de críticas, baseadas, principalmente, na ideia de ressocialização, já que, para alguns doutrinadores, este enseja que haja uma imposição de valores sociais ao indivíduo. Bitencourt (2004, p. 138-139) é um destes, e afirma que o "Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral".

Ainda, nas palavras de Saliba (2009, p. 54-55):

A indeterminação do processo de tratamento pela punição, que somente cessa com a cura do criminoso, é negativa, e ilusório é acreditar que a recuperação social se dê com a imposição de penas. O extremismo na aplicação da sanção penal permite considerar que somente aquele que se encontra dentro dos padrões sociais, ou seja, se socializou à cultura dominante, está apto ao convívio social. [...] O ressocializar transmite a ideia de tornar sociável aquela pessoa aos padrões corretos e justos aceitos pela sociedade, lesando a individualidade do ser humano, já que se exige uma adaptação forçada às normas ditadas pela maioria.

As críticas fizeram com que surgissem novas teorias sobre a finalidade da pena, dando origem às teorias unitárias ou ecléticas, apresentando-se como fusão entre as teorias de prevenção geral e especial, e predominando na atualidade entre os teóricos do Direito penal.

Nestas teorias, a retribuição jurídica pelo injusto penal não desaparece, mas se firma como limite para a fixação de uma pena justa, que tem na culpabilidade seu fundamento e limite (PRADO, 2019, p. 290), ou seja, a pena se justifica no delito praticado, na necessidade de evitar a realização de novos delitos, e tem a retribuição como limite na fixação da pena.

Esta é a teoria adotada no Direito penal brasileiro, o que pode ser facilmente percebido com a leitura de alguns dispositivos jurídicos, como o art. 59, do Código penal, que delega ao julgador que escolha o fim que regerá a decisão:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, o legislador atribuiu à pena diferentes finalidades em cada momento da aplicação penal. "Enquanto previsão geral e abstrata, a pena serviria como prevenção; quando da sua aplicação, buscaria a retribuição e ratificação da vigência da norma. Na execução, o objetivo principal seria a ressocialização do infrator" (DE MORAES; CALLEGARI, 2004. p. 173).

A maior crítica a estas teorias é justamente o fato de ela agregar as deficiências de todas as teorias já abordadas.

Zaffaroni (apud DE MORAES; CALLEGARI, 2004, p. 173) afirma que esta teoria parte das ideias das Teorias Absolutas e, à medida que tenta encobrir suas falhas, utiliza-se das fundamentações prevencionistas das Teorias Relativas.

Na prática brasileira, ao tentar consolidar todas as teorias em uma só, o legislador não foi claro ao eleger o momento em que uma finalidade prevalece sobre a outra, o que

acaba inviabilizando sua instrumentalização (JUNQUEIRA, 2004, p. 129). O operador do direito acaba não conseguindo interpretar o ordenamento de forma coerente.

Além de todas as críticas teóricas aqui apontadas, é sabido que, na prática, a pena privativa de liberdade é o ponto final na vida do ser humano. Uma vez no sistema prisional, o indivíduo incorpora os padrões sociais do cárcere, agindo de acordo com as regras ali impostas, gerando distanciamento entre ele e sua comunidade de origem, da qual foi retirado para o cumprimento da pena (SALIBA, 2009, p. 82). Dessa forma, não se mostra eficiente a reinserção social por meio da exclusão do indivíduo do meio onde vive.

Ademais, para Baratta (2002, p. 167), o "cárcere representa, em suma, a ponta de um iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal". Assim, o sistema penal se torna uma ferramenta de manutenção do sistema social e dos interesses dos detentores do poder, visando a manutenção das relações e da distribuição desigual de recursos.

Após toda esta exposição, resta claro que o sistema retributivo enfrenta várias adversidades, e, no sistema penal brasileiro, é considerado como a única forma de solução de conflitos, quando, em verdade, a resposta estatal de tipificação de condutas é apenas uma das formas de gerir os conflitos sociais.

2. O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante das questões críticas do sistema retributivo, apontadas acima, questionando este sistema como o único modo de gestão dos crimes, surgiu um movimento de penas alternativas como opção ao sistema penal vigente.

Percebeu-se que o sistema penal era uma ferramenta para satisfazer os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima ou sociedade.

Conforme já delineado no primeiro capítulo, o sistema de justiça criminal moderno não foi o dominante ao longo da história. Entretanto, a ideia de crime como um mal contra a sociedade, e que merece punição, passou por um longo processo histórico para moldar-se e estruturar-se como o sistema penal que hoje conhecemos.

Apesar disso, tal modo de resolução de conflitos não deixa de ser uma construção humana, ou seja, é apenas um dos caminhos para a averiguação de delitos e suas autorias

(ACHUTTI, 2016, p. 51). Dessa forma, nada impede a busca por outras formas de soluções de conflitos, sem deslegitimar o sistema processual penal acusatório.

Como forma de solução de conflitos em paralelo ao sistema retributivo, e redução da violência na forma de administração destes, surgiu a justiça restaurativa.

2.1. CONCEITO E HISTÓRIA

Apesar de não haver um consenso acerca do conceito de justiça restaurativa, este modelo de gerenciamento de conflitos tem como principal ideia possibilitar o diálogo na resolução dos casos, de forma que haja a construção coletiva das decisões, afastando a lógica tradicional do paradigma crime-castigo, e dando um maior protagonismo de atuação às partes (ACHUTTI, 2016, p. 38-44).

Resumidamente, segundo Saliba (2009, p. 151), o processo restaurativo promove o encontro da vítima com o desviante e a comunidade, a fim de que se promova a discussão do crime e suas consequências, por meio de reuniões monitoradas por facilitadores, possibilitando ainda a presença de familiares e terceiros. O resultado esperado é que as partes construam um caminho a partir do senso de justiça que possuem.

Segundo Sica (apud ACHUTTI, 2016, p. 69), a justiça restaurativa tem como característica a inversão do objeto, uma vez que o enfoque desta são as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta, não o crime em si, a reação social ou a pessoa do delinquente. Ou seja, questões que não são abordadas pela justiça criminal tradicional.

Historicamente, segundo Achutti (2016, p. 53):

Conforme Braithwaite (2002, p. 8-10), o interesse pela justiça restaurativa no Ocidente surgiu a partir de um programa de reconciliação entre vítima e ofensor na cidade de Kitchener, Ontário (Canadá), no ano de 1974. Tratava-se de programas comunitários que buscavam mediar conflitos entre vítimas e ofensores após a aplicação da decisão judicial.

Alguns anos depois, a justiça restaurativa já viraria um importante movimento social em favor da reforma da justiça penal, com iniciativas sociais que foram implantadas a partir dos anos 70. A partir de 1989, a Nova Zelândia implementou a justiça restaurativa como centro de todo seu sistema penal na área da infância e juventude. (ZEHR, 2012, p. 14).

Inicialmente, essa forma alternativa de solução de conflitos lidava com crimes patrimoniais vistos como ofensas menores. Atualmente, em algumas comunidades, já se aplica para casos de crimes mais violentos, como estupro e homicídio. (ZEHR, 2012, p. 14).

Assim, o termo justiça restaurativa abrange uma diversidade de movimentos e percepções. Contudo, esta abarca um conjunto de princípios e valores, e oferece uma estrutura alternativa para pensar sobre as ofensas.

Vamos, então, passar a delinear as características da justiça restaurativa.

2.2. CARACTERÍSTICAS, PRINCÍPIOS E VALORES

Como já apontado acima, não há uma uniformidade entre os doutrinadores com relação à definição de justiça restaurativa. Ainda, a forma de aplicação desta não é engessada, já que é um processo guiado pelas partes. Apesar disso, há um consenso sobre as principais características desta forma de resolução de conflitos.

Os doutrinadores concordam que os valores e princípios não podem apresentar perspectivas colidentes de programa para programa, para que as práticas sejam consideradas efetivamente restaurativas. Estes devem servir como guias para a experiência restaurativa, independentemente da forma a ser utilizada. (ACHUTTI, 2016, p. 67-70).

O princípio mais básico da justiça restaurativa é a direta participação de vítimas e ofensores, onde elas mesmas decidem o que deverá acontecer (ACHUTTI, 2016, p. 59). A partir deste, todos os demais se inter-relacionam.

Segundo Zehr (2012, p. 44), a filosofia restaurativa tem cinco princípios-chave:

1. Focar os danos e consequentes necessidades da vítima e da comunidade do ofensor;
2. Tratar das obrigações, de todas as partes, que resultam daqueles danos;
3. Utilizar processos inclusivos e cooperativos;
4. Envolver a todos que tenham interesse na ação;
5. Corrigir os males.

Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n. 2002/12 (ECOSOC, 2002) enunciou vinte e três princípios básicos sobre o uso desta forma de

justiça. Este serve como guia geral relacionado ao tema (ACHUTTI, 2016, p. 76) e tem importância vital no fortalecimento e adequação das práticas restaurativas.

Tais princípios só são úteis se estiverem ligados a valores. O mais importante, segundo Zehr (2012, p. 47-48) é o respeito por todos, mesmo por aqueles que parecem ser nossos inimigos. Ainda ressalta a importância do valor da interconexão, ou seja, reconhecer que estamos todos interligados, mas também temos nossa individualidade e não somos todos iguais.

Segundo Saliba (2009, p. 153):

Os valores fundamentais do modelo restaurativo, conforme Marshal, Boyack e Bowen, são a participação; o respeito; a honestidade; a humildade; a interconexão; a responsabilidade; o empoderamento e a esperança. Participação dos afetados pelo crime, que passam a adotar uma postura ativa e decisória. Respeito pelos valores do ser humano, independentemente de sua origem cultural, racial, social, religiosa etc. Honestidade no falar e agir, sem ocultar sentimentos pessoais de honra ou desonra, raiva ou alegria, provocados pelo fato criminoso. Humildade no reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade do ser humano. Interconexão dos laços sociais e reconhecimento de todos os envolvidos no conflito como membros de uma rede de relacionamento, num processo comunitário. Responsabilidade das partes por suas condutas e aceitar as consequências decorrentes, em especial daquele que executou o ato criminoso. Empoderamento das partes para livre manifestação de sua vontade e seus interesses. Esperança de cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade.

No Brasil, os princípios e valores desta forma de justiça foram enunciados na Carta de Brasília (Conselho Nacional Do Ministério Público), sendo um marco para o sistema restaurativo brasileiro.

Dessa forma, as características, princípios e valores da justiça restaurativa se resumem a "um ideal de justiça social, com efetiva participação das partes e comunidade, com autonomia de vontades, respeito ao ser humano e seus valores fundamentais, proteção aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana." (SALIBA, 2009, p. 156).

2.3. NECESSIDADES E PAPÉIS

Conforme o exposto, o principal foco da justiça restaurativa não é o mesmo da justiça criminal, qual seja, a averiguação dos fatos e posterior punição do acusado. Naquela

está na possibilidade de um diálogo entre as partes, buscando a construção de um caminho a partir do senso de justiça dos envolvidos, acerca da reparação do dano causado à vítima.

Como já abordado no primeiro capítulo, a justiça comum trata o crime como ato cometido contra o Estado, que acaba tomando o lugar de vítima no processo. A justiça restaurativa busca dar um papel à vítima, e ela é tratada como parte lesada e que tem interesse na justiça e na reparação dos danos. (SALIBA, 2009, p. 158).

Dessa forma, a vítima assume um papel ativo, determinando suas necessidades com a valorização de seus sentimentos e interesses patrimoniais. (SALIBA, 2009, p. 158-159).

Portanto, as necessidades da vítima, negligenciadas no sistema criminal são sanadas. Ela passa a ter acesso a informações reais sobre o ato lesivo que sofreu, com o acesso direto ou indireto ao ofensor; tem a oportunidade de narrar a história àquele que causou o dano, fazendo-o entender o impacto das suas ações; devolve o senso de poder à vítima; por fim, a reparação do dano, seja como restituição patrimonial, ou como um pedido de desculpas por parte do ofensor. (ZEHR, 2012, p. 25-26).

O segundo maior foco da justiça restaurativa é a responsabilidade do ofensor. Diferentemente do sistema penal, onde a responsabilidade e a empatia por parte do ofensor são desestimulados, aumentando o senso de alienação social do ofensor, nesta forma de justiça, se busca fazê-lo compreender as consequências de seus atos. (ZEHR, 2012, p. 26-27).

Segundo Zehr (2012, p. 27), para esta forma de justiça, a punição não constitui real responsabilização. O ofensor só irá sentir o senso de responsabilidade ao compreender o impacto de seu comportamento, com os danos causados, e estimulá-lo a adotar medidas para corrigir o que for possível.

Ainda, deve-se atentar às necessidades do ofensor, para que este realmente assuma suas responsabilidades e se torne um indivíduo que contribua socialmente.

Para Zehr (2012, p. 28), resumidamente, o ofensor precisa que a justiça lhe ofereça:

1. Responsabilização que
 - a. Cuide dos danos resultantes,
 - b. Estimule a empatia e a responsabilidade e
 - c. Transforme a vergonha.
2. Estímulo para a experiência de transformação pessoal, inclusive:
 - a. Cura dos males que contribuíram para o comportamento lesivo,

- b. Oportunidade de tratamento para dependências químicas e/ou outros problemas e
- c. Aprimoramento de competências pessoais.
3. Estímulo e apoio para reintegração à comunidade.
4. Para alguns, detenção, ao menos temporária.

Por fim, os membros da comunidade também têm necessidades advindas do crime e papéis a desempenhar. Com esta, se forma o tripé do diálogo restaurativo.

A importância da comunidade no processo restaurativo, para Saliba (2009, p. 156), se resume em cinco razões:

1º) para o fortalecimento dos vínculos estabelecidos entre delinquente, vítima e comunidade; 2º) para a reinserção social mais efetiva; 3º) para a conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e comunidade; 4º) para a conscientização da importância do processo para a comunidade; 5º) para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito e promotor da justiça social.

Portanto, a participação da comunidade torna-se imprescindível no processo restaurativo, a fim de diminuir as causas do delito.

A justiça restaurativa ainda reconhece as diferentes comunidades, dentro do desequilíbrio social existente, e, através do empoderamento das partes, ampara suas propostas, estabelecendo um processo restaurativo adequado para cada situação.

Vale lembrar que o consenso é fundamental em todo o curso do processo restaurativo. As reuniões devem ser realizadas voluntariamente, e na ausência do interesse de qualquer parte envolvida, o processo não se instaura ou não se desenvolve, e, a qualquer momento, é permitido o afastamento deste. (SALIBA, 2009, p. 162).

Com o início do processo, as responsabilidades das partes, baseadas nos princípios e valores, devem ser assumidas, para evitar futuras lides.

2.4. FUNCIONAMENTO

Conforme já dito, a justiça restaurativa se funda no diálogo entre as partes e na resolução alternativa do conflito, respeitando os Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana.

Não há um procedimento padronizado para a aplicação dessa forma de justiça, já que este é individualizado entre as partes, mas os valores e princípios comuns devem ser respeitados para que o procedimento seja identificado como justiça restaurativa.

Assim, o campo da justiça restaurativa se tornou muito amplo para caber em uma classificação. A seguir, será exposta uma breve visão de algumas das práticas na justiça restaurativa ocidental.

São três os principais modelos na prática da justiça restaurativa: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares, e os círculos de Justiça Restaurativa (ZEHR, 2012, p. 55). Os três ainda podem mesclar-se.

Zehr (2012, p. 55-56) entende que nos três modelos há encontro entre a vítima e o ofensor, podendo ambos serem representados, e incluindo a comunidade. Tais encontros são mediados por facilitadores, que supervisionam, equilibram e orientam o processo. Os participantes são estimulados a expressar seus sentimentos, contar os fatos e propor soluções, a fim de chegar a uma decisão consensual.

Assim, as vítimas têm a oportunidade de se expressarem sobre o mal sofrido, e o ofensor de reconhecer o fato como tal. Dessa forma, se restaura a equidade na relação vítima-ofensor. As partes também têm a oportunidade para conversar sobre o futuro e a possibilidade de reincidência do ofensor. (ZEHR, 2012, p. 56).

O modelo de encontro entre vítima e ofensor tem "início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito (vítima e ofensor), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito." (ACHUTTI, 2016, p. 84).

Nesse modelo, há o diálogo entre a vítima e o ofensor, que pode ocorrer através de um encontro cara a cara, ou de forma indireta, através do facilitador. Membros da família das partes poderão ou não participar, bem como a comunidade, mas, geralmente, terão papel secundário. Em geral, o resultado é a assinatura de um acordo de restituição de bens, salvo em casos de violência grave. (ZEHR, 2012, p. 58).

Em conformidade com Zehr (2012, p. 58), no modelo de conferências de grupos familiares o principal objetivo é que o ofensor assuma a responsabilidade e mude de

comportamento. Portanto, há ampliação do círculo básico de participantes, passando a incluir os familiares e integrantes das comunidades da vítima e do ofensor.

Desde 1989, uma espécie deste modelo é utilizada na Nova Zelândia, no procedimento normativo da vara da infância e juventude. Nesta espécie, os encontros são facilitados por assistentes sociais, e, juntamente às famílias, ajudam os participantes no curso do processo. (ZEHR, 2012, p. 60).

Os círculos de justiça restaurativa estão ligados às tradições de tribos indígenas do Canadá e Estados Unidos. Neste modelo, a comunidade é envolvida, e visa a restauração da paz através da reparação e cura. Pressupõe uma comunidade ativa e de fortes vínculos, portanto, é um modelo pouco aplicado atualmente. (ACHUTTI, 2016, p. 56).

Diante do exposto, percebe-se que o processo restaurativo é um novo modelo de justiça, desvinculado do excesso de formalismo contido na justiça criminal comum, e procura meios de solucionar o problema, e não simplesmente atribuir a culpa a um indivíduo.

Esta forma de justiça busca restaurar as relações que foram abaladas por um dano através do diálogo consensual entre as partes, tendo respeito acima de tudo. "É um lembrete de que todos nós estamos interligados de fato". (ZEHR, 2012, p. 76).

3. RETRIBUIR OU RESTAURAR: UMA ANÁLISE ABOLICIONISTA

Conforme exposto acima, o sistema retributivo é, até hoje, duramente criticado, por possuir inúmeras falhas e não cumprir com os seus principais objetivos de prevenção geral e especial dos delitos.

Com isso, passaram a surgir ideias para solução de conflitos diferentes do sistema penal comum, dentre estas a justiça restaurativa.

Ambas formas de justiça divergem radicalmente em vários pontos principais do processo.

Na justiça retributiva, o conceito de crime é estritamente ligado à violação da Lei Penal, de ato que atenta contra a sociedade, representada pelo Estado; enquanto na justiça restaurativa o conceito de crime é mais amplo, de um ato que afeta a vítima, o próprio autor e a comunidade causando-lhe uma variedade de danos.

Além disso, enquanto o foco na justiça retributiva é no infrator, para intimidá-lo e puni-lo; na justiça restaurativa, o foco está na restauração da relação entre as partes.

Ainda, no sistema retributivo, a penalização consiste basicamente nas penas privativas de liberdade ou restritivas de direito; já na justiça restaurativa é a reparação dos traumas moral e emocional causados, como pedido de desculpas, reparação, restituição ou prestação de serviços comunitários, da forma que a vítima e o agente cheguem a um consenso, baseados no senso de justiça que possuem.

Na justiça restaurativa, a vítima tem o papel central, participando de todas as decisões, enquanto na retributiva, ocupa um lugar periférico, mal sabendo o que se passa no curso do processo, gerando frustração e descrença com o sistema.

O infrator, na justiça retributiva, tem o foco em sua má formação, no descumprimento das leis e na necessidade de punição. Ao contrário, na forma restaurativa de justiça, há uma preocupação com que o infrator efetivamente sinta a responsabilização pelo ato, para que as chances de reincidência sejam reduzidas, e para que ele participe das decisões tomadas.

A inconformidade com a justiça criminal tradicional fez com que fossem desenvolvidos pensamentos críticos sobre o fenômeno criminal, agrupadas no que se denominou "criminologia crítica", possuindo três correntes principais: o abolicionismo penal, o realismo de esquerda e o garantismo penal. (ANITUA, 2008, p. 657).

Nesse contexto, o foco neste artigo será o abolicionismo penal, que representa fundamental importância à aplicação da justiça restaurativa, já que nos casos onde for aplicada, o abolicionismo deve prevalecer em detrimento do sistema criminal.

O movimento abolicionista surgiu no fim da década de 60, como um questionamento ao sistema penal tradicional, sob o pensamento de que este se baseia em objetivos contraditórios e opostos, como "a ressocialização, a prevenção geral, a defesa social, o castigo e a dissuasão coletiva" (LAGES; MACHADO, 2018, p. 345).

Os pensadores abolicionistas, segundo Lages e Machado (2018, p. 345):

além de promover a mais extrema crítica da legitimidade do sistema penal, propõem a transformação radical (abolição) do aparelho carcerário e sua substituição por estratégias reflexivas e integradoras que lidem com as

situações-problema que se costuma chamar crimes fora da lógica do castigo, da vingança e da crueldade.

Assim, o principal foco deste movimento é a construção de um pensamento crítico que deslegitime de forma radical o sistema carcerário e a lógica punitivista (ANITUA, 2008, p. 697), objetivando a substituição deste por formas alternativas de lidar com as condutas tidas como delituosas.

A principal ideia do movimento é a mudança do conceito de crime, e que as partes tomem o papel principal na resolução do conflito, e não o Estado. Dessa forma, seriam trazidas soluções efetivas para o caso concreto, e não apenas respostas jurídicas, como acontece no sistema tradicional. (ACHUTTI, 2016, p. 125-126).

Segundo Achutti (2016, p. 99-100), os mais importantes defensores da abolição do sistema penal consideram que o castigo não é o meio adequado para reagir diante de um delito, pois este perpetua uma ordem social injusta, estigmatizante e seletiva, tornando qualquer sistema que se utilize desse método violento.

Ainda, conforme René van Swaaningen (apud ACHUTTI, 2016, p. 100), acreditam que o sistema penal gera mais problemas do que soluciona, uma vez que a repressão penal é um processo dessocializador de pessoas, e não preventivo.

Em síntese, os abolicionistas creem que o sistema penal opera na ilegalidade, pois:

atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura - punitiva - que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível *fazer justiça* em eventos considerados oficialmente como *crime*. (ACHUTTI, 2016, p. 103).

Dentre os principais pensadores desta teoria, os mais influentes na questão da justiça restaurativa foram Louk Hulsman e Nils Christie. Ambos foram pioneiros ao idealizarem, além de apenas o abolicionismo da prisão, a abolição de todo o sistema penal.

As críticas abolicionistas destes foram fundamentais à possibilidade concreta de estruturação de um mecanismo de resolução de conflitos, já que conduzem à necessidade de busca de uma alternativa para a estrutura ineficaz do sistema criminal. (ACHUTTI, 2016, p. 126-127).

3.1. O ABOLICIONISMO DE LOUK HULSMAN

Louk Hulsman defendia a completa extinção do sistema penal, inclusive da justiça criminal e sistema prisional. Acreditava não ser racional manter a justiça punitiva, já que esta seria incapaz de atingir seus objetivos e ainda caracterizaria um problema social; causaria sofrimentos desnecessários e distribuídos socialmente de modo injusto; não apresentaria efeito positivo sobre as pessoas envolvidas no conflito; e é difícil de ser mantida sob controle. (CAMARGO, 2017, p. 139).

Sua principal ideia é a necessidade de mudança na linguagem para lidar com as situações-problema que costumamos chamar de crimes, ou melhor, primeiramente a abolição da justiça criminal em nós mesmos, causando uma mudança na linguagem, e posteriormente nas percepções e atitudes. (HULSMAN, p. 203-204, apud LAGES, 2018, p. 345).

Neste ponto, vale ressaltar que é um consenso entre os principais pensadores abolicionistas a importância de abolir não só as instituições formais de controle, mas a cultura punitiva como um todo, ou seja, a dimensão simbólica e comunicacional do sistema penal.

Hulsman pretendia fazer com que o conceito de crime fosse questionado, pois considerava-o o principal ponto da estrutura do sistema penal, a partir da desconstrução da linguagem tradicional do sistema penal. Dessa maneira, as formas de enfrentar a situação seriam ampliadas (HULSMAN; CELIS apud CAMARGO, 2017, p. 39).

Para Hulsman e Celis, "não existem crimes nem delitos, apenas **situações problemáticas**. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana." (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 101), ou seja, sem as rotulações de crime, definidas pela lei penal.

São dois os efeitos desejados pelos autos ao devolver os conflitos às partes:

(a) a *eliminação dos problemas sociais provocados pelo sistema penal*, como a produção em série de *pessoas culpadas*, a estigmatização dos apenados, a marginalização de diversos grupos sociais, dentre outros; e (b) a *revitalização da interação social*: a ausência da estrutura centralizada da justiça criminal abrirá espaço para que a sociedade possa buscar outros mecanismos - preferencialmente, descentralizados e integrados à comunidade local - para solucionar os seus problemas. (ACHUTTI, 2016, p. 129).

Assim, objetiva dar uma oportunidade às partes para que compreendam a situação e cheguem a uma conclusão e decisão coletiva sobre o que fazer para remediar o problema.

Para Hulsman e Bernart de Celis (apud ACHUTTI, 2016, p. 131), a aplicação destes mecanismos pressupõe que se considere cada situação em suas múltiplas dimensões, e não como um ato e seu ator imediato, ou seja, deixar de encarar o ato como um crime. Ainda, ressaltam a importância de os projetos alternativos serem desenvolvidos em conjunto direto com os envolvidos.

Com estas considerações, já é possível perceber a semelhança das propostas do autor com os mecanismos de justiça restaurativa. Apesar do receio de que esta se torne mais um instrumento de controle do sistema penal, acredita-se que:

tomadas as precauções trazidas por Hulsman, [...] a justiça restaurativa possui potencial para atender às suas propostas construtivas e, ainda, evitar que se torne apenas mais um aparelho a serviço do sistema punitivo. (ACHUTTI, 2016, p. 132).

3.2. O ABOLICIONISMO DE NILS CHRISTIE

Christie, diferentemente de Hulsman, não defende a completa abolição do sistema penal, entendendo que em casos excepcionais, a resposta estatal repressiva seria necessária. Dessa forma, seu pensamento é conhecido como abolicionismo minimalista. Apesar disso, defende a redução máxima do sistema penal e a criação de um modelo descentralizado de resolução de conflitos.

O autor considera que não existem crimes, mas sim atos. Estes são classificados de acordo com uma construção social, a depender da cultura, política e anseios à época, ou seja, são voláteis. Assim sendo, explica o crime de uma maneira coletiva, encontrando suas razões na forma como a sociedade é organizada. (CAMARGO, 139 p. 2017)

Achutti destaca que Christie faz três principais críticas ao sistema penal:

a primeira se refere à apropriação estatal dos conflitos; a segunda, à profissionalização dos principais atores jurídicos e as consequências disso para a justiça criminal; e a última, à maneira simplificadora como a justiça criminal encara os fatos delituosos e as partes envolvidas. (ACHUTTI, 2016, p. 133).

Com isso, segundo Achutti (2016, p. 134), o autor quis dizer que houve a transformação do dano à uma pessoa em uma infração à lei, ou seja, a principal vítima se tornou o próprio Estado, afastando o ofendido e o ofensor da discussão. Assim, acaba se construindo uma visão de que aquele que cometeu um ato definido como crime como um não ser humano.

Para Christie (apud CAMARGO, 2017, p. 43), "Quando entendemos um pouco mais o comportamento das pessoas, ou especialmente se somos capazes de nos colocar na situação das pessoas, o monstro se dissolve. Mas, para as ações estatais, eles são muito convenientes".

O autor entende que os conflitos foram tomados pelo Estado, em detrimento das partes e da comunidade, para administrá-lo da forma que lhe convém. Afirma que "os conflitos criminais se tornaram ou propriedade de outras pessoas - em especial, dos advogados - ou tem sido do interesse de outras pessoas definir remotamente os conflitos" (CHRISTIE, 1977 apud ACHUTTI, 2016, p. 134).

Dessa forma, Christie sugere uma nova forma de lidar com os conflitos, na qual os principais atores são os envolvidos no conflito. Acredita que "a excentricidade dos atos será tolerada na medida em que se conhece as motivações e os problemas da pessoa, ao passo que condutas inconsistentes com a realidade da pessoa serão menos toleradas." (LAGES, 2017, p. 44), ou seja, o conhecimento da individualidade do indivíduo pode aumentar a tolerância ante uma conduta indesejável.

A proposta consiste nos tribunais comunitários (*neighbourhood courts*). Este modelo prevê que seja o mais próximo possível da comunidade, incentivando que os valores locais sejam levados em consideração, e tem orientação voltado ao ofendido, num procedimento de quatro fases, misturando procedimentos penais e civis:

a primeira seria verificar a credibilidade da acusação, a fim de evitar a violação dos direitos do ofensor e a responsabilização de terceiros; a segunda consistia na elaboração, pelo ofendido, de um documento contendo suas necessidades, considerando a dimensão do dano e as formas de sua reparação; na terceira fase, os tribunais comunitários analisariam sobre a necessidade de punição ao ofensor; na quarta etapa, os mesmos participantes das fases anteriores discutiriam sobre a situação pessoal e social do ofensor, a fim de verificar suas necessidades. (CAMARGO, 2017, p. 139).

O autor (apud ACHUTTI, 2016, p. 135; CAMARGO, 2017, p. 45) ressalta a importância da participação de operadores jurídicos apenas na primeira fase, para verificação da autoria do conflito e garantir os direitos do ofensor; e de o tribunal ser composto de pessoas leigas, para ser um aprendizado à toda a comunidade, e afastar a atitude de um especialista de se apropriar do conflito.

Ou seja, propõe focar em um modelo comunitário para lidar com os conflitos, onde há envolvimento equilibrado e ativo entre a vítima e o ofensor, bem como da comunidade.

Destaca a importância de que o sistema tenha vida própria, e não desapareça por falta de voluntários e permita às partes que se conheçam na sua integralidade.

Como nos tribunais comunitários os próprios membros da comunidade participam das deliberações, evita a falta de conhecimento com relação ao caso, que acaba ensejando isenção de responsabilidade, como acontece na justiça criminal comum, onde há divisão de trabalho e os funcionários não tem dimensão das consequências do trabalho desenvolvido (ACHUTTI, 2016, p. 136).

Na interpretação de Achutti (2016, p. 137), Christie ainda critica a forma binária e simplista na qual se baseia a justiça criminal para julgar os conflitos, na qual os anseios das partes sequer são levados em consideração. A justiça criminal recebe apenas informações consideradas juridicamente relevantes: "o que as partes podem sentir como de importância central pode ser visto como irrelevante e, conseqüentemente, eliminado na corte" (CHRISTIE apud ACHUTTI, 2016, p. 137).

Ante as considerações, observa-se que as ideias de Nils Christie também flertam com a proposta da forma restaurativa de justiça.

3.3. JUSTIÇA RESTAURATIVA E ABOLICIONISMO PENAL

Após a análise das ideias abolicionistas, principalmente de Louk Hulsman e Nils Christie, percebe-se que estas estão ligadas ao mecanismo da justiça restaurativa.

Estes acreditavam que o castigo não seria a resposta adequada para reagir diante de um delito, já que cria um método violento, seletivo e estigmatizante. Ainda ressaltavam a importância da abolição da cultura punitiva como um todo, não só das instituições formais de controle.

O abolicionismo atinge diretamente a sustentação da justiça criminal, que são o conceito de crime e a apropriação do conflito pelo Estado, o que impede uma solução adequada para cada caso, oferecendo apenas respostas jurídicas. (ACHUTTI, 2016, p. 125).

Para Hulsman e Christie, seria necessário dar oportunidade às partes para compreenderem a situação e chegarem a uma conclusão coletiva de como remediar o problema. Christie ainda foi além e idealizou um modelo de resolução de conflitos, onde as partes retomam o papel principal.

Dessa forma, a justiça restaurativa aparece como uma possibilidade concreta de implementação de um sistema de resolução de conflitos pautado pelas críticas abolicionistas. Há uma clara conexão entre ambos, já que a forma restaurativa de justiça propõe formas descentralizadas na resolução de conflitos, onde as partes retomam o papel principal. Com as precauções abolicionistas, evita-se que a forma restaurativa de justiça se torne mais um instrumento de controle do estado, e do sistema punitivo.

Assim, observa-se que é plenamente viável a aplicação do abolicionismo penal, em detrimento do sistema penal, nos conflitos onde atuar a justiça restaurativa.

Achutti (2016, p. 309-310) salienta que a justiça restaurativa deve compreender algumas características, para que seja viável a partir da perspectiva abolicionista:

(a) não pode virar uma presa do sistema penal, para evitar que seja relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; (b) exige a adoção de uma nova linguagem para o seu funcionamento, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais da justiça criminal; (c) não faz uma distinção preliminar entre *ilícitos civis* e *ilícitos penais*, de forma a permitir que os envolvidos decidam a maneira pela qual administrarão a situação; (d) não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela *indústria do controle do crime* e pela lógica burocrática moderna; (e) deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; (f) necessita ter o seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio (*communities of care*), a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo atendimento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; e (g) deve, fundamentalmente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto de suas próprias propostas.

Dessa forma, o resultado esperado com a implementação da justiça restaurativa sob o enfoque abolicionista é a redução do uso do sistema penal na administração dos conflitos (ACHUTTI, 2016, p. 140).

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise da implementação da justiça restaurativa como alternativa ao processo penal brasileiro, que tem como base a teoria retributiva da pena, à luz da teoria do abolicionismo penal.

Foi possível perceber que o sistema penal é, por séculos, estruturado na ideia de bem jurídico penal, que limita o poder de punir do estado. Na prática, sabe-se que o sistema penal

é um instrumento de controle do Estado, e a determinação das condutas passíveis de punição cabe a determinados membros da sociedade. Foi se cristalizando a ideia de que a pena seria a única resposta à determinadas condutas, e com isso, também o modelo punitivo, em detrimento de outras formas de resolução de conflitos.

Especificamente no Código Penal brasileiro, a teoria adotada que justifica a finalidade da pena é a unitária ou eclética, que abarca as teorias absolutas, e de prevenção geral e especial. Dessa forma, a pena se justifica no delito praticado, na necessidade de evitar a realização de novos delitos, e tem a retribuição como limite na fixação da pena.

Apesar de cumprir com a função de retribuição, o sistema penal brasileiro não está cumprindo com a função de prevenção geral e especial que promete. Os números de encarcerados crescem a cada ano, e o Brasil, em abril de 2019, tinha destaque internacional por estar entre os países com maior número de encarcerados. Ainda, em 2015, a menor porcentagem das pesquisas sobre reincidência no Brasil apontava em 30% dos encarcerados. Desse modo, os indivíduos não estão deixando de cometer crimes por terem consciência da norma jurídica e serem intimidados pela pena, e a taxa de reincidência é muito alta.

Além disso, percebeu-se que o sistema penal é uma ferramenta para legitimar o interesse punitivo do Estado, dos detentores do poder, e da cultura em que a sociedade está inserida, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima ou para a sociedade.

Na prática, a pena privativa de liberdade é altamente prejudicial ao ser humano, já que gera um distanciamento ainda maior entre o indivíduo e a comunidade da qual foi retirado. A forma de exclusão do indivíduo do meio onde vive não se mostra eficiente para a reinserção social, que é o principal objetivo do sistema penal brasileiro.

Neste cenário, se torna cada vez mais latente a substituição, mesmo que parcial, da forma de justiça comum por formas alternativas de justiça.

É necessário o abandono do velho sistema penal, já obsoleto e que nunca cumpriu com a sua função de prevenção de delitos; e a coragem para que se experimentem formas diferentes de resolução de conflitos.

Isso não significa renunciar a todas as garantias e direitos individuais já conquistados e formalizados na Constituição Federal, mas sim o reconhecimento destes, pautado numa postura crítica, e reconhecendo a limitação de seu alcance.

Como forma de solução de conflitos em paralelo ao sistema criminal, e redução da violência na forma de administração destes, surgiu a justiça restaurativa. Esta apresenta um caminho possível para que os conflitos sejam manuseados de forma diversa à justiça criminal tradicional, onde, pautada na observância de seus princípios e valores, sendo o principal o respeito, o fundamento está na promoção do diálogo entre os envolvidos, para que compreendam e lidem com a infração, podendo chegar a uma solução conforme a necessidade que possuem. Dessa forma, devolve o protagonismo da resolução do conflito às partes.

Da mesma forma, com as discussões acerca das teorias da justiça criminal, surgiu a ideia de abolicionismo penal, cuja principal ideia é de que a cultura punitiva deve deixar de existir, e tem o mesmo desejo da justiça restaurativa de devolver o protagonismo do conflito às partes. O abolicionismo faz críticas relacionadas às contradições do sistema penal, e possui a crença em uma mudança social no sentido da maneira de pensar e lidar com os fatos tidos como criminosos. Dessa forma, o abolicionismo atinge diretamente o que sustenta o sistema criminal, que são o conceito de crime e a apropriação do conflito pelo Estado, e que impedem uma solução adequada para cada caso.

Assim, com a ideia de abolicionismo penal, juntamente com o modelo restaurativo de justiça, surge uma possibilidade concreta da implementação de um sistema de resolução de conflitos descentralizado. De uma certa maneira, a justiça restaurativa seria uma das formas práticas da ideia do abolicionismo penal.

Dessa forma, nos casos onde a justiça restaurativa atuar, deve ser aplicado o abolicionismo penal, para que as partes assumam os papéis principais, e não o Estado, através do sistema criminal.

Com as críticas abolicionistas de Louk Hulsman e Nils Christie, é muito possível evitar que a justiça restaurativa se torne mais um aparelho de controle à serviço do sistema punitivo, e com as características destacadas por Achutti, a justiça restaurativa torna-se viável a partir da perspectiva abolicionista.

O resultado esperado com a implementação da justiça restaurativa, com enfoque abolicionista, é a redução do uso do sistema penal para a administração de conflitos.

Sendo assim, pode-se afirmar que o presente artigo cumpriu com seu objetivo principal de apresentar a justiça restaurativa, com enfoque abolicionista, como uma forma de

justiça alternativa ao sistema adotado pela justiça criminal, já que esta forma de justiça alternativa, juntamente com o abolicionismo, é plenamente viável, e, juntos, rompem com o padrão retributivo contido no sistema penal tradicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALMEIDA, Camila. **A crítica agnóstica ao modelo retributivo**: abertura de possíveis caminhos para o paradigma restaurativo, *in* PELIZZOLI, Marcelo L. (org.), et al. **Justiça Restaurativa**: caminhos da pacificação social. Caxias do Sul: UFPE, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**: Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Código penal**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BECHARA, Ana Elisa Libertore S.. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades, nº 1, maio-agosto de 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/integra.pdf#page=16>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO, Juliana Lobo. **A justiça restaurativa entre a teoria e a vivência**: Uma análise criminológica crítica, abolicionista e minimalista de seus limites e potencialidades perante a crise do sistema penal. 139 p. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. [Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade], p. 38-39. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/12345_6789/176770/345834.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf>. Acesso: em 09 mar. 2020.

DA SILVA, Ivan Luiz. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Revista de Informação Legislativa, ano 50, nº 197, janeiro-março de 2013. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/51717752/Bem_juridico_penal_como_limite_a_intervencao.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DBem_juridico_penal_como_limite_a_intervencao.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200303%2Fus-east-1%2Faws4-request&X-Amz-Date=20200303T011941Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=def5fb241a062389726459dac2338c5b860ed59578d5ebc20680e8893500>. Acesso: em 02 mar. 2020.

DE MORAES, Vinicius Borges; CALLEGARI, André Luis. **As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais**. Revista de iniciação científica da ULBRA, nº 3, 2004. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/ic/article/view/2020/1439>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

ECOSOC. **Resolution 2002/12 Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2020.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1ª ed. Niterói: Luam, 1993.

LAGES, Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa; MACHADO, Bruno Amaral. **Além da lógica do castigo: Abolicionismo Penal, Justiça Restaurativa e os três dogmas do penalismo**. Argumenta Journal Law, nº 29, julho-dezembro de 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b518/22415eaf59a6108664278a3bfeca98651a5e.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

INFOPEN- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. 2019. **Infopen**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 07 jun. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Manole, 2004.

LAGES, Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa; MACHADO, Bruno Amaral. **Além da lógica do castigo: Abolicionismo Penal, Justiça Restaurativa e os três dogmas do penalismo**.

Argumenta Journal Law, n° 29, julho-dezembro de 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b518/22415eaf59a6108664278a3bfeca98651a5e.pdf>> Acesso em 01 abr. 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHIMITT DE BEM, Leonardo. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 2002/12 da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2020.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo**. G1. Publicado em 28 de abril de 2019. Monitor da violência. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática. 1ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2012.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Vitória Catanho Barbosa Duarte

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31503934, Período matutino, Turma B,


tendo realizado o TCC com o título: Justiça restaurativa como alternativa ao Sistema Penal brasileiro

sob a orientação do(a) professor(a): Jessica Pascoal Santos Almeida

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de junho de 2020.


Assinatura do discente