

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CÁSSIO ROBERTO URUGA OLIVEIRA

**RESTAURANDO A JUSTIÇA CRIMINAL: A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS
RESTAURATIVAS EM CONTEXTOS RETRIBUTIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS CRIMINAIS**

São Cristóvão (SE)
2024

CÁSSIO ROBERTO URUGA OLIVEIRA

**RESTAURANDO A JUSTIÇA CRIMINAL: A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS
RESTAURATIVAS EM CONTEXTOS RETRIBUTIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS CRIMINAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

São Cristóvão (SE)
2024

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

O48r	Oliveira, Cássio Roberto Uruga Restaurando a justiça criminal : a aplicação de práticas restaurativas em contextos retributivos de solução de conflitos criminais / Cássio Roberto Uruga Oliveira ; orientadora Daniela Carvalho Almeida da Costa. – São Cristóvão, SE, 2024. 130 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2024. 1. Direito penal. 2. Justiça restaurativa. 3. Punição. 4. Danos (Direito). I. Costa, Daniela Carvalho Almeida da, orient. II. Título. CDU 343.28/.29
------	--

CÁSSIO ROBERTO URUGA OLIVEIRA

**RESTAURANDO A JUSTIÇA CRIMINAL: A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS
RESTAURATIVAS EM CONTEXTOS RETRIBUTIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS CRIMINAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Prof^a. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Universidade Federal de Sergipe – Presidente

Prof^a. Dra. Mirian Coutinho de Faria Alves
Universidade Federal de Sergipe – Interno

Prof^a. Dra. Gabriela Maia Rebouças
Universidade Tiradentes – Externo

São Cristóvão (SE)
2024

*Aos meus pais, que sempre me
incentivaram a percorrer os áridos e
recompensadores caminhos do
conhecimento.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma etapa na formação acadêmica é sempre motivo de alegria, mas também é motivo de expressar a gratidão a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para que a jornada fosse possível.

Inicialmente, não poderia deixar de agradecer aos meus pais, que sempre se mantiveram fiéis ao compromisso de educar seus filhos da melhor forma possível. Essa é mais uma conquista de vocês.

Também não poderia deixar de agradecer às minhas irmãs, Géssica, Dulce e Hannah, que sempre se mostraram parceiras e pacientes em todas as fases de minha formação acadêmica.

Agradecer, também, à professora e orientadora Daniela Carvalho Almeida da Costa, que me aceitou em seu grupo de pesquisa quando ainda estava no primeiro período da graduação e desde então tem se mostrado uma fonte de conhecimento e inspiração. Obrigado por me apresentar a justiça restaurativa antes da contaminação dogmática do Direito Penal.

Às professoras Mirian Coutinho de Farias Alves e Gabriela Maia Rebouças, por terem aceitado participar da minha banca de defesa, marcando presença fundamental em minha trajetória acadêmica.

Aos amigos, que não vou nomear para não ser injusto com ninguém, por compreender que muitas vezes precisaram abdicar da minha companhia para que esse trabalho fosse concluído.

A todos do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe, em especial às amigas Gabrielle e Kamille pelo companheirismo nesses anos de mestrado e a Nay que sempre se colocou à disposição para nos ajudar em tudo que precisamos nesses anos.

Agradecer, também, a todos do Fernandes Advogados Associados e da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul por toda a parceria e incentivo à formação qualificada ao longo desses anos.

Por fim, como não poderia deixar de ser, agradecer profundamente à Universidade Federal de Sergipe, que me abriga desde 2006. Esse é o final de um ciclo que contribuiu de forma incalculável na minha formação como profissional e como ser humano. Aguardarei ansioso pelo meu retorno aos seus bancos.

*Não há nada que seja percebido e sentido
tão precisamente quanto a injustiça.*
Charles Dickens

RESUMO

A ideia sobre o que é e como se alcançar a justiça é tema permanente na filosofia política ocidental. Dentre os vários pensadores que se comprometeram a realizar uma análise da justiça, John Rawls e Amartya Sen fornecem substratos teóricos para uma análise sobre os paradigmas de aplicação da justiça criminal. O paradigma retributivo é o paradigma dominante e se apresenta como um modelo formal de aplicação da justiça criminal que enxerga o crime como uma violação da lei instituída e o Estado como vítima do crime e detentor exclusivo do direito de punir. Já o paradigma restaurativo, que é o emergente, devolve o protagonismo da solução do conflito às partes envolvidas e enxerga o crime como uma violação das relações sociais que precisa ser restaurado. Apesar de apresentarem fundamentos, princípios e valores distintos, há, na prática jurídica moderna, uma tendência de aplicação concorrente dos paradigmas retributivo e restaurativo de solução de conflitos criminais. Diante disso, o presente trabalho busca investigar a viabilidade da aplicação da justiça criminal restaurativa de forma concorrente à justiça penal retributiva, no contexto da justiça criminal brasileira. Para tanto, investigou-se duas hipóteses de pesquisa: (i) é possível a aplicação dos modelos restaurativo e retributivo de aplicação da justiça criminal de forma concorrente e essa aplicação pode reduzir os problemas da aplicação isolada do modelo retributivo, alcançando-se soluções mais justas para os conflitos criminais; e (ii) respeitando-se os princípios e valores da justiça restaurativa, a aplicação da justiça restaurativa de forma concorrente à justiça retributiva não reduz o potencial restaurador das práticas aplicadas, muito embora não seja a solução ideal dos conflitos criminais. Dessa forma, realizando uma pesquisa descritiva, qualitativa e bibliográfica, utilizando o método dedutivo, foi possível constatar que, analisando os paradigmas a partir das teorias da justiça de Rawls e de Sen, o paradigma restaurativo apresenta melhores resultados que o paradigma retributivo. Apesar disso, a transição paradigmática ainda não se mostra possível devido às resistências próprias dessa transição e da cultura punitivista ainda muito presente na sociedade brasileira. Assim, no contexto judicial brasileiro, observa-se que os paradigmas restaurativo e retributivo vêm sendo aplicados de forma concorrente, o que encontra amparo na teoria de Sen, mas não seria possível na teoria de Rawls. Essa coexistência implica em uma série de cuidados para que o paradigma dominante não se aproprie do paradigma emergente, limitando sua aplicação e desvirtuando seus institutos. Analisando essa problemática, foi possível identificar três requisitos para que a aplicação das justiças restaurativa e retributiva de forma concorrente seja possível: o respeito aos princípios e valores da justiça restaurativa, a limitação das práticas retributivas da justiça criminal formal e o monitoramento constante das práticas restaurativas aplicadas. Acredita-se que respeitando esses requisitos a aplicação concorrente dos paradigmas restaurativo e retributivo de justiça promoverá, além de uma solução mais justa para o conflito, um aperfeiçoamento das instituições de aplicação da justiça e uma mudança cultural que pode culminar com a adoção do paradigma restaurativo como dominante.

Palavras-chave: justiça retributiva, justiça restaurativa, teorias da justiça, paradigmas.

ABSTRACT

The idea of what justice is and how to achieve it is a permanent theme in Western political philosophy. Among the various thinkers who have committed to carrying out an analysis of justice, John Rawls and Amartya Sen provide theoretical substrates for an analysis of the paradigms for applying criminal justice. The retributive paradigm is the dominant paradigm and presents itself as a formal model of application of criminal justice that sees crime as a violation of established law and the State as the victim of the crime and exclusive holder of the right to punish. The restorative paradigm, which is the emerging one, returns the leading role in resolving the conflict to the parties involved and sees crime as a violation of social relations that needs to be restored. Despite presenting different foundations, principles and values, there is, in modern legal practice, a tendency towards concurrent application of the retributive and restorative paradigms for resolving criminal conflicts. Given this, the present work seeks to investigate the feasibility of applying restorative criminal justice in a way that competes with retributive criminal justice, in the context of Brazilian criminal justice. To this end, two research hypotheses were investigated: (i) it is possible to apply the restorative and retributive models of criminal justice application concurrently and this application can reduce the problems of the isolated application of the retributive model, achieving more efficient solutions. fair for criminal conflicts; and (ii) respecting the principles and values of restorative justice, the application of restorative justice in a manner that competes with retributive justice does not reduce the restorative potential of the practices applied, even though it is not the ideal solution to criminal conflicts. Thus, carrying out descriptive, qualitative and bibliographical research, using the deductive method, it was possible to verify that, analyzing the paradigms based on the justice theories of Rawls and Sen, the restorative paradigm presents better results than the retributive paradigm. Despite this, the paradigmatic transition is not yet possible due to the resistance inherent to this transition and the punitive culture still very present in Brazilian society. Thus, in the Brazilian judicial context, it is observed that the restorative and retributive paradigms have been applied concurrently, which finds support in Sen's theory, but would not be possible in Rawls' theory. This coexistence implies a series of precautions so that the dominant paradigm does not appropriate the emerging paradigm, limiting its application and distorting its institutes. Analyzing this problem, it was possible to identify three requirements for the application of restorative and retributive justice in a concurrent manner to be possible: respect for the principles and values of restorative justice, the limitation of retributive practices of traditional criminal justice and the constant monitoring of restorative practices applied. It is believed that respecting these requirements, the concurrent application of the restorative and retributive paradigms of justice will promote, in addition to a fairer solution to the conflict, an improvement in justice application institutions and a cultural change that may culminate in the adoption of the restorative paradigm. as dominant.

Keywords: retributive justice, restorative justice, theories of justice, paradigms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 UMA ANÁLISE SOBRE A IDEIA DE JUSTIÇA CRIMINAL	17
1.1 Uma visão panorâmica sobre as ideias de justiça	17
1.2 A visão de justiça sobre a ótica do transcendentalismo institucional	24
1.3 A justiça com enfoque em realizações: uma visão multidimensional	33
1.4 Solucionando conflitos criminais: entre a abordagem transcendental e a abordagem comparativa	39
2 RESTAURAÇÃO OU RETRIBUIÇÃO: OS PARADIGMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS	47
2.1 Os paradigmas e a estruturação do pensamento moderno	47
2.2 O paradigma retributivo de aplicação da justiça criminal: a consolidação da racionalidade penal moderna	52
2.3 Um outro paradigma possível: a justiça restaurativa e sua abordagem relacional	65
2.4 Fundamentos, princípios e valores da justiça restaurativa	76
2.5 Um paradigma abrangente: as práticas restaurativas e suas formas de aplicação	83
3 ROMPENDO PARADIGMAS: POSSIBILIDADE, CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA UMA APLICAÇÃO CONCORRENTE DAS JUSTIÇAS RESTAURATIVA E RETRIBUTIVA	90
3.1 O contexto brasileiro de aplicação da justiça restaurativa	90
3.2 Uma análise dos paradigmas de aplicação da justiça criminal	95
3.3 Os requisitos para a aplicação concorrente da justiça retributiva e restaurativa	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

A sociedade, como sistema complexo e dinâmico, encontra-se em constante modificação, que produz não apenas movimentos evolutivos, mas, também, influxos involutivos e, conseqüentemente, conflitos entre seus membros decorrentes de diversos fatores, como a própria entropia sistêmica.

Dentre os conflitos gestados no interior do seio social, destacam-se os conflitos criminais, notadamente em razão do rompimento do tecido social e da reação estatal frente a esse conflito.

Historicamente, ao assumir o monopólio do uso da força para a solução de conflitos, o Estado instituiu um modelo retributivo de solução dos conflitos criminais, aplicando uma pena, geralmente de restrição da liberdade, como forma de se promover a prevenção geral e especial, que desestimularia o cometimento de delitos.

A análise do número crescente de crimes e de pessoas encarceradas leva a inferência de que o sistema retributivo falhou em suas funções de prevenção geral e especial, tornando-se um modelo de solução de conflitos criminais que é contestado, tanto em sua eficiência, quanto em sua eficácia.

Da crítica ao modelo retributivo, surgiram movimentos reformadores, abolicionistas e outros que apresentavam uma mudança de paradigma do sistema de aplicação da justiça penal. Nesse último grupo evidencia-se o modelo restaurativo de solução de conflitos, que translada a solução do conflito penal da aplicação de uma sanção para a restauração das relações que foram afetadas pelo conflito.

Como se vê, essa mudança de paradigma altera a própria concepção de justiça penal, o que gera resistência de parte da sociedade, que ainda vê o sistema retributivo como única forma de se garantir a justiça penal.

Uma alternativa para a superação da resistência à mudança paradigmática é a introdução gradual de práticas restaurativas dentro do sistema retributivo de aplicação da justiça penal, incluindo elementos restauradores em práticas que são historicamente retributivas.

Porém, apesar de ser uma solução de curto prazo aparentemente viável, não se pode olvidar que os modelos restaurativo e retributivo possuem fundamentos,

princípios e valores distintos e que a tradição retributiva pode, em alguma medida, afetar as práticas restaurativas, afastando-as de seus objetivos essenciais.

Diante disso, torna-se necessário uma avaliação sistemática da possibilidade de aplicação concorrente dos modelos retributivo e restaurativo de justiça criminal, para verificar não apenas a adequação da fundamentação filosófica desta forma de solução de conflitos criminais, mas, também, para analisar se esta forma de solução de conflitos criminais fomenta um maior alcance da justiça, colocando-se em evidência nessa análise todos os atores que de alguma forma são mobilizados na solução dos conflitos criminais.

Assim, o presente trabalho busca investigar a viabilidade da aplicação da justiça criminal restaurativa de forma concorrente à justiça penal retributiva, no contexto da justiça criminal brasileira.

Para tanto, estabeleceu-se como objetivos específicos:

- a) Analisar a ideia de Justiça proposta por John Rawls e Amartya Sen e como essas ideias de justiça podem ser transpostas para a aplicação da justiça criminal;
- b) Analisar os fundamentos, princípios e valores de aplicação do modelo restaurativo e do modelo retributivo de aplicação da justiça criminal
- c) Verificar se a aplicação concorrente dos modelos restaurativo e retributivo de aplicação da justiça criminal não implica na desnaturação dos fundamentos, princípios e valores restaurativos;
- d) Verificar quais os requisitos mínimos para a aplicação concorrente das justiças retributiva e restaurativa.

Esses objetivos permitem traçar um panorama sobre a possibilidade de aplicação concorrente de modelos com paradigmas distintos para a solução dos conflitos criminais. Assim, torna-se importante observar as características de cada modelo proposto, sua adequação com a ideia de justiça, bem como verificar se essa aplicação complementar não desnatura o modelo restaurativo de aplicação da justiça criminal.

A partir desta reflexão perfunctória, as hipóteses de pesquisa que se propõe podem ser agrupadas em dois eixos:

- i) É possível a aplicação dos modelos restaurativo e retributivo de aplicação da justiça criminal de forma concorrente e essa aplicação pode reduzir os problemas da aplicação isolada do modelo retributivo, alcançando-se soluções mais justas para os conflitos criminais;

- ii) Respeitando-se os princípios e valores da justiça restaurativa, a aplicação desse paradigma de forma concorrente à justiça retributiva não reduz o potencial restaurador das práticas aplicadas, muito embora não seja a solução ideal dos conflitos criminais.

Metodologicamente, de acordo com Gil (1989), o conhecimento científico possui uma característica distintiva das demais: sua verificabilidade. Essa verificabilidade só é possível quando se identificam as operações mentais e técnicas utilizadas no processo de construção do conhecimento, ou seja, quando se define um método.

Assim, para uma correta compreensão do percurso metodológico trilhado na presente pesquisa, torna-se pertinente situá-la dentro do quadro das ciências e apresentar os métodos que foram utilizados.

Realizou-se, neste trabalho, uma pesquisa que está circunscrita às Ciências Sociais e Aplicadas, pois utilizando a metodologia científica busca-se a obtenção de novos conhecimentos no campo da realidade social, envolvendo uma análise de aspectos sociais de uma determinada comunidade, notadamente o direito brasileiro. Além disso, em relação aos objetivos da pesquisa, trata-se de uma pesquisa descritiva que tem como objetivo primordial “a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis” (GIL, 1989, p. 45).

Para a realização dos objetivos propostos mobilizou-se uma análise qualitativa, composta por uma pesquisa bibliográfica – “desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 1989, p. 71) – sobre os temas das teorias da justiça, justiça consensual ou negocial, justiça penal restaurativa, justiça penal retributiva; além de uma pesquisa documental – “vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa” (GIL, 1989, p. 73) – que terá como objeto as normas que estabelecem as diretrizes de aplicação da justiça penal no Brasil.

Por fim, quanto à organização do raciocínio e dos argumentos, utilizou-se o método dedutivo, que parte do geral para o particular. Dessa forma, partiu-se da análise da ideia geral de justiça para se avaliar a aplicação concorrente dos modelos restaurativo e retributivo de solução do conflito criminal.

Estruturalmente, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo foram analisadas duas teorias da justiça: a teoria da justiça como equidade proposta por John Rawls, que promove a visão de um único conjunto de princípios e valores que poderiam ser considerados justos, afastando todos os demais; e a teoria da justiça proposta por Amartya Sen que com seu enfoque multidimensional, comparativo e baseado em realizações, fundamentado na argumentação racional baseada na teoria da escolha social, defende a escolha comparativa entre as opções possíveis para se alcançar posições mais justas na sociedade.

Ainda no primeiro capítulo, a análise realizada das teorias de Rawls e de Sen é transposta para o âmbito dos conflitos criminais, sendo realizada uma comparação entre a abordagem transcendental, que limita a justiça a um único conjunto de princípios e valores, e a abordagem comparativa, que indica uma pluralidade de princípios concorrentes para a escolha de arranjos sociais mais justos, destacando que a racionalidade penal moderna elegeu a abordagem transcendental contratualista como fundamentadora da aplicação da justiça criminal.

No segundo capítulo é apresentada a trajetória de consolidação da racionalidade penal moderna como paradigma de solução de conflitos penais na tradição jurídica contemporânea, bem como o paradigma emergente da justiça restaurativa, destacando suas bases históricas e filosóficas, bem como a mudança de olhar sobre o conflito penal e suas possíveis soluções.

Também é feito no segundo capítulo uma apresentação dos fundamentos, princípios e valores da justiça restaurativa, estabelecendo o parâmetro abrangente de solução de conflitos penais utilizado por esse paradigma e são apresentadas as práticas restaurativas e suas formas de aplicação, abrindo espaço para a discussão no capítulo posterior sobre a aplicação complementar ou concorrente da justiça restaurativa e da justiça retributiva.

No terceiro capítulo é analisada a possibilidade de aplicação complementar ou concorrente das justiças retributiva e restaurativa, fazendo uma comparação entre a abordagem transcendental e comparativa das teorias da justiça. Também é apresentando os requisitos mínimos para que as práticas restaurativas, quando aplicadas em concorrência com as práticas retributivas, não percam sua essência e seu potencial restaurador.

Espera-se que esse trabalho possa ajudar a fomentar a discussão e aplicação das práticas de justiça restaurativa no sistema criminal brasileiro, na mesma medida em que esclareça a adequação dessas práticas às teorias da justiça e a necessidade de manutenção de um conjunto de princípios de valores para que a restauração buscada seja efetiva.

1 UMA ANÁLISE SOBRE A IDEIA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Neste capítulo buscou-se analisar os sentidos da palavra justiça e algumas das formulações filosóficas que fundamentam a discussão contemporânea sobre o tema. Objetiva-se, assim, estabelecer um padrão de análise da justiça criminal com foco nas teorias da justiça.

Inicialmente é feita uma análise da multiplicidade de sentidos atribuídos à palavra justiça e sua relação com as teorias filosóficas sobre a temática. São apresentados os precursores do pensamento sobre a justiça e esclarecidas as razões para a escolha das teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen.

Na sequência são apresentadas as principais características das teorias da justiça de Rawls e de Sen no que se refere ao objeto de estudo do presente trabalho e, por fim, foi realizada uma análise da solução de conflitos criminais a partir das abordagens transcendental e comparativa de Rawls e de Sen, respectivamente.

Com isso, estabelece-se o escopo teórico necessário para a avaliação da possibilidade de aplicação concorrente das justiças restaurativa e retributiva no que concerne à escolha do padrão de justiça a ser implementado.

1.1 Uma visão panorâmica sobre as ideias de justiça

A palavra justiça, em nosso vernáculo, é polissêmica. Ela pode se confundir com a virtude ou perfeição subjetiva de uma pessoa, com a lei, com a qualidade da resposta a um determinado conflito, com o Poder Judiciário como meio estatal de solução de conflitos, ou, até mesmo, com a qualidade da forma de organização social (Domingos, 2007).

Schmidtz (2009, p.3) afirma que os sentidos dados a palavra justiça são uma “constelação de elementos mais ou menos relacionados entre si”. Essa multiplicidade de elementos implica também em uma dependência direta dos princípios substantivos de justiça ao contexto de análise ou aplicação.

Adotando-se esse pressuposto, a conclusão possível é que a melhor teoria da justiça ainda será incompleta, pois a variedade de contextos sociais passíveis de experimentação não permite que a teoria formulada seja ampla o suficiente para satisfazer a totalidade de contextos possíveis.

Essa constatação da incompletude das teorias da justiça não impediu que diversos estudiosos se debruçassem sobre a questão da definição da justiça e formulassem teorias que se pretendiam totalizantes.

Segundo Domingos (2007), cientistas das mais diversas áreas do conhecimento produziram respostas multidisciplinares e reflexões sobre o que é a justiça. As teorias produzidas por eles se complementam e evoluem junto ao desenvolvimento social.

Domingos (2007) afirma que, nas teorias da justiça, o cidadão é percebido como detentor de três tipos distintos de juízo: sobre a justiça da legislação e da política social; sobre as soluções constitucionais acerca de opiniões contrárias; e sobre a determinação de fundamentos e limites do dever ou obrigação política.

Já Johnston (2018) defende que normalmente se classificam as ideias sobre a justiça em dois grandes grupos: o utilitarista, que agrupa as ideias que deduzem um conceito de justiça a partir de uma meta ou objetivo; e o deontológico, que reúne as ideias de justiça nas quais os deveres sociais não podem ser sobrepujados nem mesmo para alcançar os objetivos mais desejáveis pela sociedade.

Apesar de apresentar essa classificação, Johnston (2018) adverte que, utilizando o utilitarismo como marco inicial da análise da justiça, essas classificações omitem toda uma tradição de reflexões precedentes sobre a justiça.

Adentrar nos meandros de todas as ideias sobre a justiça seria uma tarefa hercúlea e ultrapassaria os limites do escopo deste trabalho. Porém, negligenciar por completo séculos de estudos e reflexões sobre o tema não se mostra razoável.

Assim, torna-se necessário, ainda que superficialmente, traçar um panorama sobre a evolução da discussão sobre a justiça, destacando os marcos filosóficos que impulsionaram as principais discussões sobre o tema na contemporaneidade.

Johnston (2018) afirma que os primeiros registros sobre a justiça são anteriores ao surgimento da filosofia conhecida, havendo registros sobre essa questão em escritos mesopotâmicos do final do terceiro e início do segundo milênio antes de Cristo.

Nesses escritos, a ideia de justiça está relacionada com o dever social de proteção dos fracos contra a opressão dos fortes e é materializada a partir da ameaça de uma “violenta desforra” contra os que venham a invadir a esfera de disponibilidade dos mais fracos (Johnston, 2018, p. 18).

Em sua análise sobre os escritos do final do terceiro e início do segundo milênio antes de Cristo, Johnston (2018) identifica uma associação entre a justiça e a retribuição severa e uma aceitação social das hierarquias rígidas de poder e de posição social, que estão ligadas a um senso de proporcionalidade entre a violação das normas sociais e as sanções aplicadas, encaminhando o fundamento da ideia de justiça a um princípio de reciprocidade.

Schmidtz (2009) também afirma que ainda que não possamos delimitar com precisão o conceito de justiça, concebemos esta como algo relacionado com o tratamento semelhante para pessoas que estão em situação semelhante.

Assim, como nos escritos do final do terceiro e início do segundo milênio antes de Cristo, a concepção de justiça apresentada por Schmitz (2009) relaciona a justiça com o conceito de reciprocidade nas relações entre as pessoas. Segundo Johnston (2018), essa relação orientou as ideias sobre a justiça ao longo dos primeiros 1500 anos da história escrita, sendo combatida por Platão, que buscou substituir essa relação por uma concepção teleológica da justiça.

Platão (2002), afastando-se da fundamentalidade do conceito de retribuição, define a justiça como uma ordem hierárquica entre as diversas partes que compõem o ser humano bem-ordenado e entre as classes de pessoas inseridas no seio social.

Dessa forma, Platão identifica dois planos nos quais a justiça se manifesta: o plano individual, que orienta as ações do ser humano; e o plano social, que orienta as relações entre as diferentes classes de indivíduos.

Com base nessa concepção, Platão se afasta do conceito de reciprocidade e se aproxima de uma teoria teleológica da justiça, na medida em que busca, com sua aplicação da justiça, que o indivíduo e a organização social alcancem os objetivos que lhes foram prescritos pelo modelo de sociedade perfeitamente justa.

Apesar de, assim como Platão, reconhecer que existem diferenças drásticas entre as pessoas, Aristóteles (1996) propõe princípios de justiça que são aplicados a homens livres e que guardam certo grau de igualdade entre si. Ele divide a justiça em duas formas básicas: a justiça distributiva e a justiça corretiva.

A justiça distributiva, dirigida a distribuição de posições e bens dentro da sociedade, se funda em um princípio de proporcionalidade em relação às suas contribuições para o empreendimento comum. Já a justiça corretiva, voltada às transações privadas, se funda em um princípio de reciprocidade e busca corrigir os

desvios das cotas justas (oriundas da justiça distributiva) em transações injustas (Aristóteles, 1996).

Verifica-se, assim, que a ideia de justiça proposta por Aristóteles é erigida sobre dois princípios distintos: o princípio da reciprocidade e o princípio da proporcionalidade. Essa dualidade de princípios orientadores da justiça modificou categoricamente o entendimento da justiça em uma comunidade política, afetando de forma direta os pensamentos sobre a justiça que foram formulados a partir de então.

Porém, apesar de apresentarem fundamentos distintos, pode-se observar que as teorias de Platão e Aristóteles partem do mesmo pressuposto lógico ao encarar a necessidade de conformidade, ou adaptação, das atitudes individuais ao modelo abstrato de comportamento tidos como justos (oriundo do mundo das ideias).

Nesse sentido, as teorias sobre a justiça de Platão e Aristóteles, apesar de teleológicas, vinculam o comportamento justo à adequação ao comportamento que se encontrava previamente prescrito abstratamente na própria natureza humana. Essa premissa está contida na maioria dos escritos gregos sobre a justiça, o que nos permite inferir que, para os gregos, os princípios da justiça teriam aplicação universal entre todos os seres humanos, independentemente da estrutura social em que estavam inseridos.

Essa concepção foi alterada a partir da formulação das teorias contratualistas, que propuseram uma passagem da fundamentação da justiça da natureza para as convenções sociais.

Pautados nos ideais iluministas, notadamente na razão, as teorias contratualistas partem do pressuposto de que os sistemas sociais e as próprias instituições políticas são produtos da razão e convenção entre os homens, o que inclui a própria noção de justiça. Além disso, a utilização adequada da razão pode aperfeiçoar essas instituições e relações, tornando a sociedade mais justa (Johnston, 2018).

Hobbes (2003) afirma que um Estado precisa ser governado por um poder supremo, absoluto e arbitrário, capaz de manter a paz entre os seres humanos. Para o filósofo, a justiça estaria relacionada com a preservação da paz e da ordem social, que se daria na medida em que os cidadãos, cientes do contrato social, cumprem as

leis estabelecidas pelo soberano. Nas palavras do filósofo, a justiça é “uma regra da razão, pela qual somos proibidos de fazer todas as coisas que destroem nossa vida” (Hobbes, 2003, p. 127).

Da análise da teoria de Hobbes, nota-se um claro deslocamento das razões de justiça do ideal profetizado no cosmos transcendental dos gregos, para a vontade do Estado manifestada pelo soberano. A justiça, nesse sentido, deixa de se relacionar com um ideal e passa a ser compreendida como a manifestação da razão humana.

Essa manifestação da razão humana como pressuposto ou fundamento da justiça também está presente no pensamento de Rousseau.

Segundo Rousseau (2011), a justiça só pode ser alcançada a partir de uma comunidade autônoma, na qual as pessoas concordassem em viver, que privilegiasse a vontade geral sobre os interesses particulares. Essa vontade geral, diferente do que pensava Hobbes, representa a vontade da soberania popular e não o exercício de um poder absoluto por um monarca.

Com isso, Rousseau (2011) relativiza o bem justiça transpondo-o na ação de um corpo político e de seus cidadãos, conforme as leis que foram estabelecidas por esse mesmo coletivo e com o compromisso mútuo de cumprimento dessas leis. Nas palavras do autor:

Isso prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz dimanam da preferência que cada um se dá, e por conseguinte da natureza do homem; que a vontade geral, para verdadeiramente ser tal, deve-o ser no seu objeto, assim como na sua essência; que deve partir de todos, para a todos se aplicar; e que ela perde sua retidão natural, tendendo a algum objeto individual e determinado, porque, ao julgar então o que nos é estranho, não temos nenhum verdadeiro princípio de equidade que nos conduza (Rousseau, 2011, p. 37).

Percebe-se, assim, que a ideia de justiça de Rousseau também não se materializa em um conjunto universal de princípios de origem transcendental, mas no conjunto de princípios que derivam do exercício da razão humana, expressos na vontade geral corporificada num contrato social que estabelece direitos iguais e obrigações mútuas.

A formulação contratualista, segundo Johnston (2018, p. 138), permitiu uma alteração na forma de enfrentamento do ideal de justiça para o seguinte questionamento: “como os seres humanos podem redesenhar e reconstruir a esfera do mundo social de modo a torná-la justa?

Para solucionar essa questão, uma série de pensadores se propuseram a estabelecer parâmetros e critérios para a forma de pensar a sociedade de modo a torná-la mais justa.

Parte desses pensadores foram agrupados no que hoje se chama de escola utilitarista do pensamento que, segundo Johnston (2018), se pauta na crença de que: (i) a promoção do bem-estar das pessoas é o objetivo fundamental das instituições humanas; e (ii) o bem-estar de todas as pessoas deve ser a base para a avaliação da eficácia dessas instituições.

Com essa perspectiva e partindo da premissa que as ações do ser humano são motivadas pela dor ou pelo prazer, Bentham (2000) define uma ação como justa na medida em que essa ação constrói ou promove a felicidade, que seria a maximização do prazer ou a minimização da dor.

A partir desse raciocínio, Bentham (2000) amplia a análise da justiça na sociedade para a maximização da utilidade, considerando como interesse comum a soma dos interesses individuais dos participantes do agrupamento social.

Esse modo de avaliar a justiça das ações humanas, a partir do princípio da utilidade formulado por Bentham, transporta para os efeitos ou consequências das ações a razão de sua justeza, afastando a teoria moral da justiça de sua formulação historicamente deontológica.

Mill (2000) também define um princípio de utilidade. Para o filósofo britânico, o princípio da utilidade pode ser enunciado como “o máximo de felicidade para o maior número possível”. Nas palavras do autor:

O Princípio da Maior Felicidade, [...] o fim último, com referência ao qual e por causa do qual todas as outras coisas são desejáveis (quer estejamos considerando nosso próprio bem ou o de outras pessoas), é uma existência isenta tanto quanto possível da dor, e tão rica quanto possível em deleites, seja do ponto de vista da quantidade como da qualidade. O teste de qualidade [...] é a preferência manifestada pelos que, em razão das oportunidades proporcionadas por sua experiência, em razão também de terem o hábito de tomar consciência de si e de praticar a introspecção, detêm os melhores meios de comparação. Sendo esta, de acordo com a opinião utilitarista, a finalidade da ação humana, é necessariamente também o padrão de moralidade. Assim, é possível definir a moralidade como as regras e preceitos da conduta humana, cuja observação permitiria que uma existência tal como a descrita fosse assegurada, na maior medida possível, a todos os homens; e não apenas a eles, mas também, na medida em que comporta a natureza das coisas, a todos os seres sencientes da criação (Mill, 2000, p. 144-145).

Já Hume (2016) afirma que a única fonte da justiça é a utilidade pública que, em última análise, estaria ligada intimamente com o respeito aos direitos de propriedade. Para Hume, as regras que estabelecem e promovem a justiça são instrumentos para a promoção da estabilidade social, da cooperação e da preservação da sociedade.

Observa-se que Hume, assim como os contratualistas, entende a justiça como uma formulação da razão humana. Hume, porém, vai além ao afirmar que a Justiça é útil à sociedade na medida em que promove a pacificação social e garante os direitos de propriedade. Dessa forma, a justiça na teoria de Hume, tanto promove quanto faz parte da utilidade que deve ser maximizada na sociedade.

Esse modo de enfrentar a questão sobre a justiça foi duramente criticado por John Rawls. Em sua obra “Uma teoria da justiça”, publicada originariamente em 1971, Rawls criticou o modo utilitarista de enfrentar o problema da justiça, notadamente do caráter teleológico e consequencialista do utilitarismo.

Em relação ao caráter teleológico, Rawls (2016, p.33) afirma que “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas”, pois define o bem independentemente do justo. Essa independência, na visão de Rawls, permite a decomposição do pensamento da justiça em duas classes: a primeira define o bem a partir de “juízos intuitivamente discerníveis pelo bom senso”; enquanto a segunda classifica como justo a maximização do bem definido na classe anterior.

O arranjo dessas classes para a promoção da justiça permite que a teoria utilitária sacrifique parcela dos direitos individuais em prol da maximização da felicidade geral, o que no pensamento de Rawls é inadmissível.

Ademais, Rawls (2016) defende que os utilitaristas estenderam o princípio da escolha individual para as associações humanas, o que, aliada a definição de bem apartada da definição de justo, gera um grave problema de distribuição dos bens antes identificados dentro do seio social.

Esse conjunto de críticas, aliado a uma forte inclinação pelas teorias contratualistas de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant permitiu que Rawls formulasse sua própria teoria sobre a justiça, a qual foi nomeada de “justiça como equidade”, que, na visão de Sen (2011), está inserida na ótica do transcendentalismo institucional.

1.2 A visão de justiça sobre a ótica do transcendentalismo institucional

Como descrito alhures, a palavra justiça possui múltiplos significados. Apesar disso, Rawls (2016, p. 4) elege um significado específico para ser utilizado em sua análise sobre a justiça: “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

Da análise do fragmento acima transcrito, nota-se que Rawls inicia a descrição de sua teoria sobre a justiça fazendo um contraponto essencial entre a sua percepção de justiça e a percepção de justiça dos utilitaristas.

Enquanto na teoria utilitarista a justiça seria alcançada a partir da análise das consequências de uma ação (justa seria a ação que promovesse o maior saldo líquido de bens úteis), na teoria rawlsiana a justiça é uma característica das instituições sociais, precedendo qualquer análise dos resultados ou consequências dessas instituições.

Neste ponto, convém destacar que a teoria da justiça formulada por Rawls se insere na tradição do liberalismo político contemporâneo. Segundo Dias (2019), essa tradição assume a existência de uma diversidade de concepções de bens igualmente dignos de respeito e o direito dos indivíduos de escolher sua própria concepção de bem dentre as aceitáveis; adota uma ética procedimental, afastando-se das concepções éticas substanciais; e promove uma sobreposição das concepções de justo sobre as concepções de bem, estabelecendo limites às pretensões individuais calcados em padrões de justiça.

Sendo a justiça a qualidade primordial das instituições sociais, duas questões precisam ser respondidas para se verificar a justeza de uma ordenação social: (i) o que se entende por instituições sociais; (ii) quais os critérios para se avaliar o funcionamento justo de uma instituição social.

Em relação à primeira questão, Rawls (2016, p. 66) define instituição como “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc.”.

As instituições sociais, dessa maneira, seriam as instituições formadas no seio social, responsáveis pela ordenação da sociedade, esta é definida por Rawls (2016) como um sistema cooperativo formado por pessoas autossuficientes que estão de acordo com normas de conduta previamente estabelecidas.

A sociedade descrita por Rawls (2016), apesar de ser um empreendimento cooperativo, apresenta como característica a dualidade entre identidade e conflito de interesses, decorrente da pluralidade de pessoas que a compõem.

Em razão desses conflitos naturais existentes no seio de uma sociedade, torna-se natural a existência de arranjos sociais que sejam justos, ou ordenados, e outros que sejam injustos, ou desordenados.

Rawls (2016, p.5) define, então, uma sociedade bem-ordenada como uma sociedade que atende a um duplo critério: “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios”.

Verifica-se, assim, que na teoria da justiça formulada por Rawls a conformação com a justiça se dá em um duplo nível: no individual relacional, quando os membros da sociedade aceitam os princípios da justiça e acreditam que os demais membros aceitam os mesmos princípios, estabelecendo uma relação de confiança mútua entre os membros da sociedade; e no institucional, quando os princípios de justiça são respeitados pelas instituições formadas.

Dessa forma, Rawls (2016, p.8) limita o escopo da sua teoria da justiça à estrutura básica da sociedade, ou, sem suas palavras, “ao modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social”.

Porém, apesar da limitação da análise da justiça ao arcabouço institucional das formações sociais, o objeto da análise ainda era demasiado amplo para a formulação de uma teoria.

Para minimizar essa amplitude, Rawls (2016) extirpou de sua análise da justiça as influências mútuas que as diversas formações sociais promovem, concebendo a sociedade ideal como um sistema fechado e isolado¹. Além disso, Rawls (2016) limitou a sua análise sobre a justiça aos princípios que regeriam uma sociedade bem-ordenada.

Assim, nota-se que a descrição da justiça de Rawls possui uma dupla limitação: (1) somente é aplicável a sociedades fechadas e isoladas; (2) se aplica

¹ Rawls retoma essa questão em um trabalho posterior, denominado “O direito dos povos”, onde faz uma análise de como os princípios de justiça poderiam ser aplicados nas relações entre os países, defendendo que os princípios de justiça adotados pelas sociedades democráticas devem ser semelhantes para que se promova uma ordem internacional justa.

apenas a sociedades bem-ordenadas, ou seja, aquelas sociedades onde as instituições são justas e as pessoas agem de maneira justa.

Feitas essas limitações de abrangência, Rawls (2016) inicia a exposição de sua teoria identificando-a como uma abstração da teoria contratualista. Essa conclusão pode ser adotada a partir da afirmação de Rawls (2016, p. 13) de que “a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original”.

Dessa forma, Rawls (2016) estabelece que os princípios da justiça devem ser decididos previamente pelas partes e esses princípios devem regular não apenas as reivindicações mútuas das partes, mas, também, todos os acordos subsequentes.

A justiça como equidade, na visão de Rawls (2016) seria exatamente essa forma contratualista de se encarar os princípios da justiça. Porém, a escolha desses princípios deve seguir um rito específico para que se garanta que eles, de fato, promovam instituições sociais perfeitamente justas.

Esse rito específico foi descrito por Rawls (2016) como a posição original, que é uma abstração na qual se garante que as influências externas à livre escolha racional são excluídas do processo de escolha dos princípios que regerão a sociedade.

Na posição original, os indivíduos são livres e iguais para escolher os princípios de justiça aplicando, apenas, a racionalização do processo de escolha. Essa posição original de igualdade é alcançada a partir da utilização de um artifício abstrato denominado de “véu da ignorância”:

Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância (Rawls, 2016, p. 14-15).

Esse artifício metodológico proposto por Rawls (2016) permite que os princípios de justiça escolhidos na posição original promovam a equidade entre os membros da sociedade, além de uma distribuição justa de recursos e de encargos sociais, uma vez que a ignorância sobre sua posição social leva os membros da sociedade a escolher um conjunto de princípios que beneficiem a maior parcela da

sociedade, afastando as escolhas pautadas no “acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais”.

Importante observar, como o fez Gargarella (2008), que o véu da ignorância impede que os sujeitos que se encontram na posição original conheçam das circunstâncias que os favorecem na escolha dos princípios de justiça, mas não impedem que esses sujeitos conheçam de proposições gerais que beneficiem a escolha racional em prol de toda a sociedade.

Além disso, a formulação teórica da posição original e a utilização do véu da ignorância permite que seja alcançado um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes, que permite que um número considerável de pessoas aceitem doutrinas razoáveis e conflitantes, formando um regime estável onde o critério de justiça é a sua própria concepção política.

Rawls (2011) considera como doutrina abrangente todas as doutrinas morais que incluem concepções sobre os valores e limites que são necessários para orientar a vida como um todo, dentro de um sistema articulado de ideias, como as doutrinas religiosas e filosóficas.

Como essas doutrinas abrangentes são diversas e muitas vezes conflitantes, a posição original dirime os conflitos existentes, proporcionando com que os indivíduos sejam vistos como racionais e mutuamente desinteressados. Sobre o tema, Rawls disserta:

A suposição da racionalidade mutuamente desinteressada resume-se, portanto, no seguinte: as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção do bem da maneira mais eficaz, seja qual for essa concepção. As partes não procuram conceder benefícios nem impor prejuízos umas às outras; não têm motivações de afeto nem de rancor, nem tentam levar vantagem umas sobre as outras; não são invejosas nem fúteis (Rawls, 2016, p. 175-176).

Essas condições permitem que Rawls (2016) defenda que o conjunto de princípios escolhidos na posição original, sob o “véu da ignorância”, decorrem de uma situação inicial equitativa e, portanto, garantem um acordo mútuo e cooperativo capaz de formular instituições originariamente justas, que são aceitas por membros racionais da sociedade independentemente de suas doutrinas abrangentes e são capazes de orientar a formação das demais instituições que seriam igualmente justas.

Satisfeitas essas condições, Rawls (2016) considera que os membros das sociedades bem ordenadas, na posição original e sob o véu da ignorância, adotariam dois princípios: o princípio da liberdade igual e o princípio da diferença.

Primeiro princípio:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (Rawls, 2016, p. 376).

Rawls (2016) também estabelece uma hierarquia entre os dois princípios. Para o autor, os princípios estão em uma “ordem lexical”, onde o primeiro princípio possui primazia em relação ao segundo. Essa ordem lexical indica que a liberdade só encontra limitação na própria liberdade e em dois casos específicos: quando a restrição da liberdade decorre de limitações e contingências naturais, históricas ou sociais; ou como forma de se responder a uma injustiça preexistente.

Essa hierarquia entre os princípios gerou a primeira ordem de prioridade entre os princípios de justiça formulados por Rawls - a prioridade da liberdade:

Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade (Rawls, 2016, p. 376).

Essa regra de prioridade, no entendimento de Rawls (2016), define que as restrições aceitas da liberdade resultam em uma liberdade menor, mais ainda igual, mantendo a essência justa das instituições sociais.

Já o segundo princípio é formulado por Rawls (2016) a partir de uma reflexão sobre o sistema de liberdade natural. Esse sistema distribui os bens primários da sociedade a partir do que Rawls chamou de “loteria social”:

A distribuição existente de renda e riqueza, digamos, é o resultado cumulativo das distribuições anteriores dos dotes naturais – isto é, dos talentos e das capacidades naturais –, conforme foram cultivados ou deixados de lado, e seu uso foi favorecido ou preterido, ao longo do tempo, por circunstâncias sociais e contingências fortuitas tais como o acaso e a boa sorte (Rawls, 2016, p. 87).

Cientes da loteria social, as pessoas na posição original escolheriam, então, um princípio racional para avaliar a eficiência dos arranjos sociais e econômicos propostos. Esse princípio racional, nas lições de Rawls (2016), seria o princípio da eficiência, pelo qual um arranjo seria eficiente quando é impossível modificá-lo para melhorar a situação de um grupo, sem piorar a situação de outro.

A aplicação do princípio da eficiência na posição original levaria, conforme a argumentação de Rawls (2016), ao segundo princípio da justiça: o princípio da diferença. Esse princípio ratifica o princípio da igualdade na medida em que só admite uma distribuição de bens desigual se essa distribuição melhorar a situação de todos os grupos, ou se a diferença de tratamento for adotada em prol do grupo que estiver em pior situação social.

Os dois princípios, em conjunto com as regras de prioridade, levam à organização da estrutura básica de uma sociedade organizada. Porém, algumas questões sobre a justiça ainda não são respondidas com a especificação dos dois princípios da estrutura básica. Uma dessas questões é a forma como esses princípios de justiça são aplicados nas sociedades ordenadas.

Sobre a questão, Rawls (2016) especifica que o cidadão possui três tipos distintos de juízos: (i) juízo sobre a justiça da legislação e das políticas sociais; (ii) juízo sobre a conciliação de opiniões conflitantes sobre a justiça; e (iii) juízo sobre os fundamentos e limites das obrigações e deveres políticos.

Como o cidadão possui esses três tipos de juízos, os princípios da justiça formulados por Rawls precisam enfrentar de forma satisfatória essas três questões, estabelecendo as instituições que regulam as relações sociais entre os indivíduos.

Para tanto, Rawls (2016) propõe que os princípios de justiça por ele formulados sejam aplicados de forma sequencial em quatro estágios.

O primeiro estágio consiste na especificação dos princípios da justiça que seriam escolhidos por pessoas livres e racionais, na posição original, cobertos pelo véu da ignorância (Rawls, 2016).

No segundo estágio, após a eleição dos princípios de justiça na posição original, as partes formariam uma “convenção constituinte” para decidir questões relativas às formas políticas e à constituição (formulações sobre os poderes constituídos, governo e sobre os direitos fundamentais), dirimindo as questões relativas às visões políticas distintas (Rawls, 2016).

Importante observar que nesse estágio há uma remoção parcial do “véu da ignorância”, permitindo que as pessoas possam conhecer, além dos princípios da teoria social, aspectos específicos da sociedade na qual estão inseridas, como nível de desenvolvimento, recursos naturais disponíveis, sua cultura política, entre outros aspectos gerais da sociedade. Porém, o “véu da ignorância” permanece posto sobre a posição que cada pessoa ocupa na sociedade (Rawls, 2016).

Essa retirada parcial do “véu da ignorância” permite que as pessoas participantes da “convenção constituinte” escolham a constituição que seja mais justa e eficaz considerando não só os aspectos gerais da teoria social, mas os aspectos específicos e fatos gerais sobre a sua sociedade.

O terceiro estágio é o legislativo. Nesse ponto, Rawls (2016) destaca que a legislação deve observar não só os princípios de justiça (formulados no primeiro estágio), mas as limitações impostas pela constituição (formuladas no segundo estágio), além de ser analisada sob o ponto de vista de um legislador que não conhece a sua posição na sociedade em estruturação, ou seja, por um legislador que ainda esteja sob o “véu da ignorância” (Rawls, 2016).

Por fim, o quarto e último estágio é o da aplicação das normas pelos juízes, administradores e cidadãos em geral. Somente aqui se retira por completo o “véu da ignorância” dando amplo conhecimento às pessoas de todos os aspectos específicos da sociedade (Rawls, 2016).

Observa-se que o sistema multiestágios proposto por Rawls possui caráter amplamente contratualista, havendo diversos momentos em que as partes representativas da sociedade definem quais cláusulas serão escolhidas para compor o arcabouço normativo que regulará todas as ações e relações dos indivíduos dessa sociedade.

Além disso, destaca-se que a metodologia hipotética e abstrata utilizada por Rawls permite que essas escolhas sejam feitas de maneira racional, por pessoas imparciais, uma vez que as posições sociais das partes somente são conhecidas no último estágio, durante a aplicação das normas que foram previamente estipuladas.

Esse mecanismo indica que a concepção formal de justiça, em sociedades que aplicam as disposições acima descritas, ou seja, em sociedades bem-ordenadas, se transforma no que Rawl (2016) chamou de “império da lei”:

Considerando-se que a ordem legal é um sistema de normas públicas dirigido a pessoas racionais, temos como interpretar os preceitos de justiça

associados ao império da lei. [...] Se os desvios em relação à justiça como regularidade forem muito profundos, pode surgir uma séria dúvida sobre se um sistema legal realmente existe, em contraste com um conjunto de decretos específicos destinados a promover os interesses de um ditador ou o ideal de um déspota benevolente. [...] Além disso, podemos dizer que, em circunstâncias normais, uma ordem legal é administrada de forma mais justa que outra se satisfizer mais perfeitamente os preceitos do impérios da lei (Rawls, 2016, p. 292).

Rawls (2016) ainda indica alguns preceitos que, apesar de não garantir a justiça procedimental, não podem ser desprezados na aplicação do “império da lei”: (i) ter um dever envolve ser capaz de cumpri-lo; (ii) casos semelhantes devem receber um tratamento semelhante; e (iii) não há crime sem lei.

Esses preceitos indicam que Rawls, de alguma forma, propõe que o “império da lei”, decorrente da aplicação multiestágios da posição original, necessita de um processo legal que seja razoavelmente estruturado e compatível com os demais objetivos do sistema legal.

Porém, em que pese a indicação expressa da necessidade de adoção de um devido processo legal, Rawls (2016) adverte que, em situações que escapam à sua definição de sociedade bem-ordenada, o processo legal não seria capaz de indicar o que seria o justo, mas forneceria o caminho para se chegar a resultados equitativos.

Isso decorre da necessidade de satisfação das condições ideais na posição original para que os princípios adotados no primeiro estágio garantam a equidade entre os membros da sociedade e que as desigualdades que sejam aceitas proporcionem a melhoria da condição dos menos favorecidos.

Um processo legal que não seja estruturado sobre essas premissas, ou que não seja aplicado a sociedades que satisfaçam as condições de uma sociedade bem-ordenada, causaria um efeito inverso: promoveria a desigualdade tanto em sua definição, quanto em sua aplicação.

Do cotejo entre as reflexões sobre o império da lei e os princípios da justiça como equidade, pode-se inferir que Rawls defende que, ao aplicar os princípios da justiça ao sistema legal, o processo legal deve ser organizado de forma a garantir que todas as pessoas tenham acesso igual à justiça e que as desigualdades que surgem de decisões legais devem ser justificadas em termos de benefícios para os menos favorecidos.

Apesar da abrangência e robustez dos argumentos de Rawls na defesa da justiça como equidade, tendo servido de base para o desenvolvimento de toda uma tradição filosófica sobre a justiça, sua teoria foi criticada sobre diversos aspectos.

Um dos principais críticos da teoria da justiça como equidade de Rawls foi Amartya Sen. Sen (2011), apesar de concordar com Rawls que o objetivo central de uma teoria política é a justiça social, discorda da formulação de Rawls sobre um único conjunto de princípios capazes de promover a justiça de uma sociedade.

Segundo Sen (2011), a teoria da justiça formulada por Rawls traz algumas lições positivas: (i) a ideia de equidade é fundamental para a justiça; (ii) indica que as pessoas têm poderes morais que estão relacionados com a capacidade para um senso de justiça e para a concepção de bem; (iii) concebe a liberdade como algo predominante na avaliação da justiça de uma sociedade; (iv) evidencia a importância e a natureza da objetividade na razão prática; (v) destaca o papel da desigualdade na equidade processual; (vi) indica a importância da análise das dificuldades das pessoas em pior situação; e (vii) reconhece, ainda que indiretamente, a importância da liberdade humana em relação às oportunidades reais.

Porém, Sen (2011) destaca que a teoria de Rawls possui alguns problemas que devem ser enfrentados para que se obtenha uma solução mais adequada para a questão da justiça.

O primeiro problema apresentado por Sen (2011) se refere à relevância do comportamento real. Para o autor, Rawls concede maior atenção às instituições justas do que às sociedades justas, afastando-se da análise da justiça em relação aos comportamentos reais das pessoas.

O segundo problema está vinculado à abordagem contratualista empregada por Rawls. Sen (2011) argumenta que o raciocínio contratualista, amplamente utilizado na tradição kantiana, apesar de fornecer um contraponto ao raciocínio utilitarista, não acomoda reflexões voltadas à avaliação comparativa não-transcendental, às realizações sociais, a incompletude das avaliações sociais e aos interesses dos grupos não participantes do grupo contratualista.

Outros problemas da teoria da justiça rawlsiana apontados por Sen (2011) são a demasiada prioridade total da liberdade e a ausência de consideração das capacidades dos indivíduos de converter bens primários em vida boa.

Esses problemas, de acordo com Sen (2011) são típicos das concepções de justiça que ele designou por “institucionalismo transcendental”. Nas palavras do autor, o institucionalismo transcendental possui duas características essenciais:

Primeiro, concentra a atenção no que identifica como a justiça perfeita, e não nas comparações relativas de justiça e injustiça. Ela (abordagem do institucionalismo transcendental) apenas busca identificar características sociais que não podem ser transcendidas com relação à justiça; [...] Segundo, na busca da perfeição, o institucionalismo transcendental se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir (Sen, 2011, p. 36).

A teoria da justiça de Rawls, como membro do institucionalismo transcendental, possui dois problemas estruturais: o problema da factibilidade, uma vez que não há garantias da existência de um acordo arrazoado, mesmo sob condições pré-estabelecidas; e o problema da redundância, na medida em que a razão prática aplicada a uma escolha real não exige a identificação de uma solução perfeita e muitas vezes inalcançável, mas a escolha entre duas (ou mais) opções igualmente viáveis (Sen, 2011)

Diante disso, Sen (2011) se propôs a analisar a questão da justiça sob um novo prisma, estabelecendo um tipo de argumentação capaz de orientar as comparações entre situações de justiça e de injustiça, levando em consideração as desigualdades entre os indivíduos e entre as sociedades, ultrapassando a barreira do transcendentalismo institucional para se alcançar uma justiça focada em realizações.

1.3 A justiça com enfoque em realizações: uma visão multidimensional

Já no prefácio do livro “A ideia de justiça”, Amartya Sen (2011, p.9) adverte que “o que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos –, mas a de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”.

Toda a ideia de justiça apresentada por Sen pauta-se na premissa de que é mais importante reduzir ou eliminar as injustiças notadas na sociedade que estabelecer critérios e procedimentos que levam a construção de uma sociedade idealmente justa.

Após combater o denominado institucionalismo transcendental, ligado à tradição contratualista e que busca identificar estruturas sociais perfeitamente justas, Sen (2011) esclarece que a abordagem por ele utilizada é comparativa e está direcionada para as realizações sociais e não apenas para as instituições e suas regras.

Para tanto, Sen (2011) retoma a teoria da escolha social, formulada por Borda e Condorcet e desenvolvida em sua formulação atual por Arrow, que enfatiza a base dos juízos racionais no processo de escolha pública entre alternativas sociais.

A teoria da escolha social permite que sejam focalizadas as comparações e não apenas o transcendental, reconhece a pluralidade inescapável de princípios concorrentes, permite e facilita o reexame e a análise mais aprofundado dos princípios gerais, permite soluções parciais e a diversidade de interpretações e influências, enfatiza a articulação e a argumentação precisa e especifica o papel da argumentação pública nas teorias políticas (Sen, 2011).

Retoma, também, a ideia do espectador imparcial formulada por Adam Smith na Teoria dos Sentimentos Morais. Smith (2015) afirma que somente um espectador imparcial pode examinar questões relativas a interações morais, justiça e regras gerais de condutas de forma adequada.

O espectador imparcial, conforme descrito por Smith (2015) é aquele capaz de formar juízos desinteressados, mesmo sem participar do grupo focal ao qual aquela decisão impactará:

Para nos defendermos desses julgamentos parciais, logo aprendemos a instalar em nossos próprios espíritos um juiz entre nós e aqueles com quem convivemos. Concebemo-nos agindo na presença de uma pessoa que não tem relação particular, nem conosco, nem com aqueles cujos interesses são afetados por nossa conduta; e nos empenhamos para agir de modo a obter a aprovação desse suposto espectador imparcial (Smith, 2015, p. XXXIII).

Esse espectador imparcial difere do espectador ideal de Rawls na medida em que as partes na posição original da teoria da justiça de Rawls devem, necessariamente, pertencer à sociedade fechada que será regulada pelos princípios da justiça escolhidos, enquanto o espectador imparcial de Smith pode não pertencer a sociedade focal.

Dessa forma, utilizando a ideia do espectador imparcial de Smith, Sen (2011) defende que na análise da justiça deve ser utilizado um procedimento de imparcialidade aberta, ampliando o rol de agentes envolvidos na análise:

O papel libertador da imparcialidade aberta permite que diferentes tipos de perspectivas sem preconceitos e vieses sejam levados em conta e nos encoraja a nos beneficiar dos insights que vêm de espectadores imparciais diferentemente situados (Sen, 2011, p. 175).

Articulando esses dois conceitos, a teoria da escolha social e o espectador imparcial, Sen (2011) sustenta a possibilidade de existência de uma razão ética objetiva e política capaz de formular juízos adequados sobre questões práticas e reais de justiça e injustiça.

Essa razão ética objetiva e política é materializada na ideia de argumentação pública. De acordo com o filósofo indiano, objetivos são os juízos e avaliações que podem sobreviver a uma “discussão pública aberta e informada”.

A discussão pública aberta e informada, defendida por Sen (2011), busca afastar o problema da posicionalidade e da ilusão objetiva. A posicionalidade descreve que a dependência existente entre os nossos juízos e a posição que ocupamos em relação ao que estamos analisando. Já a ilusão objetiva, conceito derivado da filosofia marxista, envolve uma crença posicionalmente objetiva que, após um escrutínio transposicional, se revela equivocada.

Para Sen (2011), essas ilusões posicionais constituem entraves ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa, pois impedem que informações oriundas de posições diversas sejam levadas em consideração no cálculo da ação justa:

Na busca da justiça, as ilusões posicionais podem impor sérios entraves que precisam ser superados através do alargamento da base informacional das avaliações, que é uma das razões pela qual Adam Smith exigiu que as perspectivas desde outros lugares, incluindo os longínquos, têm de ser sistematicamente invocadas. [...] Nossa própria compreensão do mundo externo é tão amarrada a nossas experiências e pensamentos que a possibilidade de ir inteiramente além deles pode ser bastante limitada (Sen, 2011, p. 202).

Assim, a discussão pública aberta e informada afasta a “racionalidade limitada” que se caracteriza pela limitação de análise das escolhas totalmente racionais devido a incapacidade do agente de buscar e utilizar informações (Sen, 2011).

O que Sen (2011) busca com sua ideia de justiça é superar a suposição de que as pessoas sempre agem de forma racional e entender as pessoas como conhecedoras das exigências dessa racionalidade, capazes de raciocinar e analisar as decisões próprias e de terceiros, mesmo podendo não agir de acordo com esse julgamento ou proferindo juízos equivocados.

Isso se deve, em grande medida, a compreensão de Sen (2011) de que a motivação das pessoas ultrapassa a busca exclusiva do autointeresse, podendo existir motivações racionais decorrentes da consciência moral dos indivíduos.

A partir da análise do diálogo entre Arjuna e Krishna no *Mahabharata*², Sen (2011) discorre sobre a relevância do mundo real para o nosso pensamento moral e político e a centralidade da vida humana na análise racional da teoria da justiça. A questão central do diálogo épico – a relação entre o cumprimento do dever e as consequências relacionadas – introduz a análise de Sen sobre as responsabilidades e realizações inerentes às ações humanas.

Sen (2011, p. 249) define resultado como “o estado de coisas consequente de qualquer variável relativa à decisão em questão, assim como uma ação, uma regra ou uma disposição”. Esse estado de coisas, na ideia de justiça de Sen, envolve não apenas o contexto do resultado, mas, também, os processos de escolha. No contexto das realizações sociais, os resultados devem ser analisados em termos mais amplos, considerando as ações, as relações e as agências envolvidas.

A partir de então, Sen (2011) adverte que as parcelas distributivas de bens devem ser valoradas condicionalmente, observando-se como elas podem ajudar as pessoas a realizar suas capacidades, dirigindo suas ações à consecução de objetivos amplos, que incluem uma vida boa.

Essa análise está diretamente condicionada a liberdade de autodeterminação das pessoas. A liberdade defendida por Sen (2011) está relacionada a dois aspectos: a liberdade de oportunidades e a liberdade de

² Trecho mais famoso do poema indiano épico Baghavad Gita (“Canção do Divino Mestre”), narra a guerra entre Pandavas e Karauvas – duas famílias com laços de parentesco muito próximos – pela posse de um reino no norte da Índia. O diálogo travado entre o príncipe Arjuna e seu amigo e conselheiro Kirshna apresenta uma grande discussão sobre preceitos éticos e morais, notadamente sobre a prioridade do cumprimento dos deveres morais.

processos, ou escolhas. Esses aspectos, apesar de distintos, se relacionam ao conceito de capacidades dos indivíduos:

[...] podemos definir de forma mais ampla a oportunidade – e acredito que com maior plausibilidade – quanto à realização de “resultados abrangentes”, levando também em conta *a forma como* a pessoa atinge a situação culminante (por exemplo, quer através de sua própria escolha, quer por meio dos ditames dos outros). [...] Devemos examinar, nesse contexto, se a capacidade de uma pessoa para levar o tipo de vida que valoriza deve ser avaliada apenas pela alternativa da culminação com a qual ela realmente acabaria, ou através do uso de uma abordagem mais ampla, que leve em conta o processo de escolha envolvido, em especial as alternativas que ela também poderia escolher, dentro de sua aptidão real para fazê-lo (Sen, 2011, p. 264-265).

As capacidades de um indivíduo, de acordo com Sen (2011), estão relacionadas à liberdade e as oportunidades e descrevem a aptidão que o ser humano possui de escolher viver de maneiras diferentes, se afastando da visão estrita de avaliar as escolhas a partir dos resultados ou consequências dessas escolhas. Elas representam o potencial de promover diversas combinações possíveis de processos que possam ser comparados e julgados entre si em relação àquilo que é valorado pelo indivíduo.

Com isso, Sen promove a ruptura definitiva entre a sua visão de justiça e as teorias da justiça fundadas na utilidade ou nos recursos, transferindo o foco da análise dos meios (utilidade ou recursos) para a liberdade e capacidade de realizar fins arrazoados.

Importante destacar que Sen (2011) faz uma importante distinção entre capacidade e funcionamentos. Enquanto a capacidade se refere a um conjunto de habilidades e oportunidades que as pessoas podem utilizar para realizar seus objetivos, as funcionalidades são as realizações reais que decorrem do exercício dessas capacidades. A ênfase da teoria da justiça de Sen recai sobre a liberdade de escolhas e as capacidades de conversão de recursos em funcionalidades e não meramente na distribuição desses recursos.

Assim, não é forçoso concluir que a ideia de liberdade possui uma especial importância na teoria da justiça de Sen e que o seu conceito de liberdade difere sobremaneira dos conceitos de liberdade adotados por Rawls e pelos utilitaristas.

Na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, Sen (2010, p.33) afirma que “a liberdade é não apenas a base de avaliação do êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social”.

A liberdade descrita por Sen é mais ampla que a liberdade descrita pelos libertários e pelos consequencialistas. Para Sen (2010) a liberdade não pode ser limitada à análise de procedimentos adequados, nem apenas às oportunidades, deve ser realizada de modo complementar, avaliando-se tanto a natureza dos processos que geram as oportunidades, quanto a liberdade de escolha que as pessoas possuem.

Logo, tanto a liberdade negativa – aquela que se refere à ausência de ingerências externas nas escolhas e ações dos indivíduos – quanto a liberdade positiva – relacionada com as oportunidades e recursos que possibilitam um indivíduo realizar seus objetivos – são importantes para caracterizar a justiça em uma sociedade (Sen, 2010; 2011).

Sen (2011) atribui uma dupla importância para a liberdade: a promoção das oportunidades e da possibilidade de escolhas. Nas palavras do autor:

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos — tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros (Sen, 2011, p. 262).

Essa liberdade ampla está relacionada com o conceito utilizado por Sen (2010, p. 34) de agência. Agente é “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não, também segundo algum critério externo”.

Nessa perspectiva, a análise da justiça de uma ação pode ser avaliada em dois momentos: no primeiro momento, o indivíduo julga suas ações em relação ao seu conjunto de valores e objetivos; no segundo, um terceiro imparcial julga a ação a partir de um critério externo. Esse segundo momento não é imprescindível na teoria da justiça de Sen.

Porém, a liberdade ampla defendida por Sen não afasta a responsabilidade dos indivíduos por suas ações. O filósofo indiano afirma que a responsabilidade social não pode substituir a responsabilidade individual, porém esta

responsabilidade deve ser ligada diretamente às capacidades e liberdades que o indivíduo possui:

As liberdades substantivas que desfrutamos para exercer nossas responsabilidades são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. Uma criança a quem é negada a oportunidade do aprendizado escolar básico não só é destituída na juventude, mas desfavorecida por toda a vida (como alguém incapaz de certos atos básicos que dependem de leitura, escrita e aritmética). O adulto que não dispõe de recursos para receber tratamento médico para uma doença que o aflige não só é vítima da morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade de realizar várias coisas – para si mesmo e para outros – que ele pode desejar como ser humano responsável. O trabalhador adscrito nascido na semiescravidão, a menina submissa tolhida por uma sociedade repressora, o desamparado trabalhador sem terra, desprovido de meios substanciais para auferir uma renda, todos esses indivíduos são privados não só de bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. Responsabilidade *requer* liberdade (Sen, 2010, p. 361).

Assim, para Sen (2011) a liberdade possui uma abordagem multidimensional, considerando que a liberdade não pode ser vista em um único espaço, seja político, social, econômico, de recursos, de utilidades, de qualidade de vida, nem mesmo no que se refere às capacidades.

Portanto, o que Sen (2011) defende é que a justiça seja avaliada contextualmente, de forma ampla e utilizando uma base informacional que favoreça a discussão pública e arrazoadada, de modo a afastar juízos que sejam injustos ou que não favoreçam a redução das injustiças patentes em nossa sociedade.

Essa multidimensão dos conceitos de liberdade e de capacidade formam arranjos parciais que são utilizados na análise da justiça de realizações concretas. Dessa forma, uma ordenação das liberdades e capacidades podem ser adequadas para julgar as desigualdades em determinado caso, mas serem inúteis, ou não produzirem os resultados adequados, em outra situação.

Diante disso, pode-se inferir que a análise da justiça proposta por Sen, além de ser multicritério, envolve uma análise de situações concretas, envolvendo realizações. Por isso que Sen se abstém de formular um conjunto de princípios que possam ser utilizados em qualquer situação para avaliar a justiça de determinada ação, instituição ou relação social.

Dessa forma, a grande contribuição da ideia de justiça de Amartya Sen reside na flexibilização ordenada na análise da justiça do caso concreto. Afastando juízos apriorísticos e estabelecendo critérios amplos para a análise da justiça:

liberdade, capacidades e realizações; bem como estabelecendo a argumentação racional pública como forma de se alcançar posições mais justas.

As reflexões de Rawls e de Sen sobre a justiça nos permitem ampliar o arcabouço teórico e questionar a justiça criminal sob uma nova perspectiva: a justiça criminal deve ser focada em instituições justas ou em soluções justas?

1.4 Solucionando conflitos criminais: entre a abordagem transcendental e a abordagem comparativa

Weber (2015) afirma que os Estados modernos são caracterizados, entre outros fatores, pelo controle centralizado dos meios de coerção. Esse sistema de controle formal do Estado por meio da coerção encontra no sistema criminal seu protagonista, sendo a aplicação da pena privativa de liberdade o meio utilizado pelo Estado para ratificar o seu poder coercitivo frente aos seus cidadãos.

Nesse tipo de formação estatal, em que o monopólio do uso legítimo da força encontra-se radicado nas mãos do Estado, o crime é visto não como um conflito ocorrido no seio social, mas como uma violação da lei penal formalmente elaborada pelo legislador (Karam, 2004).

Ainda segundo Karam (2004), do ponto de vista normativo, sendo o Estado o titular da função legislativa e o crime uma violação da lei penal, o Estado, além de ser detentor exclusivo do uso legítimo da força, torna-se, também, parte integrante da relação criminal, ocupando o local de sujeito passivo do delito.

Visto do ponto de vista social, ou fático, o conflito criminal se dá a partir da violação das relações existentes entre o sujeito ativo do delito, o sujeito passivo e a comunidade na qual ambos estão inseridos (Zehr, 2008).

Em relação aos polos das relações geradas a partir do conflito penal, nota-se que, no plano fático, a relação criminal se desenvolve por uma ação ou omissão do sujeito ativo, autor do fato, que afeta um bem jurídico protegido de outrem, sujeito passivo ou vítima, estabelecendo-se uma relação linear entre as partes. Já no plano jurídico, há uma relação triangular, já que o Estado ascende à posição de sujeito passivo ao lado da vítima.

Portando, para analisar a justiça criminal a partir do enfoque de todos os envolvidos na relação jurídica criminal é preciso verificar qual a pretensão das partes (autor do fato, vítima e Estado) quanto ao objeto.

Como enfatizado por Karam (2004), no conflito criminal, o Estado ocupa a posição de sujeito passivo por considerar o delito como uma violação à lei formal por ele estatuída para o controle formal dos cidadãos.

Nesse sentido, o Estado-Juiz busca, ao aplicar uma pena como coerção legitimamente estabelecida, a ratificação da sua soberania e do sistema normativo vigente. Essa função estabilizadora da aplicação da sanção penal foi analisada por Fragoso (2003) ao tratar da crise das teorias da pena:

[...] se contemplarmos a evolução processada na teoria da penal, verificaremos que os juristas, desde há muito, têm-se ocupado com a determinação do sentido e do fim da pena. Essa problemática está hoje ao centro da crise do sistema punitivo. Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria fundação do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através da proteção de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal (Fragoso, 2003, p. 546).

A partir da reflexão sobre a utilização da sanção penal pelo Estado como instrumento de ratificação de sua soberania e da ordem jurídica estabelecida, Carvalho (2013) afirma que a dogmática penal constrói discursos de legitimação do sistema criminal a partir do pressuposto da superação da (i)legitimidade do Estado em impor sanções, propondo fundamentos racionais para a aplicação da coação política para o exercício do controle social.

De maneira complementar, Aury Lopes Júnior (2020) diferencia a pretensão do Estado-acusador da pretensão do Estado-juiz no processo de aplicação de justiça criminal:

[...] Não devemos esquecer a lição de Goldschmidt de que o símbolo da justiça não é só a balança, mas também a espada que pende sobre a cabeça do réu e está nas mãos do juiz. É o juiz quem detém o poder condicionado de punir. Nessa linha de raciocínio, o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, pois a ação penal deve ser vista como um “direito ao processo” – *ius ut procedatur* – distinto do poder nascido do delito de impor a pena mediante a sentença condenatória e torná-la efetiva mediante a execução. O direito particular ou do Estado-acusador (por meio do Ministério Público) é um “direito ao processo”, completamente distinto do poder de punir que corresponde exclusivamente ao Estado-Juiz (Lopes Júnior, 2020, p. 314-315).

Porém, a pretensão do Estado como um “direito ao processo” encontra-se completamente satisfeita uma vez que é o próprio Estado que monopoliza a solução formal de conflitos.

Em outras palavras, ao estabelecer um sistema criminal em que somente o Estado-Juiz possui legitimidade para solucionar o conflito gerado com a violação da lei incriminadora, o Estado garante a sua participação como Estado-acusador, não havendo possibilidade de se falar em injustiça criminal quanto à questão de fundo.

De outro lado, ao se imiscuir no polo passivo do conflito criminal, o Estado se utiliza do sistema criminal para impor sua soberania, aplicando uma sanção penal que ratifica a vigência e validade do ordenamento jurídico.

Sendo assim, o objeto de proteção da justiça criminal, quando observado sob a ótica do Estado é a própria existência e validade do sistema jurídico.

O Estado, como parte integrante juridicamente do conflito criminal, não busca a solução do conflito gestado no seio social, busca, apenas e tão somente, ratificar a ordem jurídica vigente, impondo uma sanção ao agente que descumpriu com o padrão de condutas estipulado pelo meio formal de controle social, o direito penal (Tiveron, 2017).

Dessa forma, na visão do Estado, a justiça criminal se dá na forma de procedimentos formalmente estabelecidos para que a sua “pretensão punitiva” possa ser efetivada através da sua “pretensão acusatória” no processo penal, ratificando a sua soberania por meio do controle social formal que se dá na imposição da sanção penal ao acusado.

Observe-se que nessa vertente não há nenhuma preocupação com a pacificação, nem mesmo a pacificação social preconizada pelo ordenamento jurídico. O crime é visto, apenas, como uma violação da lei formal e não como um conflito ocorrido na sociedade.

Logo, por não se preocupar com a pacificação, o resultado da efetivação da justiça criminal pelo Estado não corresponde efetivação da justiça na sociedade, pois não se alcança a justiça enquanto valor.

Por outro lado, Sendra, Catena e Domingues (2001) afirmam que não se pode limitar a função do processo penal ao poder de penar, pois a justiça criminal também se vocaciona a declarar o direito de liberdade do cidadão inocente. Para os autores, o processo penal como veículo de administração da justiça criminal é um instrumento neutro de jurisdição.

A justiça criminal, dessa maneira, possui como finalidade a limitação do poder de punir do Estado, garantindo o direito de liberdade do cidadão frente ao poder do Estado que detém o monopólio do uso da força.

Segundo Silva (2001), os princípios constitucionais da igualdade, legalidade, fragmentariedade, subsidiariedade, proibição do excesso, devido processo, contraditório e ampla defesa, acusatório e juiz natural, publicidade, obrigatoriedade e presunção de inocência estabelecem os limites de atuação do Estado no exercício de seu poder punitivo.

Nesse cenário, analisando o acesso à justiça criminal sob o prisma do autor do delito, infere-se que o objeto deste direito fundamental recai na possibilidade de reivindicação desse conjunto de direitos que limitam a possibilidade de aplicação de sanção contra ele.

Esse conjunto de regras estabelecidas na legislação como forma de limitação do poder punitivo do Estado, de acordo com a doutrina clássica, permite que o autor do fato delituoso seja responsabilizado por meio da aplicação de uma sanção teoricamente razoável e proporcional.

Nesse sentido, a aplicação da justiça criminal estaria, ao menos em parte, de acordo com as proposições de Rawls, pois as liberdades básicas estariam resguardadas pelos princípios de limitação do poder de punir do Estado, que foram previamente estabelecidos no acordo originário e replicados de forma metodológica na Constituição.

Porém, Zehr (2008) destaca que essa é uma visão limitada da responsabilidade por não levar em consideração o vínculo intrínseco entre o ato e as consequências e não desconstituir as racionalizações que os autores de fato delituosos criam para justificar suas ações.

Agrupando as duas vertentes de análise da justiça criminal sob a perspectiva do autor do fato, pode-se dizer que o objeto da justiça criminal seria a proteção das garantias de aplicação de sanção penal razoável e proporcional, por meio da limitação do poder de punir do Estado, e a possibilidade de promoção da responsabilização, por meio de um conjunto amplo de ações que garantam a manutenção dos direitos não restringidos pela aplicação da sanção penal.

Assim, a justiça criminal na perspectiva do autor do fato se distancia da simples aplicação de uma sanção penal, aproximando o objeto da justiça criminal à

solução adequada do conflito social criado a partir da violação das relações sociais deste com a vítima e com a comunidade.

A outra parte envolvida no conflito criminal é a vítima. Segundo Oliveira (1999, p. 87) a vítima pode ser conceituada como “toda pessoa física ou jurídica e ente coletivo prejudicado por um ato ou omissão que constitua infração penal, levando-se em conta as referências feitas no conceito de crime pela criminologia”.

A doutrina tradicional defende que a posição da vítima na persecução criminal variou muito ao longo do tempo. Do protagonismo na época da vingança privada, a vítima passou ao ostracismo após o monopólio do Estado na solução dos conflitos, ocorrida com o estabelecimento do Estado moderno (Beristain, 2000).

Ainda de acordo com Beristain (2000), em razão do Estado buscar a apuração do fato estritamente sob uma perspectiva penal, a vítima aparece no processo penal precipuamente como objeto de prova, apresentando sua versão dos fatos ou submetendo-se ao exame de corpo de delito, conforme o caso.

Apesar dos avanços da vitimologia, ciência empírica que busca, segundo Saad-Diniz (2019), “identificar evidências e novas perspectivas sobre como a construção do conflito vitimal pode contribuir decisivamente na formulação de estratégias mais efetivas de redução da vitimização”, o que se nota no avanço legislativo é uma preocupação meramente formal e pecuniariamente reparatória, sem se imiscuir nas reais necessidades das vítimas.

Diante da necessidade de se identificar as reais necessidades das vítimas, Zehr (2012) indica que, além da reparação pecuniária, as vítimas buscam informações reais sobre o ato lesivo, a oportunidade de falar sua verdade sobre o conflito, o empoderamento e a vindicação.

Dessa maneira, para que a justiça criminal seja efetiva para a vítima deve-se propor mecanismos de satisfação de suas necessidades, resolvendo o conflito causado pelo ato ou omissão lesiva aos seus interesses legítimos, ultrapassando, assim, os limites da reparação pecuniária e da vindicação pela imposição de uma sanção penal ao ofensor.

Nessa perspectiva, o objeto da justiça criminal para as vítimas é o acesso aos diversos meios disponíveis para a reparação dos danos sofridos devido a ocorrência do conflito penal, superando as finalidades precípua do processo penal

contemporâneo que se limita a impor uma sanção penal ao ofensor e estipular uma indenização pecuniária mínima para as vítimas.

Transpondo a análise do objeto da justiça criminal para a teoria da justiça como equidade formulada por John Rawls, inicialmente, precisamos localizar o nível em que as decisões dos princípios da justiça criminal se encontram na metodologia multiestágios proposta.

Sendo as decisões sobre os princípios da justiça criminal parte fundante da própria essência do Estado, conforme preconizou Weber (2015), Karam (2004) e Fragoso (2003), entre outros, sendo o mecanismo essencial para a manutenção da ordem pública, os princípios da justiça criminal seriam princípios instituidores da sociedade e, portanto, deveriam ser escolhidos na primeira fase, ou seja, na posição original.

Como a posição original é uma situação hipotética não verificável nas sociedades modernas, os princípios de justiça criminal são, normalmente, decididos na segunda fase da aplicação multiestágios proposta por Rawls, a saber, na convenção constituinte.

Porém, para efeitos teóricos, estando a decisão sobre a justiça criminal incluída na estrutura básica da sociedade, a formulação dos princípios da justiça criminal devem ser observados a partir do consenso formulado pelas partes em uma posição original como a descrita pelo filósofo.

Assim, tem-se que as partes estão cobertas pelo véu da ignorância, não conhecendo da sua posição no conflito criminal, nem de aspectos específicos da sociedade, como, por exemplo, o grau de repressão e as características culturais e econômicas.

Nesse sentido, as partes - vítima, ofensor, estado e comunidade - não saberiam que desempenhariam esses papéis na solução do conflito criminal, devendo decidir o conjunto de princípios que levasse à maximização da liberdade igual e a distribuição de recursos e responsabilidades que respeitassem o princípio de distribuição.

Essa situação hipotética levaria a escolha de princípios de justiça criminal que seriam aceitos por toda sociedade e, por isso, seriam estáveis e gerariam legislação e decisões mais justas.

Já na perspectiva de Amartya Sen, não haveria a escolha a priori de princípios que orientariam universalmente todas as decisões. De acordo com as lições do pensador indiano, seria necessário formular um conjunto de princípios que respeitassem a liberdade ampla e que pudessem ser defendidos, por meio da argumentação racional e pública, como o melhor conjunto de princípios que pudesse ser aplicado de modo a maximizar a realização da pacificação social e, conseqüentemente, da justiça.

Além disso, ainda segundo a ideia de justiça de Amartya Sen, seria necessário que fossem analisadas as capacidades das partes envolvidas no processo, como a capacidade de autorresponsabilização do ofensor, a capacidade de aplicação de uma sanção justa pelo estado, a capacidade de resolução do conflito pela comunidade e a capacidade de reparação integral da vítima, no momento de escolha de uma das opções racionais aceitáveis para a solução do conflito criminal.

Percebe-se, assim, que a análise da justiça criminal a partir das ideias de justiça de Rawls e de Sen ultrapassa a simples adoção de um conjunto de princípios que impõem uma sanção penal e uma retribuição da vítima, devendo ser analisadas outras questões relativas à administração da justiça criminal.

Portanto, apresentada a relação entre a visão das partes envolvidas no conflito criminal e as teorias da justiça objeto de análise no presente trabalho, cumpre analisar os modelos de aplicação da justiça criminal, destacando seus fundamentos e meios de aplicação e a relação entre estes e os princípios de justiça formulados por Rawls e por Sen.

2 RESTAURAÇÃO OU RETRIBUIÇÃO: OS PARADIGMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS

Neste capítulo, buscou-se apresentar os paradigmas de aplicação da justiça criminal que são objeto de análise no presente trabalho: o paradigma restaurativo e o paradigma retributivo.

Inicialmente, é apresentada uma discussão sobre a ideia de paradigma e sobre as crises e mudanças desses modos de organização do conhecimento, para estabelecer os pressupostos de análise sobre os paradigmas específicos da justiça criminal.

Na sequência é apresentado o paradigma retributivo de justiça criminal e destacada sua inserção no contexto da racionalidade penal moderna. Também foi apresentado o paradigma restaurativo, destacando seus fundamentos, princípios e valores. Ao final, são apresentadas as práticas restaurativas e suas formas de aplicação.

Espera-se que a discussão apresentada neste capítulo forneça os pressupostos de análise no que concerne aos paradigmas restaurativo e retributivo de aplicação da justiça criminal, de modo a fundamentar a análise sobre a possibilidade de utilização concorrente desses sistemas.

2.1 Os paradigmas e a estruturação do pensamento moderno

A partir da discussão sobre as teorias da justiça de Rawls e de Sen, é possível afirmar que para se alcançar a justiça criminal é necessário pensar o sistema de aplicação da justiça a partir das liberdades individuais, amplas ou restritas, bem como dos processos de garantia e efetivação dessas liberdades perante os conflitos criminais que se apresentam na sociedade.

Esse sistema complexo de aplicação da justiça criminal envolve a formulação de princípios, regras e procedimentos que garantam os princípios de justiça e de pacificação social e são comumente designados de paradigmas, ou modelos, de aplicação da justiça criminal.

Os paradigmas, ou modelos, de aplicação da justiça criminal variaram ao longo do tempo, de acordo com as estruturas sociais que se formaram, pautados em fundamentos diversos.

Antes de adentrar aos meandros dos paradigmas ou modelos de justiça criminal, convém destacar o uso contemporâneo que as ciências humanas e sociais dão ao termo paradigma.

Kuhn (2011) afirma que o conhecimento científico é formulado a partir da utilização de um paradigma que, para ele, é uma estrutura mental organizada, composta por teorias, métodos, instrumentos e experiências, que promove a organização de eventos e a sistematização de realidades.

A utilização do paradigma para Kuhn (2011), além de organizar a forma de raciocínio científico, por ser compartilhada pelas pessoas que compõem determinado grupo, possui o condão de gerar uma unidade social fundada em determinada concepção de mundo.

Silva Neto (2011) faz uma interessante comparação entre um paradigma e as lentes de óculos. Nas palavras do autor:

Em suma, apelando para uma metáfora, os paradigmas são algo como as lentes dos óculos – assim como as lentes corretivas, que clareiam o caminho para a visão turva e confusa do míope, o paradigma é um horizonte estruturante que põe em ordem os fenômenos e permite à comunidade dos cientistas se situar na realidade, compreendê-la e comunicá-la (Silva Neto, 2011, p. 347).

A mesma comparação também foi feita por Zehr (2008) ao expor a problemática em relação à forma como enxergamos o crime. Para o autor a lente (ou paradigma) que utilizamos no processo de análise do crime influencia na avaliação do fato e na solução que consideramos adequada para o conflito:

Há muitos anos me dedico à fotografia. Uma das lições que aprendi é que a lente usada afeta profundamente o resultado. Minha escolha de lentes determina as circunstâncias nas quais é possível trabalhar e também a forma como vejo as coisas. Se escolher uma lente com pouca abertura máxima, a imagem será escura e uma fotografia de qualidade pode ser difícil de obter num ambiente de pouca luz. A profundidade de campo da lente também faz diferença. A lente grande-angular é bastante inclusiva, incorpora num mesmo quadro uma porção de objetos, mas o faz à custa de certa distorção. Os objetos próximos ficam grandes e os do fundo pequeninos. Também a forma dos objetos enquadrados fica alterada. Círculos se tornam elipses. A teleobjetiva é mais seletiva. O escopo de sua visão é mais estreito, incorporando menos objetos na foto. Ela também "distorce", mas de modo diferente da grande-angular. A teleobjetiva deixa os objetos maiores, mas as distâncias ficam encurtadas. Os objetos parecem mais próximos da câmera - e mais próximos uns dos outros

– do que pareceriam a olho nu. Portanto a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado (Zehr, 2008, p. 167-168).

Por ser dotado dessa capacidade estruturante do pensamento e do próprio grupo social que o adota, o paradigma fornece um critério para a identificação de problemas e para a definição dos processos que visam encontrar uma solução para esse mesmo problema.

Outro autor que se dedicou a explicar o que são os paradigmas foi Morin (2000). Segundo o autor, um paradigma promove a seleção dos conceitos-mestres da inteligibilidade. Esses conceitos servem como o núcleo do paradigma pelo simples fato de serem escolhidos pela comunidade que adota determinado paradigma e também funcionam como “selecionadores”, pois atuam como um júri a quem incumbe a seleção e ordenação das ideias aceitas pelo paradigma.

Morin (2000) também afirma que os paradigmas promovem a determinação das operações lógicas-mestras da inteligibilidade. Essa função permite que os membros da comunidade que adotam o paradigma utilizem uma operação lógica em comum, que dita a formulação das demais operações lógico-metodológicas utilizadas pelos participantes do grupo que adotam o paradigma.

Apesar de ditarem a forma e estruturação do pensamento dentro de determinado grupo, Morin (2000) e Kuhn (2011) concordam que os paradigmas não são imutáveis. Para os autores, a evolução do conhecimento científico somente seria possível se, ao se repetirem os insucessos na aplicação de determinado paradigma, este paradigma pudesse ser descartado e substituído.

Nesse sentido, Kuhn (2011) descreve o processo de descarte de um paradigma a partir da percepção dos cientistas de que o paradigma utilizado apresenta diversas falhas que o tornam limitado ou incapaz de solucionar determinado problema.

Essa substituição, todavia, nem sempre se dá de forma completa ou imediata. Kuhn (2011) argumenta que o novo paradigma nasce a partir das falhas do paradigma tradicional e surge como alternativa para a solução dos problemas não solucionados pelo paradigma até então utilizado.

Das reflexões de Kuhn (2011) sobre os paradigmas é importante observar, ainda, duas questões: (i) que os paradigmas concorrentes nem sempre são completamente excludentes, ou seja, que o paradigma emergente pode conter traços do paradigma tradicional; (ii) que o conflito entre os paradigmas só será solucionado quando houver um consenso dos participantes do grupo científico.

Assim, ao se falar em paradigma de aplicação da justiça criminal estar-se-ia buscando descrever o conjunto de estruturas mentais organizadas (teorias, métodos, instrumentos e experiências) que possibilitam a seleção de conceitos-mestres e operadores lógico-metodológicos que possibilitem a solução dos conflitos criminais de forma justa.

Refletindo sobre a aplicação do paradigma científico, Boaventura de Sousa Santos afirma a existência de uma “crise paradigmática”. Essa crise paradigmática, de acordo com Santos (2008), decorre da pretensão totalizante do paradigma científico, que nega o caráter lógico-racional das formas de conhecimento que não se coadunam com sua matriz de conhecimento.

A crise paradigmática apontada por Santos (2008) decorre do questionamento sobre as formulações tradicionais de conhecimento e do questionamento sobre sua aplicabilidade ao meio social.

Como solução em construção, Santos (2008) acredita que um novo paradigma está a surgir: O paradigma emergente.

Esse paradigma emergente possui algumas características que o difere do paradigma científico tradicional: (i) todo conhecimento científico-natural é científico-social, na medida em que a concepção hodierna coloca o ser humano como sujeito e autor do mundo e, portanto, no núcleo de todo o conhecimento produzido, inclusive o conhecimento científico-natural; (ii) todo conhecimento local é total, posto que o conhecimento local possui um caráter de exemplaridade, podendo ser transformado em ilustração do pensamento total, ampliando o horizonte de aplicação e tornando-o mais universal; (iii) todo conhecimento é autoconhecimento, indicando uma “ressubjetivação” do conhecimento formulado; e (iv) todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum, pois somente dessa forma se construirá um conhecimento sólido que cumpra o seu papel transformador da sociedade (Santos, 2008).

Nota-se, das lições de Boaventura de Souza Santos, que esse giro epistemológico, ou giro paradigmático, promove uma “socialização” do conhecimento científico, trazendo o homem e suas relações para o centro da formulação e destinação do conhecimento.

Assim, ao se falar em paradigma de justiça criminal, devemos pensar na centralidade da pessoa humana como autor e sujeito do já definido conjunto de estruturas mentais organizadas (teorias, métodos, instrumentos e experiências) que possibilitam a seleção de conceitos-mestres e operadores lógico-metodológicos que possibilitem a solução dos conflitos criminais de forma justa.

Feita essa necessária digressão, importa observar que na tradição teórica ocidental a ideia de justiça criminal encontra-se vinculada, diretamente, a ideia de punição. As questões primordiais que se colocam quando pensamos, ainda que informalmente, sobre justiça criminal são: por que e para que se pune?

Sobre essas questões, Barretto e Gomes (2018) afirmam que a questão em torno das finalidades da punição (para que se pune?) se relacionam com a utilização das penas como instrumento do direito aplicado ao infrator, logo, nessa perspectiva, a pena é um instituto de direito penal. Porém, ao se analisar o fundamento da punição (por que se pune) estar-se-ia defronte a uma questão de cunho filosófico e político esculpida em uma “ética da punição”:

A necessária separação entre o fundamento da punição e as finalidades da pena permite uma visão mais precisa sobre o desempenho e a eficácia empírica dos programas de justiça criminal e execução penal, e da persistência do sistema penal como fator de manutenção do contrato social e de preservação da coesão social, bem como do modelo que ele deve assumir, sempre levando em conta o estágio em que se encontra a sociedade à qual o referido subsistema deve servir (Barretto e Gomes 2018, p. 14).

Essa necessária superação entre o fundamento da punição e as finalidades da pena é importante ao se tratar da justiça criminal, pois, sendo a justiça criminal um conceito radicado à filosofia moral e política, reduzir a análise da justiça criminal às finalidades da pena é recortar o tema para extirpar toda uma fundamentação filosófica e política capaz de gerar a mudança paradigmática proposta por Boaventura de Sousa Santos.

Logo, ao se analisar os paradigmas de justiça criminal, devemos superar a tradicional discussão entre as funções da pena e nos imiscuir na discussão filosófica sobre os fundamentos e estruturas desses paradigmas, entendendo suas relações

com os princípios e procedimentos de justiça e, principalmente, com a necessária centralidade do ser humano como agente e destinatário do conhecimento.

Outra questão que merece destaque refere-se a razão de adoção de um paradigma de justiça criminal.

A análise dos paradigmas feita por Kuhn, Morin nos leva a considerar que a adoção de um paradigma é realizada a partir de um processo evolutivo, no qual o paradigma anterior é suplantado pelo paradigma emergente.

Porém, as reflexões trazidas por Boaventura de Sousa Santos indicam, ainda que reflexamente, que a adoção de um paradigma constitui em uma decisão do corpo social e, portanto, uma decisão política, se afastando da ideia de avanço civilizatório.

Nessa perspectiva, como ressaltado no capítulo anterior, a escolha do paradigma de justiça criminal está incluída dentro da decisão política fundamental, ou estrutura básica da sociedade, descrita por Rawls, ou entre as comparações de realização de justiça descritas por Sen, afastando a ideia de que o paradigma atualmente aplicado é fruto de uma “evolução civilizatória natural”.

Diante dessa reflexão perfunctória, busca-se neste capítulo apresentar dois paradigmas de aplicação da justiça criminal: o paradigma tradicional – retributivo – e o paradigma emergente – restaurativo.

2.2 O paradigma retributivo de aplicação da justiça criminal: a consolidação da racionalidade penal moderna

No Ocidente, conforme lições de Pires (2004), a forma de pensar a justiça penal³ se estruturou de maneira sistêmica e distinta dos demais ramos do pensamento a partir da segunda metade do século XVIII. Esse sistema epistemológico, foi denominado por Pires de “racionalidade penal moderna” tendo em vista a sua função justificadora, pautada em uma suposta isenção científica.

³ Na doutrina tradicional há o uso das expressões “justiça criminal” e “justiça penal” como sinônimas. Apesar disso, alguns autores fazem uma diferenciação entre os termos, notadamente em razão da evidência dada a uma parte da teoria do delito. Nessa perspectiva, a justiça criminal daria enfoque ao crime, enquanto a justiça penal dá enfoque à sanção. No Brasil, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional consagraram a expressão direito penal. Neste trabalho, será priorizado o termo justiça criminal, por entender-se que na análise que se propõe deve-se dar evidência ao conflito criminal e não à sanção imposta.

Pires (2004) destaca que o conceito de racionalidade penal possui dois sentidos: o sentido teórico e formal, que distingue o objeto de análise do sistema; e o sentido empírico e descritivo, que se relaciona com a forma em que essa racionalidade se cristalizou em um determinado momento histórico.

Essa racionalidade promove na sociedade uma naturalização da estrutura normativa inicialmente adotada pelo sistema social, que impõe o valor da norma e a intensidade de reprovação em caso de desrespeito à pena afliativa imposta (Pires, 2004).

As penas afliativas impostas pela racionalidade penal moderna se tornaram, assim, o objeto central da justiça criminal, uma vez que somente elas poderiam graduar a retribuição que deveria ser imposta ao infrator das normas estatuídas pela sociedade, ratificando os valores e a vigência do controle social formal.

Diante disso, a história do paradigma de justiça penal atualmente aplicado na maioria dos países ocidentais costuma ser apresentada como a história das sanções penais. Essa história é traçada como sendo um marco da evolução civilizatória, que extirpou a desproporção entre o crime e as sanções aplicadas nas sociedades antigas (Bruno, 1967).

Barreto e Gomes (2018) afirmam que para entender as origens da punição na sociedade moderna é preciso compreender as relações do mito, do pecado e da culpa. Para os autores, a compreensão dessas relações pode ser alcançada a partir da análise de três modelos.

O primeiro modelo de explicação, pauta-se na cosmologia. O paradigma cosmológico fornece explicações mágicas para a fragilidade do ser humano, que passa a considerar a própria vida como uma ofensa injusta às divindades, devendo essa ofensa ser expiada (Barreto e Gomes, 2018).

O segundo modelo de explicação é o paradigma das religiões mesopotâmicas. Nesse paradigma o mal é concebido como algo intrínseco à humanidade e que esse mal, quando violador da aliança do homem com Deus, passa a ser tido como pecado e, por essa violação do acordo religioso, precisa ser expiado (Barreto e Gomes, 2018).

O terceiro modelo é o paradigma judaico-cristão. Esse paradigma expressa a maturação da relação homem-Deus e forneceu os atributos necessários para o rompimento definitivo com os mitos e tabus das sociedades arcaicas. Uma das

características mais importantes desse paradigma é a relação entre a ação do agente e a necessidade de se corrigir um equilíbrio social. A punição, aqui, é vista como um meio de reequilíbrio da sociedade e uma forma de se evitar novos atos de maldade (Barreto e Gomes, 2018).

Da mesma forma que a relação entre o mal e a punição passou por uma “evolução” histórica, a forma como essa punição é aplicada também se alterou ao longo do tempo.

Na doutrina tradicional, o primeiro período retratado é o da vingança. Esse período foi caracterizado pela mitificação das tribos antigas, que tinha como característica o respeito aos totens e tabus (Marques, 2016).

Os totens representavam a integração do clã, ou tribo, e constituía a sua base de organização. Representavam a ancestralidade e, ao mesmo tempo, o protetor da tribo, uma entidade sagrada que precisava ser protegida e respeitada. Nas palavras de Freud:

Mas o que é o totem? Via de regra é um animal, comestível, inofensivo ou perigoso, temido, e mais raramente uma planta ou força da natureza (chuva, água), que tem uma relação especial com todo o clã. O totem é, em primeiro lugar, o ancestral comum do clã, mas também seu espírito protetor e auxiliar, que lhe envia oráculos, e, mesmo quando é perigoso para outros, conhece e poupa seus filhos. Os membros do clã, por sua vez, acham-se na obrigação, sagrada e portadora de punição automática, de não matar (destruir) seu totem e abster-se de sua carne (ou dele usufruir de outro modo). O caráter do totem não é inerente a um só animal ou ser individual, mas a todos da espécie. De quando em quando são celebradas festas, em que os membros do clã representam ou imitam, em danças cerimoniais, os movimentos e as características de seu totem (Freud, 2012, p. 12).

A violação do totem gerava a contaminação de toda a tribo, o que levava o autor da ofensa a ser punido pela comunidade como forma de restauração da relação com a entidade sobrenatural que protegia a tribo. O medo da vingança do totem, assim, era o fundamento de aplicação da sanção.

Já o tabu é tido como um “código não escrito”, uma proibição convencional derivada da tradição, apesar de possuir um caráter sagrado são autofundamentadas, não necessitam de uma justificação para serem aplicadas e parecem naturais para os membros da comunidade na qual exerce influência (Marques, 2016). Freud também nos fornece uma definição de tabu:

O significado de “tabu” se divide, para nós, em duas direções opostas. Por um lado quer dizer “santo, consagrado”; por outro, “inquietante, perigoso, proibido, impuro”. O contrário de “tabu”, em polinésio, é *noa*, ou seja,

“habitual, acessível a todos”. Assim, o tabu está ligado à ideia de algo reservado, exprime-se em proibições e restrições, essencialmente. A nossa expressão “temor sagrado” corresponde frequentemente ao sentido de “tabu”. As restrições do tabu são algo diverso das proibições religiosas ou morais. Não procedem do mandamento de um deus, valem por si mesmas; distingue-as das proibições morais o fato de não se incluírem num sistema que dá por necessárias as privações, de forma geral, e fundamenta esta necessidade. As proibições do tabu prescindem de qualquer fundamentação; têm origem desconhecida; para nós obscuras, parecem evidentes para aqueles sob o seu domínio (Freud, 2012, p. 26-27).

A punição pela violação do tabu também passou por uma modificação com o passar do tempo. Freud explica que inicialmente essa punição ficava a cargo do próprio tabu violado, mas após o surgimento da ideia de deuses e espíritos, essa punição passou a ser encargo das entidades sobrenaturais e, por fim, o temor reverencial aos deuses levou a sociedade a punir os transgressores como forma de purificar a sociedade maculada pela violação do tabu:

O castigo para a violação de um tabu era originalmente deixado para uma instância interior, de efeito automático. O tabu ferido vingava a si mesmo. Mais tarde, quando surgiram ideias de deuses e espíritos com os quais o tabu ficou associado, esperava-se que a punição viesse automaticamente do poder divino. Em outros casos, provavelmente devido a uma ulterior evolução do conceito, a própria sociedade assumiu a punição dos infratores, cuja conduta pôs em perigo os companheiros. Assim, os mais velhos sistemas penais da humanidade podem remontar ao tabu (Freud, 2012, p. 28).

Outra característica dessa época é a chamada “vingança de sangue”. A vingança de sangue é uma espécie de “dever sagrado” que um determinado membro de uma família, clã, ou tribo, possui de matar um membro de unidade correspondente, se um dos seus companheiros tiver sido morto por um membro daquela unidade (Marques, 2016).

Caso a ofensa tenha sido praticada por um membro do próprio grupo, a resposta dada era a expulsão do ofensor do grupo, que passava a não contar mais com a proteção dada ao grupo e, conseqüentemente, poderia receber ofensa de qualquer outro membro do grupo, sem que isto fosse considerado uma ofensa aos totens e tabus instituídos (Del Vecchio, 1979).

Essa formação social continha um sério problema: a ausência de controle externo. Como não havia um controle externo que limitasse a vingança, seja ela divina ou privada, a administração das sanções se tornava uma interminável guerra que promovia um prejuízo à própria comunidade. Assim, o modelo de justiça

baseado na vingança foi lentamente substituído pelas sanções públicas na Antiguidade (Marques, 2016).

Nas civilizações antigas, marcadas pelo estado teológico, o direito era confundido com a religião e a justiça criminal com a justiça divina. Nessas civilizações, o temor reverencial aos deuses continua presente, marcando a necessidade de punição com a chancela divina (Marques, 2016).

Há, porém, uma preocupação inicial com o controle das práticas punitivas. Procedimentos de controle são insculpidos em diversas normas sociais⁴, o pentateuco hebraico, por exemplo, limitava a duração e extensão da vingança de sangue comumente aplicada nessa época (Marques, 2016).

O processo evolutivo de fundamentação e limitação da punição sofreu, de acordo com Barreto e Gomes (2018), uma reviravolta importante na transição da filosofia escolástica para a filosofia moderna, com a concepção do mal moral e da punição civil:

Na passagem da filosofia escolástica para o pensamento moderno ocorreu uma transformação no entendimento do problema do mal, que naturalizou, passando a constituir, ao lado do mal metafísico e natural, a terceira tríade do mal, o mal moral, que se explicitou no mal civil ou o crime, que se formalizou nas obras de Hobbes e Grotius. [...] A punição deixa de ser considerada específica da religião e passa a ser considerada no âmbito da sociedade civil, adquirindo, assim, a sua roupagem em moldes mais civis do que teológicos (Barreto e Gomes, 2018, p. 51).

Esse giro epistemológico, ainda de acordo com as lições de Barreto e Gomes (2018), pode ser representado pela inversão do enfoque conceitual: enquanto nas descrições anteriores se privilegiava teoria da justiça para a solução dos conflitos sociais, após Hobbes, passou-se a conceber o problema inserido na teoria do direito.

A transposição do enfoque da teoria da justiça para a teoria do direito, apesar de parecer algo natural e decorrente do processo civilizatório, resultou na dogmatização do problema e no afastamento de questões morais e políticas da solução do conflito. Com esse novo paradigma, a ideia de bem passa a ser preterida pela ideia de legitimidade e eficiência das instituições para salvaguardar os direitos individuais e a ordem social.

⁴ Apesar de não haver uma sistematização e rigor que são próprios da produção normativa, por haver uma intenção de ordenar o sistema social, esses escritos foram denominados de normas sociais.

A partir de então, é possível observar que o argumento retributivista se fortalece e passa a dominar as discussões sobre a punição, notadamente pela relação estrita entre poder e punição:

A punição pressupõe duas condições para a sua compreensão: trata-se de uma permissão para o uso da força contra aqueles que tenham cometido um crime; e caracteriza-se, também, por ser atribuição exclusiva do poder do Estado. [...] A solução encontrada por Hobbes para justificar a punição pelo soberano está no argumento de que o direito de punir advém do fato de que o soberano não pode deixar de exercer a sua liberdade de punir o infrator. [...] bem se pode constatar em Hobbes que o que os súditos transferem ao soberano é o direito de punir (Barreto e Gomes, 2018, p. 56).

Uma vez transferido a um poder soberano o direito de punir, não causa estranheza o fato do soberano tê-lo usado esse poder de forma livre e muitas vezes desmedida.

Na literatura, não faltam descrições dos horrores e excessos praticados pelo soberano⁵. As penas corporais, os suplícios públicos e a espetacularização da administração da justiça criminal se tornaram práticas comuns e cada vez mais cruéis.

Segundo Foucault (2020), entre os séculos XVII e XVIII, na França, as penas eram aplicadas como uma forma de retribuição ao delito e materializadas na forma de suplícios que eram aplicados sobre o corpo do infrator, em um espetáculo público que, não raro, evoluíam para a morte do infrator.

Essa situação perdurou até meados do século XVIII, quando um conjunto de filósofos começaram a questionar as técnicas punitivistas aplicadas e a própria liberdade de punir do soberano.

De acordo com Wolkmer (2005), a obra “Dos delitos e das penas”, publicada originalmente em 1764, é o marco do direito penal moderno. A obra de Beccaria faz uma análise das penas aplicadas à época e critica a desproporcionalidade das medidas.

Beccaria (2015) defende que o fundamento do direito de punir é o conjunto das porções de liberdade que os indivíduos dispõem em favor do poder soberano para poder gozar do restante dela com mais segurança. Para garantir essa

⁵ Para uma compreensão da situação, recomenda-se a leitura do Capítulo I - O Corpo dos Condenados, do livro Vigiar e Punir de Michel Foucault (2020).

segurança, o poder soberano cria meios para controlar os indivíduos e evitar que eles abusem de sua liberdade em detrimento dos outros: as penas.

Assim, a função da pena para Beccaria (2015) era, primordialmente, dissuadir tanto o indivíduo quanto a sociedade da prática de atos que atentassem contra a segurança e liberdade de seus membros, pela certeza da punição justa e proporcional aplicada pelo poder soberano.

Na análise de Beccaria (2015), essas penas passaram a ser utilizadas pelo poder soberano de forma indevida, o que as tornavam injustas por natureza. Para o autor (2015, p. 24) as penas serão “tanto mais justas quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”.

Dessa reflexão, Beccaria (2015) extrai os princípios que devem orientar a aplicação das penas para que a justiça criminal seja efetivada: somente as leis produzidas pelo legislador representativo da sociedade pode fixar as penas de cada delito; que a aplicação da lei criminal deve ser restrita aos limites por ela estipulados; que o soberano só pode produzir leis gerais; e que as penas devem ser proporcionais aos delitos, não podendo ser aplicadas as penas cruéis que são intrinsecamente injustas.

Bentham (2000) também articulou observações sobre a punição em sua teoria utilitarista. Para o autor, a pena atua como resposta social às ações ofensivas e que restringem a utilidade geral da sociedade. Diante disso, a punição somente seria legítima se fosse capaz de evitar um mal maior, segundo seu princípio da utilidade.

Da perspectiva do utilitarismo de Bentham (2000), há quatro hipóteses nas quais a punição não deveria ser aplicada: (i) quando a pena não possui fundamento (quando não ocorreu o fato tido por criminoso, quando há uma causa excludente da ilicitude e quando o crime pode ser compensado por uma medida alternativa); (ii) quando a punição é ineficaz; (iii) quando a punição produz mais mal que o próprio delito; e (iv) quando a punição é supérflua e o prejuízo pode cessar por si próprio, ou quando o custo da prevenção é menor do que a punição.

Verifica-se que na teoria utilitária de Bentham, a punição assume uma posição menos privilegiada do que na teoria retributiva clássica. Apesar de ainda manter seu caráter de retribuição, na teoria utilitária, a punição passa a ser encarada

de maneira acessória, ou dependente da análise do princípio da utilidade e pode ser dispensada em casos específicos.

Em outra perspectiva, Kant (2013), afirma que a punição se justifica em si mesma, na medida em que a lei penal é um imperativo categórico⁶ que manifesta a ameaça dirigida ao indivíduo com o intento de dissuadir o cometimento do delito, bem como manifesta a limitação do poder de punir, uma vez que a ação pública precisa, necessariamente, respeitar o indivíduo como um fim em si mesmo.

Assim, para Kant, a pena possui um caráter exclusivamente retributivista, não tendo o objetivo de realizar nenhum outro bem social. Isso porque, como decorrente de um imperativo categórico, o ato de punir expressa a liberdade de todos assegurada pela lei penal, decorrente da responsabilidade moral do agente que praticou a ação.

Essa conclusão pode ser inferida da passagem multicitada de Kant (2013, p. 335) na qual o filósofo afirma que “ninguém sofre uma pena porque o quis, mas porque desejou uma ação punível; pois não há pena quando acontece a alguém o que ele quer, e é impossível querer ser punido”.

Em outra passagem igualmente conhecida, Kant defende o princípio da retribuição ao afirmar que essa decorre da igualdade irrestrita ao qual todos os indivíduos estão submetidos em decorrência do imperativo categórico:

Quem rouba torna insegura a propriedade de todos os demais; ele se rouba, portanto (segundo o direito de retaliação), a segurança de toda propriedade possível. Ele nada tem e nada pode adquirir, mas quer todavia viver – o que não é possível de outra forma, contudo, senão se outros o sustentem. Como isso, porém, não será feito gratuitamente pelo Estado, ele tem de ceder suas forças a este para o trabalho que for (trabalhos forçados ou em casas de correção) e, com isso, entra em estado de escravidão, temporário ou, conforme as circunstâncias, também para sempre. Caso, contudo, tenha assassinado alguém, então ele tem de morrer. Aqui não há nenhum sucedâneo capaz de satisfazer a justiça. Não há igualdade possível entre uma vida, penosa que seja, e a morte, portanto nenhuma igualdade entre o crime e a retaliação a não ser a morte do

⁶ Kant afirma que todas as ações do indivíduo devem respeitar princípios morais universais. Esses princípios morais universais são materializados em um imperativo categórico que deve ser seguido independente de suas consequências. Kant formulou o imperativo categórico de três maneiras: 1 - Age como se a máxima de tua ação devesse ser transformada em lei universal da Natureza; 2 - Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na outra pessoa, sempre como um fim e nunca como um meio; e 3 - Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais. Em todas elas é possível observar a relação entre a ação do indivíduo, a liberdade de ação e a universalidade dos princípios morais orientadores das ações do indivíduo. Para mais detalhes sobre o imperativo categórico de Kant, recomenda-se a leitura do seu livro “Metafísica dos costumes”, publicado originariamente em 1797.

culpado, judicialmente executada e livre de qualquer mau-trato que pudesse fazer da humanidade, na pessoa do executado, algo monstruoso (Kant, 2013, p. 333).

Dessa forma, a teoria kantiana se coloca em oposição à teoria iluminista de Beccaria, afastando o caráter dissuasório e intimidador na medida em que atribui exclusividade ao caráter retributivo da ação sancionadora.

A teoria kantiana influenciou toda uma produção teórica e normativa acerca da justiça penal e a própria racionalidade penal moderna, reforçando o caráter retributivo e punitivista das respostas da sociedade aos desvios cometidos por seus membros.

Porém, apesar de amplamente aceita, a teoria evolucionista dos sistemas penais e a sua justificação foram contestadas por outras correntes de pensamento acerca da justiça criminal.

Pacheco (2019, p. 117-118) afirma que “é mais coerente compreender a história do Direito Penal e da pena, e consequentemente do paradigma retributivo, como uma sucessão de avanços e recuos, determinado por arranjos políticos e econômicos particulares, observados em cada época para cada povo, cultura e circunstância histórica”

Essa relação entre a justiça criminal e os arranjos sociais e políticos foi analisada por Foucault, que defendeu que a justiça criminal foi “sequestrada” pelo poder soberano como forma de acumulação e ratificação de poder.

Para Foucault (2002), foi a partir do surgimento das monarquias medievais na segunda metade da Idade Média que os mecanismos de solução de conflitos sociais passaram a ser monopolizados por um poder central, que possuía força política e bélica para exercer sua vontade.

A partir de então, os mecanismos de controle social foram sendo aprimorados e cada vez mais apropriados por esse poder central soberano que passou a administrar com exclusividade da justiça do caso concreto, além de se imiscuir, também, na própria relação criminal enquanto sujeito passivo (Foucault, 2002).

Esse processo de estatização da justiça criminal envolveu duas formulações bem específicas. Na primeira, o soberano adentrou na relação social do conflito criminal, se colocando como vítima principal do fato. A partir de então, o crime era visto prioritariamente como uma violação, ou contestação, do poder soberano, o

poder que controla e organiza a sociedade. Na segunda, é criado um complexo sistema estrutural de órgãos oficiais e discursos legitimadores que conferem uma roupagem de isenção e um caráter natural às decisões políticas que envolvem a administração da justiça (Foucault, 2002).

Assim, são criadas as figuras do juiz como terceiro imparcial, do procurador como representante do soberano, a sentença como decisão absoluta sobre o conflito criminal e os mecanismos oficiais de investigação.

Dessa forma, diferente da percepção tradicionalista, que entende o paradigma de justiça criminal atualmente aplicado como o resultado de um processo evolutivo e civilizatório, a justiça criminal é tida como um produto de uma decisão política fundamental, que a utiliza como mecanismo de controle social e como forma de ratificação de seu poder perante a sociedade.

Importante as observações feitas por Pacheco (2019) nesse sentido. Nas palavras do autor:

Em verdade, o processo de hegemonização da justiça penal se vinculou necessariamente ao processo de hegemonização política dos Estados emergentes, e se inseriu em um contexto mais amplo de monopolização de todos os poderes que davam estribo à autoridade estatal: o poder bélico, o poder sobre os territórios, o poder normativo e finalmente, o poder sobre os rumos dos conflitos individuais. A justiça retributiva, por esta perspectiva, surge como fenômeno político, ou ainda, surge de uma escolha política dentre outros modelos possíveis, não de um dever moral de controle civilizatório da vingança, ou de um processo espontâneo de evolução. Nesse sentido, tal conjunto de fatores históricos e políticos, significaram o fim de um paradigma de justiça tradicional (uma ruptura, não um estágio na escala de evolução), e o surgimento de um novo (Pacheco, 2019, p. 119).

Pacheco (2019) afirma, ainda, que esse modelo paradigmático de aplicação da justiça criminal possui cinco atributos distintivos.

O primeiro refere-se ao iluminismo e a racionalidade penal moderna como marcos político-ideológicos de justificação. Desse atributo, exsurge a relação entre indivíduo e estado pautadas no contrato social que delimitava direitos e responsabilidades, bem como a necessidade de estipulação prévia dos crimes e das penas cominadas e a necessidade de limitação dessas penas pelo princípio da proporcionalidade como razão para a manutenção da segurança e ordem pública (Pacheco, 2019).

Pires (2004) afirma que a racionalidade penal moderna estabelece uma outra relação decorrente desse atributo ao condicionar a pena como valor da norma

e meio de reprovação social que passou a fomentar uma forma extremamente punitivista como forma de proteção e controle social.

O segundo atributo apresentado por Pacheco (2019) é a utilização do aparelho do Estado como instrumento de punição. A usurpação do direito de punir pelo Estado promoveu uma ampliação significativa do aparato utilizado na punição. O Estado, enquanto detentor de uma estrutura ampla e complexa, foi paulatinamente colocando a vítima ao largo da solução do conflito criminal, chegando ao ponto da sua participação no processo resolutivo ser apenas formal.

Assim, o Estado, através das leis fazem o controle prévio dos comportamentos sociais, por meio das polícias realizam as atividades de repressão e investigação, pelo ministério público acusa formalmente os indivíduos desviantes, com a utilização do poder judiciário sentencia o acusado e executa a pena através do sistema de administração penitenciária.

Em outras palavras, o aparato estatal atua em todas as fases do controle social formal, ratificando seu poder perante os indivíduos e impondo sua vontade soberana por meio da coerção legal e da aplicação de sanções através de seus próprios meios.

O terceiro atributo do modelo retributivo de justiça criminal é a definição de crime como violação da norma. Como parte do poder de punir que foi sequestrado pelo Estado, a definição de crime passou por mais uma mudança. A partir do iluminismo, o crime passou a ser considerado como uma violação do contrato social e, conseqüentemente, ao ordenamento jurídico que decorre dessa construção (Pacheco, 2019).

Em consequência desse terceiro atributo, o crime passou a ser visto apenas como uma violação da lei formal, não levando em consideração o conflito existente entre as partes envolvidas, nem as necessidades desses. O que ocasionou uma “abstrativização” do crime.

Por fim, o último atributo apresentado por Pacheco (2019) é a ideia da pena como uma consequência do crime. Essa relação consequencialista reforça a noção geral de que a pena deve obrigatoriamente ser aplicada para o restabelecimento do *status quo ante* e, por isso, se fundamenta em sua própria aplicação.

Esse último atributo direcionou o senso comum a ideia de que a solução do conflito criminal só é atingida com a aplicação de uma sanção para que o mal seja

remediado. Qualquer outra solução não é aceita pelo senso comum e leva à percepção de uma injustiça aparente.

Com isso, percebe-se que o paradigma retributivo de justiça criminal utiliza a ideia do sujeito kantiano e de sua liberdade pautada na máxima da ação de acordo com a lei universal, como fundamento lógico do sentido da pena como resposta à violação dessa máxima de liberdade (Melo, 2005).

No mesmo sentido, Costa e Machado Júnior (2018) afirmam que definição do crime como violação da lei faz parte de uma perspectiva universalizante da justiça que enxerga o Estado como vítima central do delito, marginalizando as partes envolvidas no conflito e legitimando a aplicação de uma pena, especialmente a de segregação de liberdade, camuflando uma racionalidade penal que estabelece um discurso de controle, retribuição e melhoria íntima do condenado, o que dificulta uma análise crítica do conflito e de suas possíveis soluções.

Assim, no paradigma retributivo, como o Estado é a vítima primária do crime e o único aplicador legitimado da punição, a justiça só é alcançada a partir da aplicação da lei ao condenado em um processo formal, no qual o Estado substitui a vítima, ignorando por completo a dor e os sentimentos envolvidos no conflito (Costa; Machado Júnior, 2018).

Esse sistema retributivo de justiça criminal, em que a pena é vista como forma de superação do obstáculo à liberdade segundo leis universais, está alicerçado na ideia básica de que o crime é definido como uma violação da lei em sentido formal, bem como na necessidade de estabelecimento da culpa e da ideia de que a justiça, para vencer, deve, necessariamente, passar pela imposição de dor e somente pode ser aplicada através de um processo formal (Zehr, 2008).

De acordo com Sposato e Silva (2018), essa visão mais tradicional, em que o direito é um sistema fechado e completo de normas ao qual os cidadãos sempre apelam para a solução de seus conflitos, possui três características principais: (i) a positividade, que veicula a necessidade de um sistema normativo formal, estatuído como expressão da vontade do legislador soberano; (ii) a legalidade, como critério determinante para afastar as discussões éticas e morais da aplicação jurídica; e (iii) o formalismo, por meio do qual se estabelecem os únicos meios aceitos para a solução dos conflitos.

A decorrência lógica desse sistema hermético, pautado na racionalidade penal moderna, é uma relação íntima com o passado. No modelo retributivo, o foco está em uma ação situada no passado, sendo prioritárias as questões decorrentes de um evento passado, revelando seu caráter de “acerto de contras” entre o Estado e o autor do delito (Melo, 2005).

Esse foco no passado impede que questões presentes, ou até mesmo futuras, sejam levadas em consideração no cálculo da resolução do conflito penal. Entre essas questões, tem-se as necessidades da vítima e do ofensor que, no modelo retributivo, são completamente negligenciadas em prol da retribuição e da (re)afirmação do sistema de controle formal.

Também impede que outras formas de solução dos conflitos criminais sejam levadas em consideração na escolha do modelo adequado para a solução do conflito criminal, sendo a aplicação de uma pena a única forma aceita pelo modelo retributivo.

Apesar de extremamente difundido e aplicado acriticamente, o modelo retributivo apresenta diversos problemas que decorrem tanto da divergência entre seus fundamentos teóricos e a realidade social, quanto da ausência de resolução do conflito relacional existente entre vítima e ofensor, marcado prioritariamente pela ausência de enfrentamento das necessidades dos atores envolvidos no conflito (Sica, 2007).

Pires (2004) apresenta três problemas desse modelo de aplicação da justiça retributiva ao falar da racionalidade penal moderna.

O primeiro problema trata-se da definição do crime pela pena. Para Pires (2004) a relação crime/pena aflitiva é dogmatizada pela ideia de que não há crime sem pena. Há, segundo o autor, uma aparente vinculação indissociável entre as normas de comportamento e sanção, o que torna impossível conceber o sistema de justiça criminal sem a aplicação de uma pena.

O segundo problema é a ilusão de simplicidade do trabalho do legislador e do juiz na escolha da sanção. A vinculação entre a sanção e o crime indica que tanto o legislador quanto o juiz devem privilegiar a escolha da pena aflitiva para a solução do conflito, não restando espaço para a utilização de outras soluções possíveis (Pires, 2004).

O terceiro, é a ilusão da necessidade e identidade de natureza entre o crime e a pena aflagrada, decorrentes da ilusão de que as normas de sanção e comportamento são igualmente obrigatórias, sendo que somente as normas de comportamento possuem esse caráter, o que reafirma a necessidade da pena ser vista como um mal utilizado para redimir o mal decorrente da infração criminal.

Portanto, apesar de ainda ser hegemônico na tradição criminal ocidental, o paradigma retributivo apresenta diversos problemas, o que levou diversos pesquisadores a pensar formas alternativas de solução dos conflitos criminais.

Uma dessas formas é a justiça restaurativa que se funda em um paradigma diverso e busca resgatar as partes, que foram marginalizadas pelo paradigma retributivo, para o centro da solução desse tipo de conflito.

2.3 Um outro paradigma possível: a justiça restaurativa e sua abordagem relacional

Como visto anteriormente, os teóricos tradicionais costumam indicar o paradigma retributivo como resultado de uma sequência de eventos históricos que levaram a sociedade a “aprimorar” os sistemas de controle social e de resolução de conflitos entre seus membros.

Essa narrativa, porém, não é aceita acriticamente por todos os estudiosos da justiça criminal. Muitos teóricos apresentam outra versão para o conjunto de fatos históricos, fundamentos filosóficos e processos de mudança que nos trouxeram para este estado de coisas.

O primeiro ponto de discordância refere-se à afirmação de que nas sociedades antigas, a resposta punitiva era pautada exclusivamente em um sentimento de vingança desordenado e sem limites.

Zaffaroni *et al* (2003) afirmam que a solução dos conflitos pelas partes se sustentou por muito tempo, até o surgimento de um poder central verticalizante, que adquiriu força suficiente para confiscar a vítima e instalar um modelo decisório e punitivo.

Sullivan e Tiff (2006) observaram que nos povos indígenas originários, os sentimentos, a afetuosidade e o diálogo eram as bases para a resolução dos conflitos gestados no interior da comunidade e a noção de um todo comunitário era mais importante do que o fato tratado isoladamente.

Os pesquisadores observaram que na comunidade Navajo nos Estados Unidos e México, a concepção das normas de conduta difere da concepção atualmente adotada. Enquanto atualmente se percebe a norma de conduta com caráter essencialmente coercitivo, na comunidade Navajo as normas apresentam um caráter integrativo da comunidade, com proposições que fomentam a solidariedade, interdependência e mutualidade na solução dos conflitos (Sullivan e Tiff, 2006).

Diouf (2018), analisando o papiro “Protestos do camponês eloquente” originário do Egito no período compreendido entre 2134 a.C. e 2040 a.C, verificou que naquela formação social, um conjunto de medidas foi adotado para restaurar as relações comunitárias após uma guerra civil. Esse conjunto de medidas envolvia o diálogo, o consenso e a mediação como forma de busca de uma solução pacificadora, que garantisse o desenvolvimento de todos os indivíduos.

A partir dessas e de outras análises, Zehr (2008) afirma que a justiça privada não era tão violenta e nem buscava necessariamente a vingança, como normalmente é descrito. Ainda segundo o autor, até a idade moderna, o crime era encarado em um contexto interpessoal, sendo o resultado típico da justiça algum tipo de acordo que redundasse na restituição ou indenização pelos danos causados.

Nesse contexto, a administração da justiça, utilizando um processo de mediação e negociação, criava formas e mecanismos para que as partes, vítima (ou seu representante) e ofensor, chegassem a um acordo e velando pelo cumprimento do acordo firmado entre as partes.

Outras pesquisas se debruçaram sobre a relação entre essas comunidades e o sistema atualmente aplicado de justiça criminal, apontando as divergências no entendimento da solução dos conflitos sociais. Uma das análises mais comumente citadas é a relação da comunidade Maori e o sistema de justiça da Nova Zelândia.

Insatisfeitos com a forma pela qual eram tratados pelo sistema de justiça criminal da Nova Zelândia, principalmente pela exclusão da participação comunitária na resolução dos conflitos e pela divergência cultural existente entre a comunidade e o Estado, os Maoris reivindicaram uma adaptação do processo criminal para que fosse assegurado às famílias Maoris a possibilidade de administrar a justiça de acordo com sua própria cultura (Sullivan e Tiff, 2006).

Essas reivindicações culminaram com a criação do Estatuto das Crianças em 1989, passando a contemplar dentro da justiça criminal da Nova Zelândia procedimentos inclusivos que proporcionavam a participação de todas as partes envolvidas no conflito criminal juvenil – vítima, ofensor, famílias, comunidade e Estado – e objetivando a reparação da vítima e a reintegração do ofensor a sua comunidade (Sullivan e Tiff, 2006).

A partir de então, o que se observou foi uma série de estudos e trabalhos que buscavam compreender essa nova dinâmica na solução de conflitos, retomando conceitos que foram esquecidos ao longo da história, aprimorando-os e relacionando-os com essa nova forma antiga de encarar o conflito criminal.

Apesar de não haver um consenso sobre a origem do termo justiça restaurativa, muitos pesquisadores indicam que o termo foi cunhado inicialmente por Albert Eglash no final da década de 70, conforme afirma Jaccoud (2005).

O termo foi utilizado, também, por diversos outros pesquisadores que se propuseram a estudar uma forma alternativa à justiça retributiva para a solução de conflitos. Escritos de Barnett (1977), Christie (1977) e Zehr (1985) utilizaram a expressão para tratar desse modelo alternativo.

Assim, pode-se afirmar que desde o final da década de 70, o termo justiça restaurativa vem sendo utilizado por diversos pesquisadores para nomear um conjunto de práticas que tem por objetivo ser uma alternativa viável à utilização do paradigma retributivo de aplicação da justiça criminal.

Devido ao espectro de práticas que podem ser utilizadas, o conceito de justiça restaurativa ainda está em construção. Muito dessa disputa se justifica pela fluidez necessária para abarcar todas as práticas que possuem o objetivo de restaurar as relações afetadas pelo conflito criminal e da ampla conexão com as experiências que realizam essa concepção de justiça.

Santana (2022) aduz que devido a diversidade de abordagens, a resposta para a pergunta “o que é a justiça restaurativa?” pode gerar diversas respostas. O autor destaca que as definições de justiça restaurativa ora se concentram em alguns elementos do processo, ora na ideia da necessidade de cura dos danos causados pelo crime, ora nos valores e princípios que guiam as ações práticas, ora na abordagem holística de vidas e relacionamentos que vão além do crime e da violação de regras.

Sobre a definição de justiça restaurativa, Santos (2014) classifica as tentativas em três grupos: (i) minimalista; (ii) maximalista; e (iii) puro.

O grupo das definições minimalistas é voltado para o processo de aplicação da justiça. Ressalta-se a inclusão das partes no processo de solução, mas não se preocupa com a solução adotada. Segundo Santos (2014) a definição de Tony Marshall para a justiça restaurativa é um exemplo desse grupo de definições. Para Marshall (1999, p.5) a justiça restaurativa é “uma abordagem de resolução de problemas ao crime que envolve as próprias partes e os comunidade em geral, em um relacionamento ativo com órgãos estatais”⁷.

O grupo maximalista enfatiza os resultados do processo de solução de conflitos. De acordo com Santos (2014), a nota característica desse grupo de definição é a preocupação com a reparação do mal decorrente do conflito criminal, sem se preocupar com o processo utilizado para se alcançar essa reparação. A autora indica como representativo desse grupo a definição de Lode Walgrave. Walgrave (2012, p. 20) afirma que “a justiça restaurativa é toda ação que é principalmente orientada para fazer justiça, reparando o dano causado por um crime”⁸.

Já o grupo puro enfatiza tanto o processo quanto os resultados. Santos (2014) destaca que para a correta definição da justiça restaurativa é preciso levar em consideração tanto o processo quanto o resultado da prática. Para a autora, a justiça restaurativa é um procedimento consensual entre a vítima e o ofensor que vise a reparação dos danos causados e a responsabilização do agente.

Importante destacar que a definição adotada por Santos (2014) promove uma dupla restrição na ideia de uma justiça restaurativa: a primeira se refere ao procedimento – para ser considerado restaurativo, o procedimento adotado deve ser orientado pela consensualidade e pela participação das partes na formulação da solução; a segunda se refere ao resultado – só será restaurativo a ação que gere como resultado a reparação dos danos causados e a responsabilização do agente.

⁷ Tradução livre. No original: “Restorative Justice is a problem-solving approach to crime which involves the parties themselves, and the community generally, in an active relationship with statutory agencies”.

⁸ Tadução livre. No original: “Restorative justice is every action than is primarily oriented toward doing justice by repairing the harm that has been causedede by a crime”.

Ness, Strong, Darby e Parker (2022) também formulam uma definição de justiça restaurativa que envolve tanto o processo quanto o resultado. Para os autores, a justiça restaurativa é uma teoria da justiça que busca a reparação do dano causado pela ação criminosa por meio de um processo cooperativo e consensual que envolva todas as partes interessadas na solução do conflito.

Santana (2022) resume as características das definições de justiça restaurativa que podem orientar a análise da conformação da prática de justiça aplicado ao conjunto de vetores norteadores da justiça restaurativa. Nas palavras do autor:

[...] a justiça restaurativa é um novo modelo de justiça criminal desvinculado do excessivo formalismo da justiça tradicional e que procura efetivamente solucionar a situação-problema, ao invés de simplesmente atribuir culpa ao infrator, e que possui as seguintes características: 1) a inclusão da vítima nos debates sobre o caso em geral, inclusive sobre como os danos oriundos do conflito serão reparados; 2) o procedimento restaurativo poderá não resultar na prisão do ofensor, mesmo que ele confesse a prática do delito e haja a corroboração das provas; 3) é possível e mesmo desejável o acordo das partes sobre como lidar com a situação; e 4) os operadores jurídicos perdem o protagonismo do processo em prol de uma abordagem mais ampla do conflito (Santana, 2022, p. 58).

Esse conceito amplo e fluido da Justiça Restaurativa foi adotado pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, notadamente no artigo 3º da Resolução 2002/12, que dispõe sobre os princípios básicos para a aplicação de programas de Justiça Restaurativa:

Processo restaurativo significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador. Entre os processos restaurativos incluem-se a mediação, a conciliação, a celebração de conversas (conferencing) e reuniões para decidir a sanção (sentencing circles) (ONU, 2002, p. 2)

Ainda em 2002, o Conselho da União Europeia criou a Rede Europeia de Pontos de Contato Nacionais para a Justiça Restaurativa. Na decisão 10575/02, o Conselho se empenhou em buscar uma definição para a justiça restaurativa:

Para efeitos da presente decisão, o termo "justiça restaurativa" refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infrator é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele

relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo (União Europeia, 2002, p. 5).

Observa-se que a definição adotada pela União Europeia possui a amplitude de uma definição pura, pois leva em consideração não apenas os processos, mas também o resultado e a inclusão de todas as partes envolvidas no processo.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, em 2016, editou a Resolução n.º 225, dispondo sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário, definindo a justiça restaurativa no artigo primeiro da referida resolução:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se 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 na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão 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; III – as práticas restaurativas 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 pelo conflito e as suas implicações para o futuro (Brasil, 2016, p. 2).

Do conjunto de definições apresentado, que não é capaz de esgotar o leque de definições constantes na literatura, infere-se que para se caracterizar a justiça restaurativa é importante entender os conceitos nos quais ela se distancia da justiça retributiva.

Um deles é a própria definição de crime. Na justiça retributiva, pautada na ideia de sujeito kantiano, o crime é visto como uma violação da norma penal e do ordenamento jurídico e a punição é tida como obrigatória e ratificadora da vigência do ordenamento jurídico. Por outro lado, na justiça restaurativa o conflito criminal é restituído ao seio social e entendido como uma violação de suas relações.

O núcleo central da Justiça Restaurativa, de acordo com Zehr (2008) é o entendimento do crime como uma violação cometida contra uma pessoa por outra, que também pode ter sido vítima de violações. Assim, a Justiça Restaurativa desloca o entendimento do crime como uma violação da lei formal para a violação do relacionamento justo que deveria existir entre os indivíduos.

O relacionamento que Zehr se refere é a relação existente entre indivíduos que estão inseridos no mesmo contexto comunitário. Assim, o crime pode ser uma violação do relacionamento preexistente, ou a construção de um relacionamento hostil entre vítima e ofensor que se estabelece a partir do evento danoso (Zehr, 2008).

Assim, Zehr (2008, p. 172) define o crime como “uma violação cometida contra outra pessoa por um indivíduo que, por sua vez, também pode ter sido vítima de violações. Trata-se de uma violação do justo relacionamento que deveria existir entre indivíduos”.

Dessa forma, o crime apresenta quatro dimensões: (i) o crime é uma violação direta de uma vítima determinada cometido por um ofensor determinado; (ii) o crime é a deterioração de um relacionamento interpessoal; (iii) o crime é um agravo também ao ofensor que muitas vezes encontra-se em uma situação social ou psicológica que influencia na decisão do ato criminoso; e (iv) o crime é uma violação à comunidade que sofre reflexamente suas consequências (Zehr, 2008).

No mesmo sentido, Jacoud (2005, p. 170) afirma que “o crime não é mais concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências”.

Assim, a violação do justo relacionamento cria necessidades, obrigações e responsabilidade para as partes envolvidas no evento conflituoso. Esses produtos são verificados em todas as partes envolvidas no conflito: vítima, ofensor, relacionamentos interpessoais e comunidade (Zehr, 2008).

Uma vez que várias partes estão envolvidas no conflito criminal, a participação dessas partes na solução do conflito, com a satisfação das necessidades e a assunção das obrigações e responsabilidades, é algo primordial para a aplicação da justiça restaurativa.

Nesse sentido, Sica afirma que a justiça restaurativa devolve aos protagonistas do conflito criminal a possibilidade de restauração das relações afetadas pelo crime. Nas palavras do autor:

Sob a denominação de justiça restaurativa (*restorative justice*, *giustizia riparativa*, *justice réparatrice*, *justicia reparadora*, etc.), projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (Sica, 2007, p. 10).

Afasta-se, assim, a ideia de que a justiça restaurativa se preocupa apenas com a vítima, uma vez que eleva, também, o ofensor e a comunidade à categoria de protagonistas da justiça criminal.

A redefinição do que se entende por crime além de reintroduzir as partes no núcleo da justiça criminal, abre caminho para a discussão sobre o próprio objeto da justiça criminal.

Zehr (2008) afirma que o objetivo da justiça deve ser a restauração. Sendo o crime uma violação das relações que gera um dano, somente se pode alcançar a justiça ao reparar esse dano, restaurando a relação social afetada:

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

Com isso, Zehr (2008) defende que o objetivo da justiça deveria ser um processo de cura. Cura da vítima, na medida em que esta precisa voltar a se sentir segura e no controle de sua vida, promovendo um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro. Cura do ofensor, que não exclui a necessidade de responsabilização pelo ato danoso e cura da própria comunidade, que teve sua integridade afetada pelo conflito criminal.

O outro objetivo da justiça defendido por Zehr (2008) é a restauração das relações afetadas pelo conflito criminal. Essa restauração deve ser pautada no pleno arrependimento e no perdão, envolvendo o estabelecimento de uma relação positiva entre vítima e ofensor, sempre que possível.

Em relação à restauração das relações, Zehr (2008) adverte que nem sempre isso é possível e que em alguns casos essa relação além de ser violada foi destruída, razão pela qual a restauração se torna impossibilitada. Ainda assim, Zehr

considera que a restauração é um objetivo da justiça, na medida em que sua promoção deve ser sempre incentivada pelas práticas de aplicação da justiça.

Aqui uma observação precisa ser realizada. Muitos críticos da justiça restaurativa afirmam que a restauração da relação vítima-ofensor seria uma nova violência com a vítima, que seria impelida a manter um contato com o ofensor. Essa crítica não merece respaldo quando se observa que a restauração das relações é algo incentivado e não imposto pela justiça restaurativa. Há como se operacionalizar os processos de cura propostos pela justiça restaurativa sem restaurar as relações entre vítima-ofensor. Nesse sentido:

A experiência de justiça é uma necessidade humana básica. Sem ela a cura e reconciliação são difíceis ou até impossíveis. A justiça é pré-condição para uma solução. É claro que uma sensação plena de justiça é algo raro. No entanto, até uma “justiça aproximada” pode ser de ajuda. Mesmo uma experiência parcial pode lançar as bases necessárias para obter uma sensação de recuperação e encerramento do ciclo. Por exemplo, quando o ofensor não foi identificado, ou quando ele se nega a assumir a responsabilidade, a comunidade pode desempenhar o seu papel promovendo uma experiência de justiça. Ela pode ouvir sinceramente e valorizar a vítima, concordando com suas queixas de que o que aconteceu foi errado e atendendo e dando ouvidos às suas necessidades. Uma quase justiça é melhor do que nenhuma justiça e ajuda o processo de cura (Zehr, 2008, p. 178).

Então surge uma nova questão: se a justiça envolve satisfazer as necessidades dos envolvidos em um processo de cura, como essas necessidades podem ser identificadas e satisfeitas?

Zehr (2008) nos fornece um conjunto de necessidades que as vítimas podem experimentar quando inseridas em um conflito criminal:

A primeira dessas necessidades se relaciona com o apoio e segurança. O ato criminoso gera na vítima uma sensação de insegurança pessoal e social. Restaurar a confiança da vítima e reestabelecer o sentimento de segurança torna-se fundamental para a percepção de que a justiça está sendo aplicada em relação a ela.

Outra necessidade apresentada pelas vítimas é a necessidade de serem ouvidas. Partilhar as angústias e sofrimentos causados pelo ato criminoso ajuda na superação do evento traumático e, conseqüentemente, promove uma maior sensação de justiça. Não se trata apenas de ouvir a vítima formalmente em processo criminal, mas de aplicar uma escuta ativa sobre seus sentimentos, o que muitas vezes não encontra espaço no formalista processo penal.

Além dessas necessidades as vítimas também precisam de informações sobre as ações que estão sendo tomadas para corrigir o mal que foi gerado pelo conflito criminal. Ações que levem a responsabilização e que impeçam a reincidência ajudam a promover a sensação de segurança abalada pelo conflito criminal.

Por fim, em alguns casos, as vítimas também necessitam de reparação material.

Diante dessas reflexões, pode-se afirmar que para Zehr (2008) a justiça restaurativa é um paradigma de justiça focado nos danos sofridos e nas necessidades decorrentes do conflito criminal de todas as partes envolvidas (vítima, ofensor e comunidade), que visa tratar das obrigações e responsabilidades decorrentes, valendo-se de processos inclusivos, cooperativos e voluntários, buscando a cura ou restauração das relações afetadas pelo conflito criminal.

Braithwaite (1989) descreve a justiça restaurativa a partir de uma análise criminológica. O autor australiano, observando as taxas de criminalidade de o nível de integração comunitária, afirma que as taxas de criminalidade crescem na proporção inversa da interdependência e comunitarismo⁹ da sociedade.

A análise criminológica realizada por Braithwaite (1989) informa que a vergonha é um elemento característico das sociedades modernas e quando essa vergonha é utilizada de forma equivocada promove a criação de subculturas criminais e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade. O autor descreve duas formas em que essa vergonha atua na justiça criminal.

A vergonha desintegrativa¹⁰ promove a ruptura dos laços comunitários, levando os agentes a ingressar em subculturas criminais que fornecem o suporte

⁹ O comunitarismo é para Braithwaite (1989) uma condição social que gera a interdependência simbólica entre seus membros. Essa interdependência de relações promove um sentimento de lealdade e responsabilidade para com os demais membros da comunidade. Assim, sentindo-se pertencente ao grupo, as pessoas tendem a assumir posições e comportamentos que refletem a própria cultura do grupo, se afastando do cometimento de delitos que são percebidos como violações desse sentimento de pertença.

¹⁰ A vergonha desintegrativa é aquela em que o foco se encontra na desvalorização do infrator enquanto ser humano. Derivada da teoria do etiquetamento (*labeling approach*), a vergonha desintegrativa promove a exclusão social e perpetua ciclos de alienação e de fomento ao comportamento criminoso. Braithwaite (1989) afirma que esse tipo de vergonha isola e marginaliza os infratores, promovendo um distanciamento que dificulta os processos de reabilitação e prevenção da reincidência.

necessário para o infrator superar a marginalização e os sentimentos negativos oriundos desse tipo de vergonha.

Em contraste, os processos que fomentem a vergonha reintegrativa¹¹ promovem o deslocamento da vergonha da pessoa do infrator para o comportamento criminoso. Dessa forma, o infrator possui vergonha não do que ele é, mas do que ele fez, deixando aberta a porta para a reintegração na comunidade, a responsabilização pelos seus atos e o desenvolvimento pessoal e comunitário.

Diante disso, Braithwaite (2000) afirma que os processos de justiça restaurativa serão mais eficazes do que os processos de justiça retributiva para o fomento da vergonha reintegrativa, na medida em que colocam ênfase ao problema, em vez da pessoa.

Isso porque, ao empoderar as partes para uma solução consensual em que a imputação da responsabilidade se dá de forma respeitosa, com a participação dos envolvidos e a satisfação das necessidades, a justiça restaurativa promove um ambiente seguro para que a vergonha desintegrativa dê lugar a vergonha reintegrativa, reforçando os laços comunitários e impedindo os processos de etiquetamento, estigmatização e a formação de subculturas criminais (Braithwaite, 2000).

Essa opção, de acordo com Braithwaite (2000) se encerra em um projeto político que se contrapõe à justiça retributiva e, em sua visão, apresenta respostas morais mais condizentes com a visão do crime enquanto violação das relações sociais, bem como se apresenta como fonte limitadora do expansionismo penal, além de promover a justiça social.

Assim, podemos afirmar que tanto a justiça restaurativa apresentada por Zehr, quanto a justiça restaurativa apresentada por Braithwaite dão ênfase às relações existentes no seio social e a necessidade de restauração desses vínculos para a administração de uma justiça que esteja mais adequada à realidade social.

¹¹ A vergonha reintegrativa é descrita por Braithwaite (1989) como uma forma de comportamento social e individual que fomenta mudanças positivas no comportamento das pessoas. Ela desloca o objeto da vergonha da pessoa para a ação ou comportamento criminoso. A proposta central é que em um ambiente que promova a vergonha pelo comportamento criminoso, mas que possua o acolhimento, apoio e incentivo necessário, o criminoso pode desenvolver as capacidades necessárias para se autorresponsabilizar pelo comportamento criminoso e se reintegrar de forma construtiva na sociedade.

Ambas as perspectivas da justiça restaurativa são pautadas em um conjunto de valores e princípios que garantem o nível de restauração pretendido.

Essa abordagem valorativa foi defendida por Marshall *et al.* (2005) ao afirmarem que sendo a Justiça Restaurativa um termo genérico que serve para aglomerar todas as abordagens do delito que buscam as causas e consequências das transgressões, por meio de formas que promovam a responsabilidade, a justiça e a cura, torna-se mais proveitoso ter uma abordagem baseada em valores ao invés de uma abordagem metodológica tradicional. Em uma abordagem baseada em valores, deve-se enfatizar os processos e valores de maneira inseparáveis, pois são os valores que determinam o processo, e o processo é o que torna visíveis os valores.

Diante disso, torna-se fundamental a análise dos fundamentos, princípios e valores da justiça restaurativa para a correta compreensão de seus pressupostos.

2.4 Fundamentos, princípios e valores da justiça restaurativa

Entendendo a justiça restaurativa como um conjunto de práticas que buscam a restauração das relações afetadas pelo evento criminoso, por meio do empoderamento das partes na busca da solução adequada para o conflito gerado, que busque a reparação dos danos e promova a autorresponsabilidade, é preciso que se estabeleça um conjunto de fundamentos, princípios e valores para que práticas pseudo-restaurativas não sejam aplicadas, desvirtuando o núcleo central desse paradigma.

Os valores, segundo Schaefer (2006, p. 66) são “concepções coletivas do que é considerado bom, desejável e adequado - ou mau, indesejável em uma cultura”. Esses valores, ainda segundo o autor citado, refletem o que os indivíduos consideram importante e moralmente correto em determinada cultura.

Esses valores são importantes para a justiça restaurativa em razão de estarem intimamente relacionados com a expressão em atos e comportamentos. Os valores, além de servirem como fundamento para normas de conduta, são materializados em virtudes que se expressam através das ações individuais ou coletivas (Elliott, 2018).

Pranis, Stuart e Wedge (2003, p. 36) afirmam que os valores servem como nossa “bússola na vida”, definindo a forma como nós nos representamos em

diversas situações. Os autores ainda destacam que apesar de indivíduos de culturas diferentes apresentarem valores diferentes em determinadas situações, esses valores podem ser incluídos em um grupo de valores que representam os mesmos ideais de positividade, integração e benefícios mútuos.

Ciente dessa necessidade, Zehr (2012) descreve os três pilares da justiça restaurativa:

O primeiro dos pilares da justiça restaurativa é o foco no dano cometido. Como o crime volta a ser entendido como um dano causado a pessoas e comunidades, o “fazer justiça” deve ser entendido como a preocupação com a vítima, o ofensor e a comunidade e suas necessidades decorrentes do crime. Para que essa preocupação se materialize, é importante que retomemos as causas que deram origem ao crime, não de forma abstrata, de forma concreta, de modo a oferecer às partes envolvidas uma experiência reparadora na origem (Zehr, 2012).

O segundo pilar refere-se às obrigações decorrentes do dano causado pelo crime. Diferente do que o senso comum acredita, a justiça restaurativa promove a imputação de responsabilidade do ofensor. Porém, essa imputação não é promovida da mesma forma em que se imputa responsabilidade no paradigma retributivo (Zehr, 2012).

Enquanto no paradigma retributivo a imputação de responsabilidade ocorre por meio de um processo penal formal, em que o ofensor possui uma posição passiva frente ao poder de punir do Estado, na justiça restaurativa o ofensor é estimulado a entender o dano que causou e as consequências de seu comportamento, assumindo a responsabilidade de reparação concreta e simbólica.

O terceiro pilar apontado por Zehr (2012) é a promoção do engajamento ou participação. A partir do recebimento de informações uns sobre os outros, as partes afetadas pelo crime podem envolver-se na decisão do que é necessário para que a justiça seja realizada no caso concreto.

Essa participação, ou engajamento, fortalece os vínculos entre as partes e o comprometimento na execução do acordo formalizado. Enquanto participante da decisão que estipulou as formas de reparação, os envolvidos se motivam a cumprir sua parte do acordo e sentem que fizeram parte da administração da justiça.

Zehr resume esses três pilares da seguinte maneira:

A Justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aqueles danos, e que vítimas, ofensores e comunidade sejam envolvidos nesse processo (Zehr, 2012, p. 36).

Essa estrutura básica, formada pelos três pilares, devem estar erigidas sobre um valor fundante da justiça restaurativa: a interconexão. Zehr (2012) afirma que o rompimento da teia de relacionamentos que nos une uns aos outros e ao mundo em geral provoca danos a todos.

Zehr (2012) ainda discorre sobre outros dois valores essenciais da justiça restaurativa: a diversidade e o respeito. Pela diversidade o autor enfatiza que, apesar de estarmos todos interligados por uma teia de relacionamento, cada pessoa possui um valor próprio que deve ser considerado no momento da escolha da solução do conflito criminal. Já o respeito informa que as práticas restaurativas devem ser pensadas e aplicadas de modo a tratar todas as partes com o máximo respeito, evitando-se, assim, o desenvolvimento da vergonha desintegrativa descrita por Braithwaite.

Desse conjunto de princípios e valores, Zehr (2012, p. 49) deriva as metas dos programas de justiça restaurativa. Para o autor, a justiça restaurativa objetiva: (i) colocar as decisões-chave nas mãos daqueles que foram afetados pelo crime; (ii) fazer da justiça um processo mais curativo e transformador; e (iii) reduzir a probabilidade de futuras ofensas.

Braithwaite (2000) também indica um conjunto de valores orientadores das práticas restaurativas: (i) a promoção da cura e não de mais danos; (ii) o diálogo respeitoso; (iii) a correção de erros; (iv) a participação da comunidade; (v) a responsabilização; (vi) a vergonha reintegrativa; (vii) a desculpa; e (viii) o perdão. Em outro trabalho, Braithwaite (2003) descreve alguns valores procedimentais da justiça restaurativa.

O primeiro deles é a “não-dominação” que informa que as práticas de justiça restaurativa devem coibir qualquer forma de estabelecimento de relações verticais de poder. Dentro das práticas restaurativas a relação que se deve formar entre as partes é uma relação horizontal, onde todos estão no mesmo nível de importância e responsabilidade para o alcance da solução mais justa para o caso concreto.

Já o valor “empoderamento” se relaciona diretamente com a não-dominação. Para que as relações formadas sejam horizontais é importante que as partes que se sintam em posição inferior sejam empoderadas a partir da conscientização da importância de seu papel para o sucesso da prática.

O “respeito” deve ser tido como limite, na medida em que qualquer prática que seja desrespeitosa deve ser coibida. Tratamentos estigmatizantes e que promovam a vergonha desintegrativa devem ser coibidos.

Derivado da ideia de que todas as partes envolvidas no conflito criminal devem fazer parte da solução, o valor da “escuta respeitosa” promove tanto o valor informacional, pois a partir dela as partes envolvidas passam a conhecer a realidade umas das outras, quanto o valor do respeito, pois a escuta respeitosa fornece um ambiente saudável para a solução do conflito.

O valor da “preocupação equitativa” com todos os envolvidos informa que a justiça restaurativa não se preocupa apenas com as necessidades da vítima, considerando importante que as necessidades do ofensor e da comunidade também sejam valoradas da mesma forma que as necessidades das vítimas.

Além disso é preciso haver a possibilidade de “prestação de contas e recorribilidade”, pois a possibilidade de recorrer a um controle externo não pode ser retirada das partes. O princípio restaurativo deve preservar a liberdade das partes de procurar o meio que julgue mais adequado para a solução do seu conflito. Esse controle externo pode ser realizado por um tribunal formalmente constituído, ou mesmo por outros membros da comunidade, como líderes políticos, religiosos, críticos ou pesquisadores.

Por fim, deve haver o “respeito pelos direitos humanos”, já que as práticas restaurativas em nenhuma hipótese podem ir de encontro com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, sob pena da solução encontrada não refletir a justiça que se propõe.

Pranis, Stuart e Wedge (2003) também apresentam uma lista de valores da justiça restaurativa. Assim como Braithwaite, eles apontam o respeito como um valor fundamental para a justiça restaurativa. Indicam, também, a humildade, que possui uma forte ligação com o que Braithwaite chamou de escuta respeitosa; o compartilhamento, que se liga ao valor não-dominação de Braithwaite e a inclusão, correspondente ao valor empoderamento de Braithwaite.

Além desses valores, Pranis, Stuart e Wedge (2003) apontam a honestidade, confiança, empatia, coragem, perdão e amor como valores fundamentais para um bom desempenho das práticas de justiça restaurativa.

Outros autores que se preocuparam com a principiologia da justiça restaurativa foram Salm e Stout (2011). Os autores indicam cinco princípios que devem ser observados nos processos restaurativos:

- (i) Oportunidade criativa do conflito: o conflito é visto como uma oportunidade de integração e aprendizagem. Dessa forma, o conflito que normalmente é visto de maneira negativa é transmutado em uma oportunidade de aprendizagem mútua, cooperação e desenvolvimento social;
- (ii) A justiça como um processo criativo: esse princípio indica o rompimento com a racionalidade penal moderna e como monopólio da administração da justiça pelo Estado. A justiça restaurativa possibilita a construção de decisões e soluções dialogadas a partir de um processo de aprendizagem proporcionado pela oportunidade criativa do conflito;
- (iii) A ação curativa da justiça restaurativa: através desse princípio o foco da justiça é deslocado do autor do delito e passa para as relações entre todos os envolvidos no conflito criminal. Além disso, a ação curativa investiga as causas do conflito criminal, atuando na raiz do problema e, dessa maneira, reduzindo os índices de reincidência;
- (iv) Responsabilidade holística: indica a necessidade de assunção de responsabilidade do ofensor. Essa responsabilidade não é direcionada para o Estado, pela violação da lei, mas para as relações entre os indivíduos e a comunidade que foram afetadas pelo evento danoso. Além disso, a responsabilidade holística também amplia o rol de responsabilidades a serem assumidas, indicando as responsabilidades da vítima e da própria comunidade, produzindo uma cadeia de responsabilidades que leva a uma construção mais efetiva da justiça; e
- (v) Construção da comunidade: a justiça restaurativa deve construir e reforçar os laços comunitários a partir da aprendizagem proporcionada por suas práticas. Esses laços comunitários são criados e reforçados a partir do empoderamento das partes nos processos restaurativos: enquanto partes ativas e atuantes na busca

por uma solução pelo conflito, os sentimentos de interconectividade e de respeito são reforçados, criando laços mais fortes entre os membros participantes.

No plano das instituições de justiça, os princípios da justiça restaurativa também já foram observados. O Conselho Nacional de Justiça, na Resolução n.º 225 de 31 de maio de 2016, estabelece uma lista de princípios que devem orientar as práticas de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário:

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.

§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º 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 visando sempre o futuro.

§ 5º 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, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (Brasil, 2016).

A positivação dos princípios e valores da justiça restaurativa na resolução do Conselho Nacional de Justiça ganha importância na medida em que as práticas restaurativas começaram a ser executadas dentro do sistema estatal de solução de conflitos.

Por operar em uma outra lógica, o respeito aos princípios e valores da justiça restaurativa é uma forma de garantir que as práticas adotadas não serão sequestradas pela estrutura essencialmente retributiva dos Tribunais.

A própria Resolução n.º 225/2016 prevê em seu art. 18 que a necessidade de que sejam observados os princípios básicos da justiça restaurativa:

Art. 18. Os tribunais, por meio do órgão responsável, deverão acompanhar o desenvolvimento e a execução dos projetos de Justiça Restaurativa, prestando suporte e auxílio para que não se afastem dos princípios básicos da Justiça Restaurativa e dos balizamentos contidos nesta Resolução (Brasil, 2016).

Sobre a importância adicional de observância estrita aos princípios e valores da justiça restaurativa quando as práticas estão inseridas em um contexto judicial de aplicação, Cruz (2021) apresenta uma observação precisa:

Metodologias tão artesanais como a da Justiça Restaurativa exigem um cuidado em seus processos de institucionalização, especialmente dentro da estrutura do Poder Judiciário. Em nome do cumprimento de metas e padrões de celeridade, é comum que as estruturas jurídicas de tribunais cobrem por produtividade, todavia, a eficiência da Justiça Restaurativa não pode ser auferida através de metas quantitativas, mas sim qualitativas. Mostrando-se imprescindível que, ainda que a metodologia restaurativa se instrumentalize dentro tribunais, esta se mantenha amparada na sua essência, conceito e pressupostos (Cruz, 2021, p. 29).

Do conjunto de princípios positivados pela Resolução n.º 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça destaca-se a confidencialidade, princípio muito vinculado a aplicação da justiça restaurativa em contextos judiciais.

Em obra dedicada ao tema, Costa e Pacheco (2022) afirmam que a confidencialidade é um princípio fundante da justiça restaurativa e a sua não observância pode resultar na autoincriminação do ofensor, o que afastaria da situação ideal de confiança necessária para a efetivação da prática restaurativa.

Costa e Pacheco (2022) destacam, ainda, a necessidade de fomento de um ambiente seguro para o agir comunicativo dos participantes da justiça restaurativa. Esse ambiente seguro, de acordo com os autores, não seria possível sem a garantia da confidencialidade.

A não observância desse princípio transmuta a justiça restaurativa em uma verdadeira prática investigativa, descaracterizando por completo o paradigma restaurador da prática. Nesse sentido, valiosa é a afirmação dos autores citados:

Sendo assim, a fim de evitar que a Justiça Restaurativa se converta em uma extensão da investigação criminal ou da fase de instrução processual – verdadeira armadilha para participantes desavisados – deve-se reconhecer, regra geral, que as provas extraídas do ambiente restaurativo sejam inadmissíveis porque ilícitas, uma vez que obtidas com violação ao direito à não incriminação, nos termos do artigo 5º, LXIII e LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal. De todo o exposto, também se pode inferir que o ambiente restaurativo, por força da natureza densa das relações interpessoais nele construídas, consiste em verdadeiro espaço dirigido à expressão da personalidade, e, portanto, circunscrito em uma zona franca para o exercício de direitos fundamentais, em especial dos direitos à intimidade e à privacidade. [...] A

confidencialidade no procedimento restaurativo, assim, não corresponde apenas à simples regra metodológica, cujo interesse remonta apenas ao universo da Justiça Restaurativa, mas apresenta também valor jurídico como princípio fundante da Justiça Restaurativa, na medida em que garante a sua existência e ao passo que salvaguarda a sua natureza (Costa e Pacheco, 2022, p. 111-112).

A conclusão apresentada por Costa e Pacheco (2022) para o princípio da confidencialidade pode ser extrapolada para os demais princípios da justiça restaurativa sem o risco de se tornar abstrata: nos procedimentos restaurativos, o respeito aos princípios não é apenas uma regra metodológica, mas apresenta valor jurídico fundante, na medida em que garante a sua existência na medida em que salvaguarda a sua natureza.

Assim, apresentados os princípios e valores que devem ser observados por todas as práticas de justiça restaurativa, resta apresentar quais são as práticas mais utilizadas na aplicação desse paradigma de justiça, deixando a ressalva de que outras podem ser desenvolvidas respeitando-se os princípios e valores já enunciados.

2.5 Um paradigma abrangente: as práticas restaurativas e suas formas de aplicação

A justiça restaurativa engloba um conjunto não ordenado de práticas que respeitam os princípios e valores de seu paradigma. Zehr (2012) observa que as práticas de justiça restaurativa, da forma em que se concebe atualmente, surgiram nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos e Canadá e passaram por um processo de remodelação para refletir os princípios e valores que foram sendo formulados para a caracterização desse paradigma.

Ainda de acordo com Zehr (2012) a aplicação da justiça restaurativa não se limita à justiça criminal. O autor informa que práticas restaurativas estão sendo utilizadas em escolas, em ambientes de trabalho e, até mesmo, na gestão de conflitos sociais em larga escala.

Dessa forma, antes mesmo de apresentar as principais práticas retratadas na literatura, cumpre destacar que o rol aqui apresentado é meramente ilustrativo, com o intuito de fomentar uma reflexão sobre as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa.

Por esse motivo, não serão aprofundadas as técnicas específicas de cada modelo, uma vez que a descrição pormenorizada das práticas restaurativas fogem ao escopo do presente trabalho.

Feitas essas advertências necessárias, registra-se que serão descritos apenas os pontos mais relevantes de práticas de justiça restaurativa aplicadas à justiça criminal ocidental, deixando ao largo as demais.

Zehr (2012) indica três modelos distintos de práticas que tendem a dominar a justiça restaurativa aplicada à justiça criminal: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os círculos de justiça restaurativa. Porém, o autor observa que cada vez mais esses modelos têm sido mesclados, em uma aplicação conjunta para maximizar os efeitos restaurativos dos programas.

Esses modelos de aplicação da justiça restaurativa, ainda de acordo com Zehr (2012), apresentam alguns traços em comum: envolvem algum tipo de encontro entre os participantes-chave, de preferência presencial, sendo no mínimo vítima e ofensor (ou alguém que represente a vítima na sua impossibilidade); os encontros são liderados por facilitadores que não impõe acordos; a participação dos membros na busca da solução é incentivada; a participação deve ser voluntária; deve ser promovido um ambiente onde o diálogo respeitoso é incentivado; e o ofensor deve reconhecer, em alguma medida, sua responsabilidade.

De acordo com Sposato e Silva (2018), os modelos de práticas restaurativas envolvem as principais partes interessadas na reparação do dano, que atuam em apoio e colaboração no processo restaurativo. A imagem a seguir demonstra as partes interessadas e os graus de participação nas práticas restaurativas:

Nos encontros vítima-ofensor, em um momento inicial, são trabalhadas as partes individualmente. Havendo consentimento de ambas, o encontro é promovido, incentivando-se o diálogo, organizado e conduzido por um facilitador. Busca-se nesse modelo um acordo de reparação dos males causados pelo crime e a assunção de responsabilidades. Outros membros, como as famílias da vítima e do ofensor, podem participar, mas desempenham papéis secundários (Zehr, 2012).

Sobre os encontros vítima-ofensor, Carvalho (2020) afirma que eles se tornam vantajosos para as partes envolvidas, na medida em que empoderam as vítimas a falarem sobre seus sentimentos e esclarecer questões que ficam sem resposta no processo penal retributivo, contribui para desfazer estereótipos

negativos em relação ao crime e ao próprio ofensor, o que diminui o medo e angústia e oportuniza aos ofensores contarem a sua versão dos fatos e assumir a responsabilidade pelas consequências de sua ação.

Sposato e Silva (2018) também discorrem sobre os encontros vítima-ofensor. Para as autoras, essa metodologia promove um reconhecimento mútuo de interesses e necessidades que promove a restauração do comportamento como resultado primário:

[...] possibilita-se que os envolvidos encarem e reconheçam os interesses dos outors como condicionantes das suas próprias ações ou omissões, levando-os a pensar sobre os fatos e ajustar seus comportamentos, de modo que o acordo reparador é apenas um meio para atingir o fim, que é a redefinição dos seus comportamentos sociais, evidenciando relações de cidadania (Sposato e Silva, 2018, p. 115).

As conferências de grupos familiares diferem dos encontros vítima-ofensor pela ampliação do papel das famílias da vítima e do ofensor. Nesse modelo, a participação das famílias funciona como um suporte para o tratamento da vítima e para a assunção de responsabilidade do ofensor. As famílias também desempenham um papel ativo no cumprimento do acordo firmado e assumem responsabilidades perante a solução do conflito. Esses encontros podem, ou não, serem roteirizados pelo facilitador e são muito utilizados quando envolvem jovens em conflito com a lei (Zehr, 2012).

De acordo com Pallamolla (2009), as conferências de grupos familiares apresentam dois modelos distintos: no modelo *court-referred*, aplicado na Nova Zelândia, os casos são derivados do sistema de justiça criminal sempre que os requisitos estabelecidos são satisfeitos; já no modelo *police-based*, aplicado na Austrália e Estados Unidos, a polícia, ou outra instituição social, facilitam o encontro entre as partes envolvidas no conflito.

Os círculos surgiram nas comunidades aborígenes do Canadá e atualmente possuem diversas aplicações: círculos de sentenciamento, objetivam determinar sentenças de processos criminais; círculos de apoio, preparam a realização de outros círculos; e círculos de construção de paz, promovem o diálogo e a solução de conflitos diversos (Zehr, 2012).

Uma das características desse modelo é a utilização de um “objeto da palavra” que garante que todos terão a oportunidade de fala (os membros são incentivados a só se manifestar quando estiverem de posse do objeto). O processo

de aplicação dos círculos envolve uma declaração inicial, onde são explicitados os valores, filosofia, procedimentos e princípios (Zehr, 2012).

Outra característica marcante desse modelo é que o número de participantes é ampliado intencionalmente e a participação da comunidade é, geralmente, mais abrangente do que em outros modelos. O diálogo entre as partes é sempre fomentado e a participação da comunidade contribui para que as soluções alcançadas sejam mais exequíveis (Zehr, 2012).

Pranis (2010) apresenta uma lista de objetivos que servem para caracterizar os círculos: restauração da conexão entre os envolvidos por meio do diálogo; esclarecimento e compreensão de algum aspecto relativo ao conflito; tratamento dos que foram afetados por um trauma ou perda; participação das partes afetadas na elaboração de uma sentença que abarque as preocupações e necessidades dos envolvidos; construção de um senso comunitário; construção de acordos consensuais para resolução de conflitos; e celebração de algum fato de importância para a comunidade.

Além de apresentar esses três modelos abrangentes de aplicação da justiça restaurativa, Zehr (2012) também faz uma análise sobre os objetivos dos programas de justiça restaurativa.

Os programas alternativos objetivam “redirecionar ou oferecer uma forma alternativa para parte dos processos criminais ou para a etapa de sentenciamento”. Os programas terapêuticos não possuem o objetivo de influenciar o processo criminal, mas de reabilitar o ofensor, estimulando-o a compreender os danos causados e sua responsabilidade a partir de um foco na vítima. Já os programas de transição buscam a reintegração dos egressos do sistema prisional à comunidade (Zehr, 2012, p. 64-65).

Kurki (2003) apresenta uma outra modalidade de prática de justiça restaurativa: os painéis comunitários. Essas práticas, segundo a autora citada, são utilizadas quando a prática do crime promove uma sensação de diminuição na qualidade de vida da comunidade.

Em razão de se pautar na sensação da comunidade, a participação da vítima direta do crime é dispensada e os membros da comunidade, juntamente com o ofensor, analisam a conduta lesiva e os seus impactos na comunidade e decidem formas de repará-los de forma adequada e integrada. Assim, todos os membros da

comunidade assumem parcela da responsabilidade, tanto sobre o ato criminoso, quanto sobre as soluções que devem ser adotadas, o que maximiza os efeitos restauradores da prática (Kurji, 2003).

Atualmente, esses modelos têm sido mesclados e adaptados na busca pela melhor solução para os conflitos criminais. Roberts (2004) afirma que os projetos aplicados vêm ganhando uma forma híbrida, conjugando valores e formas de diferentes modelos no intuito da maximização dos resultados. O autor destaca o convite de amigos e membros da comunidade para os encontros vítima-ofensor, a utilização de meios alternativos ao encontro presencial da vítima e do ofensor, a utilização de recursos tecnológicos nos procedimentos, entre outras características que não foram descritas nos modelos “puros”.

O Escritório sobre Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas elaborou em 2006 um Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa. Esse manual foi revisado em 2019 e teve sua segunda edição (revisada) publicada no Brasil em 2021.

No manual, a Organização das Nações Unidas destaca que a justiça restaurativa pode convergir com o processo criminal, bem como funcionar independente dele. Destaca-se, ainda, que as práticas restaurativas podem ocorrer antes da acusação, durante o decorrer do processo criminal e antes do julgamento, no julgamento, após o julgamento e na execução da pena imposta.

Observa-se, assim, que o Manual elaborado pela Organização das Nações Unidas relaciona as práticas restaurativas ao processo penal formal, indicando os momentos em que podem ser aplicados e suas consequências.

Apesar dessa relação ser possível, importa destacar que a justiça restaurativa não se vincula de forma indissociável ao processo penal. Existem diversas experiências em que a justiça restaurativa é aplicada em contextos comunitários sem qualquer ligação com o processo penal formal.

Araújo (2019) esclarece que uma prática restaurativa será comunitária se, e somente se, ela for realizada na comunidade, pela comunidade e para comunidade. O autor, dessa forma, exclui completamente a participação de terceiros estranhos ao seio comunitário da participação na prática restaurativa, o que impossibilitaria que valores estranhos à comunidade fossem introduzidos no diálogo restaurativo.

Rebouças, Cardoso Neto e Brito (2022) destacam que as práticas restaurativas comunitárias promovem um processo emancipatório em dupla dimensão: provoca uma transformação na própria comunidade sobre o entendimento de justiça ao passo que transforma a justiça de acordo com os anseios da comunidade.

Além disso, Rebouças, Cardoso Neto e Brito (2022) defendem que a extrapolação da aplicação da justiça para além do poder judiciário, com o fortalecimento dos laços comunitários permite o fomento de transformações sociais de longo prazo, aproximando a resolução dos conflitos em algo mais próximo do ideal de justiça.

Logo, observa-se que a aplicação dos modelos de justiça restaurativa no âmbito das comunidades promovem resultados restauradores e desenvolvem a interconexão necessária entre as partes para o fortalecimento das relações sociais e, conseqüentemente, a pacificação que se busca para a realização da justiça.

Apesar disso, para fins deste trabalho, o foco deve recair sobre as práticas de justiça restaurativa desempenhadas em concorrência com a aplicação da justiça pelo sistema criminal formal instituído.

Nesse sentido, voltando aos ditames erigidos no Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa da Organização das Nações Unidas, observa-se que são previstos os mesmos modelos de justiça restaurativa apresentados por Zehr (2012) - mediação entre vítima-ofensor; a conferência restaurativa; e os círculos.

Quanto à fase do processo penal, o Manual elaborado pela Organização das Nações Unidas destaca que os programas de justiça restaurativa são comuns nos estágios anteriores à acusação e durante o processo/julgamento (ONU, 2021).

Quando aplicados antes da acusação formal em um processo criminal, as práticas de justiça restaurativa busca alcançar uma solução para o conflito criminal que gere menos estigma, sendo mais participativa e eficaz. Nem sempre envolve as vítimas (em decorrência da inexistência ou não identificação) e, geralmente, são aplicadas a crimes com menor potencial ofensivo. Podem ser aplicados em sede policial como parte de um conjunto de medidas para prevenção do crime. Os principais problemas associados a esta aplicação são a dificuldade de garantir recursos para a manutenção dos programas e a ausência de apoio público (ONU, 2021).

Durante o processo e julgamento, é possível a aplicação de modelos restaurativos integrados de diferentes formas no processo e na condenação formal, ou, ainda, pode-se suspender o processo enquanto se aplica um modelo de justiça restaurativa (ONU, 2021).

Também é possível a aplicação da justiça restaurativa após a prolação da sentença, no processo de execução penal. Nesta fase, o foco dos programas de justiça restaurativa está na recuperação e reintegração do ofensor, bem como na satisfação de necessidades legítimas das vítimas que não foram satisfeitas no processo penal formal (ONU, 2021).

Portanto, apesar de contestadas, verifica-se que as práticas de justiça restaurativa já são uma realidade no contexto do processo criminal formal. Essa constatação nos leva ao questionamento sobre a viabilidade de utilização dessas práticas restaurativas dentro de um contexto onde impera o paradigma retributivo. Seria uma mudança de paradigma de justiça criminal? Ou as práticas estariam sendo utilizadas apenas como forma de justificar a aplicação de uma sanção própria do sistema retributivo?

3 ROMPENDO PARADIGMAS: POSSIBILIDADE, CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA UMA APLICAÇÃO CONCORRENTE DAS JUSTIÇAS RESTAURATIVA E RETRIBUTIVA

Delineados os elementos principais dos paradigmas retributivo e restaurativo de aplicação da justiça criminal, bem como definido os parâmetros de análise das teorias da justiça, é preciso analisar a opção política de adoção de um dos modelos e a possibilidade de aplicação concorrente destes paradigmas de solução de conflitos criminais.

Neste capítulo, buscou-se analisar os paradigmas restaurativo e retributivo à luz das teorias da justiça de Rawls e de Sen, verificando qual deles mais se adequa aos modelos de justiça propostos pelos filósofos, bem como a possibilidade de aplicação concorrente desses paradigmas.

Também foi analisado quais os requisitos essenciais para que a aplicação concorrente dos paradigmas não implique em uma cooptação do paradigma restaurativo pelo paradigma retributivo.

Espera-se que, ao final, sejam evidenciadas as formas de aplicação da justiça restaurativa em contextos judiciais formais de solução de conflitos criminais.

3.1 O contexto brasileiro de aplicação da justiça restaurativa

De acordo com as teorias da justiça de Rawls e de Sen a opção por um paradigma de justiça e a forma de sua aplicação aos conflitos concretos que emergem na sociedade é uma decisão política, radicada na concepção de justiça adotada em uma sociedade.

Por ser uma decisão política, a decisão sobre o paradigma de justiça criminal a ser adotado não está imune a críticas, tampouco encontra-se petrificada no seio social. A cultura de uma sociedade pode sedimentar seus fundamentos, mas a análise dos problemas que ficam sem uma solução razoável leva os membros da sociedade a refletir sobre a mudança paradigmática necessária para o desenvolvimento da comunidade.

Como sabido, e narrado nas linhas anteriores, a maioria dos sistemas de justiça criminal ocidental adotou o paradigma retributivo, construindo suas instituições de aplicação da justiça sobre uma lógica retributiva.

Com o passar do tempo e o surgimento de diversos problemas na administração da justiça criminal, diga-se o aumento da sensação de insegurança e injustiça, a inflação penal, o número crescente de crimes e de pessoas encarceradas e a quantidade de processos criminais represados no Poder Judiciário, o paradigma retributivo passou a ser contestado, tanto em sua eficiência, quanto em sua eficácia e na própria adequação com as teorias da justiça.

Da crítica ao modelo retributivo, surgiram movimentos reformadores, abolicionistas e outros que apresentavam uma mudança de paradigma do sistema de aplicação da justiça criminal. Nesse último grupo evidencia-se o modelo restaurativo de solução de conflitos, que translada a solução do conflito criminal da aplicação de uma pena para a restauração das relações que foram afetadas pelo conflito.

Porém, a mudança de paradigma defendida pelos pensadores da justiça restaurativa altera a própria concepção de justiça criminal, o que gera resistência de parte da sociedade, que ainda vê o sistema retributivo como única forma de se garantir a justiça criminal.

A resistência à mudança paradigmática se justifica na medida em que o paradigma, para além de conformar o raciocínio e práticas dos membros de uma comunidade, se torna um elemento conformador da própria comunidade, se imiscuindo nas relações sociais e na cultura da comunidade.

Essa característica foi abordada por Giddens (1991) ao tratar das consequências do período que ele denominou de pós-modernidade. Para Giddens (1991) estamos vivendo em uma época onde impera um fenômeno de “desencaixe social”.

Esse desencaixe social se dá através de dois mecanismos: as fichas simbólicas e os sistemas peritos. As fichas simbólicas são meios de trocas que podem ser circulados entre os indivíduos independentemente de suas características específicas. Já os sistemas peritos são sistemas baseados na excelência técnica ou competência profissional que organizam e validam grandes áreas dos ambientes material e social em que a sociedade se organiza (Giddens, 1991).

O processo de desencaixe social proposto por Giddens, através das fichas simbólicas e dos sistemas peritos – que decorrem naturalmente do paradigma

científico adotado pela sociedade, estão intrinsecamente fundidas na estrutura social de modo que não há um questionamento sobre a sua legitimação, ou mesmo sobre o seu uso de modo racional, promovendo um afastamento da relação espaço-tempo necessário para que ocorra a ruptura das grandes narrativas que sustentam a organização social, fundando um novo sistema de legitimidade e uma nova estrutura organizacional baseada no paradigma dominante.

Assim, a adoção de um novo paradigma se torna um lento processo de desmistificação das fichas simbólicas (como a pena de privação de liberdade) e dos sistemas peritos (como a solução judicial do conflito criminal), o que envolve a superação não apenas do paradigma tradicional, mas do enraizamento de sua lógica na própria comunidade.

Apesar dessas dificuldades, observa-se que no Brasil e no mundo há um movimento pela adoção do paradigma restaurativo para a solução de conflitos criminais. Esse movimento, pelas razões acima expostas, ainda é incipiente, mesmo havendo diversos casos de sucesso descritos na literatura.

Ocorre que, a par da abordagem restaurativa indicar uma maior abrangência de seus princípios em processos comunitários, os programas de justiça restaurativa estão, cada vez mais, sendo inseridos dentro do sistema formal de aplicação da justiça criminal, que foi erigido sobre o paradigma retributivo.

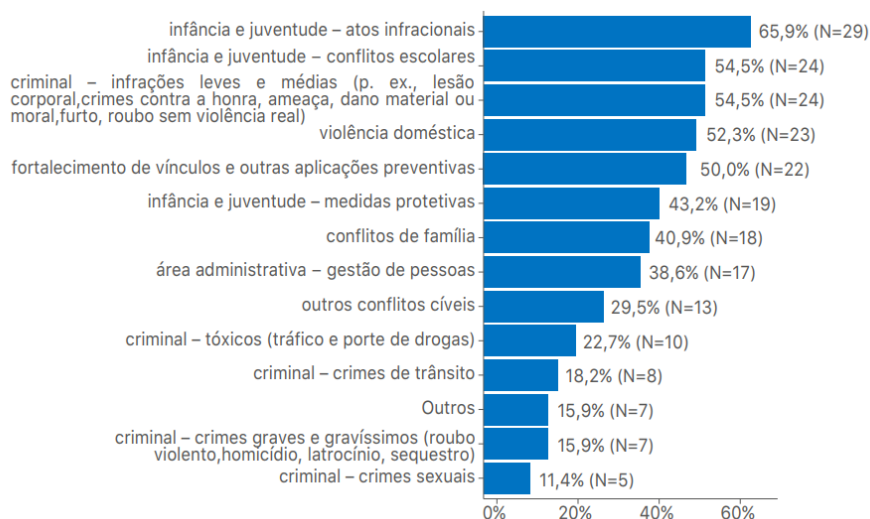
Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2019), no Brasil, em 2019, 96% (noventa e seis por cento) dos Tribunais de Justiça Estaduais e 60% (sessenta por cento) dos Tribunais de Justiça Federais possuíam alguma iniciativa em programas de Justiça Restaurativa.

Ainda de acordo com o Relatório do Conselho Nacional de Justiça (2009), os Tribunais de Justiça de Goiás e de Sergipe foram os Tribunais que apresentaram um maior número de programas de Justiça Restaurativa, cada um com 5 (cinco) programas.

Sobre as práticas utilizadas, observa-se que 93% (noventa e três por cento) dos projetos utilizaram os círculos de construção de paz propostos por Kay Pranis, 54% (cinquenta e quatro por cento) utilizaram processos circulares diversos e 45% (quarenta e cinco por cento) círculos restaurativos baseados em comunicação não violenta (CNJ, 2019).

No que concerne ao tipo de crimes que são derivados à justiça restaurativa, observa-se que a maior parte deles se limita a atos infracionais e infrações criminais de baixa ou média lesividade, como pode ser observado no gráfico a seguir:

Figura 02 – Aplicação da justiça restaurativa por tipo de crime



Fonte: CNJ (2019)

Além desses dados, na página oficial do Conselho Nacional de Justiça¹², observam-se diversas notícias sobre a difusão, o incentivo e a promoção de práticas restaurativas no contexto judicial. Essas notícias apontam para um maior fomento na utilização dessas práticas pelos Tribunais brasileiros que vêm sendo implementadas desde a publicação da Resolução n.º 225/2016/CNJ.

A Resolução n.º 225 do Conselho Nacional de Justiça, inclusive, determina que os Tribunais de Justiça implementem programas de justiça restaurativa em suas unidades:

Art. 5º. Os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica[...] (Brasil, 2016).

Essas informações demonstram que, apesar de operar em paradigmas distintos, há um incentivo para a utilização de práticas restaurativas dentro do sistema formal de aplicação da justiça criminal e que essas práticas vêm se consolidando com o passar do tempo.

Cientes desse processo de “institucionalização” das práticas restaurativas pelo Poder Judiciário brasileiro, muitos pesquisadores passaram a analisar e criticar

¹² <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/>

o fenômeno, destacando a preocupação com a manutenção dos princípios e valores da justiça restaurativa quando aplicados em contextos formais de aplicação da justiça criminal.

Nesse sentido, Carvalho e Achutti (2021) destacaram o caráter abolicionista da justiça restaurativa e os processos de “internalização” de práticas desencarceradoras pelo Poder Judiciário brasileiro. Para os autores, as práticas restaurativas, como práticas anticitimológicas, devem ser orientadas pelas críticas anticarcerária e anti-institucional, fugindo do modelo burocratizante e profissionalizante do Poder Judiciário.

Afirmam, ainda, que é preciso dotar o paradigma restaurativo de dimensões teóricas e práticas que resistam a colonização própria do sistema punitivo, que instrumentaliza subsistemas em um modelo protagonizado pelo cárcere (Carvalho e Anchutti, 2021).

Pallamolla (2017) afirma que os programas de justiça restaurativa, aplicados dentro do sistema judicial brasileiro, estão em processo de institucionalização, convivendo e disputando espaço com os processos tradicionais de aplicação da justiça criminal. A autora destaca que nesse processo de institucionalização, uma marca importante é o protagonismo dos atores formais do Poder Judiciário.

Esse protagonismo também foi criticado por Carvalho e Achutti (2021) que relacionaram a experiência com a análise do processo de implementação das ações previstas na Lei 9.099/95. Na visão dos autores, o protagonismo dos profissionais jurídicos nas práticas de mediação e de justiça restaurativa impedem que as partes realmente vivenciem uma experiência restauradora, o que descaracteriza o paradigma restaurativo.

Leite e Graf (2021) também apresentam preocupações com a utilização das práticas restaurativas pelo Poder Judiciário. Os autores identificam nesse movimento uma tentativa de cooptação liberal do modelo de justiça restaurativa, na tentativa de legitimar velhas práticas punitivas, conferindo-lhes uma roupagem restaurativa.

Essas preocupações não são desarrazoadas. Na medida em que coexistem práticas retributivas e restaurativas dentro de um mesmo contexto judicial, a disputa dos paradigmas é algo natural, próprio da dinâmica de modelos que possuem fundamentos diversos e conflitantes.

Em que pesem as advertências mencionadas, a realidade brasileira mostra a adoção concorrente das práticas de justiça restaurativa e retributiva. Dessa forma, importa analisar a viabilidade teórica dessa aplicação e os fundamentos e requisitos mínimos para que a justiça restaurativa, paradigma emergente, não seja cooptado pela justiça retributiva, paradigma dominante.

3.2 Uma análise dos paradigmas de aplicação da justiça criminal

A ideia de adoção de um conjunto de teorias, métodos, instrumentos e experiências para aplicar a justiça criminal é decorrência tanto da organização social estruturada, quanto da adoção de paradigmas científicos de justificação das práticas adotadas.

No presente trabalho, foram apresentados dois paradigmas distintos de aplicação da justiça criminal: o paradigma retributivo, que é o dominante; e o paradigma restaurativo, que é o emergente. As características, princípios, valores e fundamentos dos paradigmas restaurativo e retributivo foram descritas no capítulo anterior.

Em linhas gerais, o paradigma retributivo pauta-se na ideia do crime como uma violação da lei formal, que precisa ser sancionado por meio da aplicação de uma pena aflictiva imposta em um processo penal formal, instituído e administrado exclusivamente pelo Estado, em que as partes diretamente atingidas pelo crime (vítima, ofensor e comunidade) são coadjuvantes na administração da justiça, não havendo qualquer preocupação na reparação das relações que foram afetadas pelo crime.

Já o paradigma restaurativo enxerga o crime como uma violação das relações sociais constituídas em uma comunidade, crime este que gera dano tanto para a vítima, quanto para o ofensor e para a própria comunidade. Esses danos precisam ser reparados para que as relações sociais necessárias para a manutenção e o desenvolvimento da comunidade sejam restauradas. Na aplicação da justiça por este paradigma, as partes são restituídas de seu protagonismo e atuam direta e cooperativamente para a solução do conflito criminal.

Do resumo apresentado sobre os paradigmas, que não se pretende ser exaustivo, nota-se que os fundamentos e a lógica apresentados por um e por outro

são bastantes diversos, o que nos levaria a crer na impossibilidade de aplicação concorrente dos paradigmas restaurativo e retributivo de justiça criminal.

Apesar disso, a experiência mostra que as práticas restaurativas vêm sendo aplicadas em contextos judiciais no Brasil, o que nos leva a questionar sobre a viabilidade teórica dessa aplicação, bem como sobre a manutenção dos princípios, fundamentos e valores de ambos os paradigmas.

Sendo a adoção de um paradigma de justiça criminal uma decisão política, importa nessa análise verificar a forma e o contexto da escolha dessa “modalidade híbrida” de aplicação da justiça criminal, analisando se ela encontra amparo nas teorias da justiça.

John Rawls, ao formular a teoria da justiça como equidade, buscou estabelecer um procedimento formal e abstrato de escolha dos princípios norteadores da estrutura básica da sociedade, que seria formada por instituições idealmente justas.

Para o filósofo, as instituições justas seriam formadas a partir de um consenso entre indivíduos representantes da sociedade em uma posição original marcada pela utilização de um véu da ignorância. Esse véu da ignorância permitiria que os indivíduos conhecessem os pressupostos gerais da teoria social, mas desconhecem aspectos particulares de sua sociedade e a sua posição na dinâmica social (Rawls, 2016).

A partir da utilização desse artifício, as pessoas na posição original decidiriam pelos princípios que maximizassem os benefícios de todas as classes representadas, uma vez que não seria racional escolher princípios que desfavoreceriam determinada classe à qual o indivíduo poderia pertencer (Rawls, 2016).

Assim, Rawls (2016) estabelece um experimento hipotético teórico que é capaz de analisar os conjuntos de princípios conflitantes, verificando qual deles é mais justo, no sentido de formar instituições que atribuem de forma equitativa direitos e responsabilidades.

Aplicando o experimento teórico proposto por Rawls à escolha do paradigma de justiça criminal, poderíamos listar como participantes (partes interessadas) a vítima, o ofensor, a comunidade e o Estado.

Pela utilização do véu da ignorância, as partes não teriam conhecimento de que desempenhariam o papel de vítima, ofensor, comunidade ou Estado em um conflito criminal concreto e deveriam escolher, em consenso, um conjunto de princípios a ser adotado na resolução de qualquer conflito criminal que surgisse na sociedade a que pertencem.

Nessa situação, precisariam escolher sobre a definição de crime, sobre a participação no processo de responsabilização, sobre a forma de sanção e sobre os meios para se alcançar a justiça.

Apresentadas as propostas paradigmáticas (restaurativa e retributiva), os participantes devem, utilizando a argumentação racional, entrar em um consenso sobre qual dos paradigmas escolher para orientar a aplicação da justiça criminal em todos os casos concretos.

Pela formulação de Rawls, não há a possibilidade de escolha de mais de um conjunto de princípios em decorrência da pretensão transcendental da teoria: para o autor, existe um conjunto de princípios que seria capaz de criar uma sociedade perfeitamente justa.

Outra observação metodologicamente importante é que, para Rawls (2016) a escolha desses princípios irá representar a situação em que o máximo de liberdade será concedido aos cidadãos, em condições equitativas na posição original e não na distribuição social.

Em outras palavras, as liberdades individuais na sociedade podem não ser equitativas em decorrência da distribuição de recursos e de fatores históricos, culturais e sociais, aos quais Rawls denominou de “loteria natural”.

Assim, quando se coloca a questão criminal para deliberação na posição inicial, as partes representativas da sociedade (repita-se, as partes que representam as vítimas, os ofensores, a comunidade e o Estado) estariam despidas de informações sobre sua posição em relação ao conflito criminal e, portanto, estariam desinteressadas em escolher um paradigma que favorecesse um ou outro grupo.

Emulando essas condições em um experimento mental e hipotético, pode-se concluir que as partes escolheriam o paradigma de justiça restaurativa, em detrimento do paradigma retributivo, como forma de solução dos conflitos criminais por diversas razões.

A primeira delas refere-se à concepção de crime.

Como descrito por Pires (2004), a concepção de crime na racionalidade penal moderna, que orienta o paradigma retributivo, é pautada na naturalização da estrutura normativa que privilegia a atuação do Estado como detentor exclusivo do direito de punir, sendo o crime visto como a violação da lei formal instituída e defendida por esse estado.

Nessa concepção de delito, o Estado se apropria tanto do direito de punir, quanto da própria posição de vítima, o que reduz a liberdade dos demais agentes envolvidos no conflito criminal.

Assim, não se justifica racionalmente que, em uma posição com as limitações da posição original descrita por Rawls, uma definição de crime que exclua os danos sofridos pelas partes (comunidade, vítima e ofensor), bem como desloque a posição do principal ofendido, seja aceita em razão da manutenção de uma estrutura normativa que privilegia a atuação de apenas um membro representativo da escolha original - o Estado.

Em contrapartida, ao se adotar a definição de crime proposta pela justiça restaurativa, que envolve as relações sociais e os danos, todos os entes envolvidos na escolha estariam igualmente contemplados.

A definição de crime da justiça restaurativa, enquanto violação das relações sociais que causa danos às partes, envolve as necessidades de reconhecimento da vítima, do ofensor, da comunidade e do próprio Estado que, em última análise, manteria, ainda que de forma reflexa ou indireta, participação na solução do conflito por também ser parte prejudicada pelo evento criminoso.

A outra razão que levaria a escolha do paradigma restaurativo é a forma de imputação de responsabilidades pelo crime.

De acordo com Pacheco (2019), uma das características do paradigma retributivo é a utilização do aparelho do Estado como instrumento exclusivo de punição. Na descrição realizada pelo autor, nota-se que a imputação de responsabilidade no paradigma retributivo ocorre de maneira vertical, com o Estado-Juiz impondo uma pena, que foi atribuída ao crime pelo Estado-Legislator, ao ofensor que é parte passiva do processo.

Essa relação de verticalidade não abre espaço para os processos de autorresponsabilização do ofensor, tampouco leva em consideração as necessidades das vítimas e da comunidade.

Tanto a vítima, quanto o ofensor e a comunidade são afastados da solução do problema, não podendo expressar suas necessidades no processo formal que visa, quase que exclusivamente, a imposição de uma pena de restrição de liberdade ao ofensor.

O modelo vertical, claramente, só beneficia uma das partes envolvidas na escolha do paradigma na posição inicial: o Estado, que utiliza a sua estrutura para ratificar o seu poder perante os cidadãos. Por essa razão, esse modelo de aplicação da justiça também seria rejeitado, caso as condições da posição original fossem satisfeitas.

Ao contrário, a horizontalidade da solução dos conflitos criminais proposta pelo paradigma restaurativo contempla todas as partes envolvidas na escolha dos princípios. Segundo Zehr (2008), na justiça restaurativa não há hierarquia entre as partes envolvidas no conflito criminal, muito ao contrário, nos procedimentos restaurativos as partes são empoderadas a apresentar suas necessidades e a buscar uma solução reparadora para os danos causados e restaurativa das relações afetadas.

Ademais, na justiça restaurativa, se promove um ambiente seguro para que a vergonha desintegrativa se transforme em vergonha reintegrativa, possibilitando que o ofensor entenda as consequências de seus atos e assuma a responsabilidade que lhe cabe na reparação dos danos causados (Braithwaite, 2003).

Outra razão racional para a escolha do paradigma restaurativo na posição original de Rawls é a prorrogação do espaço de consenso para a escolha da solução mais adequada ao conflito criminal.

Conforme Rawls (2016) descreveu, o processo de escolha dos princípios na posição original é adotado em outros espaços de consenso para a estruturação da sociedade (a convenção constituinte, a convenção legislativa e a aplicação normativa ao caso concreto).

Não seria irracional, portanto, extrapolar a metodologia de consenso descrita por Rawls para uma metodologia de consenso na solução do conflito criminal. A justiça restaurativa, de certa maneira, emula a posição original de Rawls para tratar do conflito criminal.

As partes, no encontro restaurativo, apesar de conhecerem suas posições em relação ao crime, se despem das pretensões preconcebidas em relação ao fato

criminoso e se dispõem a ouvir e compreender o contexto e as necessidades das outras partes, na busca por uma solução que seja consensual e que restaure as relações afetadas pelo delito, ou seja, ainda que interessadas, as partes simulam a utilização de um “véu da ignorância” sobre suas posições, permitindo que o acordo restaurativo seja mais próximo da justiça para todos os envolvidos.

Além disso, como defendido por Pranis (2010), no início dos círculos restaurativos, as partes devem eleger um conjunto de princípios e valores que devem ser respeitados durante o encontro, o que aumenta o sentimento de participação dos envolvidos.

A justiça restaurativa, assim, pode ser vista como um experimento adaptado da posição original de Rawls que promove a equidade das partes envolvidas na busca por um consenso do que seja justo e que oriente a solução do conflito criminal com a restauração das relações afetadas.

Por fim, nota-se que a escolha do paradigma restaurativo, em detrimento do paradigma retributivo, também encontra amparo no equilíbrio reflexivo apontado por Rawls (2016) como necessário para a estabilidade da estrutura social justa.

Rawls (2016) defende a possibilidade de utilização de juízos morais concordantes para estabilizar a relação existente entre os princípios de justiça e nossas concepções abrangentes sobre o mesmo tema:

Podemos ou modificar a avaliação da situação inicial ou revisar nossos juízos atuais, pois até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como pontos fixos estão sujeitos a revisão. Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-o com os novos princípios, suponho que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas (Rawls, 2016, p. 21-22).

Esse mecanismo descrito por Rawls possibilita que os princípios de justiça coincidam com as convicções pessoais sobre a justiça, permitindo que a estrutura básica da sociedade reflita de maneira racional e política a consciência coletiva da comunidade. Permite, também, que o consenso seja alcançado mesmo em situações onde as concepções morais são contraditórias por promover um consenso sobreposto de teorias morais abrangentes.

Assim, retomando ao nosso experimento hipotético de escolha do paradigma de aplicação da justiça criminal, observa-se que o paradigma restaurativo promove essa sobreposição de teorias morais abrangentes.

Isso porque, ao se promover a restauração das relações e se afastar de um modelo exclusivamente punitivista, o paradigma restaurativo se aproxima das teorias abolicionistas e da criminologia crítica, conforme destacou Carvalho e Achutti (2021). De igual forma, ao promover a responsabilização do ofensor e reparação dos danos causados pelo crime, a justiça restaurativa também se aproxima das teorias retributivas da justiça criminal, sem se confundir com essas.

Logo, pelo mecanismo do equilíbrio reflexivo proposto por Rawls, a justiça restaurativa seria escolhida por possibilitar uma sobreposição de teorias morais abrangentes que regulam a percepção individual sobre justiça criminal das partes envolvidas no processo, na medida em que seus pressupostos de aplicação visam atender as necessidades de todos os envolvidos no conflito criminal.

Como consequência da escolha do paradigma restaurativo na posição original, as instituições formadas a partir de seus princípios regulariam uma sociedade bem ordenada no que se refere à justiça criminal.

Porém, como destacado anteriormente, o processo de escolha dos princípios de justiça a partir da teoria da justiça como equidade de Rawls é um procedimento hipotético e transcendental, que busca identificar uma situação ideal de justiça, não necessariamente as instituições reais.

Assim, torna-se pertinente analisar a questão sob a perspectiva adotada por Amartya Sen, destacando-se a liberdade, a capacidade e as realizações na comparação entre os dois paradigmas de justiça criminal apresentados.

Sen (2011) desenvolveu sua ideia de justiça a partir de uma visão funcionalista em que a justiça seria alcançada a partir do desenvolvimento da liberdade dos indivíduos, que seria alcançado ao se melhorar as oportunidades para que fossem exercitadas as capacidades individuais.

A partir dessas reflexões, Sen (2011) afirma que mais importante que descrever princípios e instituições que sejam perfeitamente justas é reduzir as injustiças que são percebidas pelos indivíduos. Para o autor não há justiça se as liberdades dos indivíduos são reduzidas e as capacidades individuais não são exercidas em decorrência da ausência de oportunidades.

A fundamentação da justiça estaria, então, na comparação focada em realizações, evidenciando-se o comportamento real das pessoas e suas interrelações, se afastando das teorias que são indiferentes às realidades de vida das pessoas.

De acordo com Oliveira e Santos (2017), esse sentido da justiça baseada em realizações concretas dos indivíduos converge com os ideais da justiça restaurativa, uma vez que as práticas restaurativas promovem a valorização dos problemas reais dos envolvidos no conflito criminal, em detrimento do ideal de justiça autorreferente da justiça retributiva.

Em outras palavras, ao retomar a ideia do crime como uma violação da relação entre as partes que causa danos que devem ser reparados, restaurando-se as relações afetadas, a justiça restaurativa se afasta do modelo retributivo em que o crime é uma violação da lei formal, promovendo a realização da própria justiça.

A conclusão pela opção restaurativa é decorrência direta da opção concretista da teoria da justiça de Sen: se a justiça só pode ser percebida nas realizações concretas dos indivíduos, somente um paradigma que leve em consideração os danos reais e as reparações devidas pode ser entendido como um paradigma de justiça.

Essa conclusão pode ser adotada a partir de três perspectivas distintas: na primeira, observa-se que a priorização na reconstrução das relações e a reintegração da comunidade pode ser vista como uma aplicação prática da defesa de Sen com a liberdade e as capacidades individuais; na segunda, observa-se que a importância dada a liberdade de escolha e de participação social defendida por Sen é refletida na participação ativa das partes na solução do conflito criminal pregada pela justiça restaurativa; e na terceira, observa-se que tanto a ideia de justiça de Sen, quanto o paradigma restaurativo, promovem uma visão diferente sobre a responsabilização, ultrapassando a mera aplicação de uma penalidade.

Na justiça restaurativa, a liberdade das partes envolvidas no conflito criminal é respeitada. As práticas restaurativas fomentam a participação livre e voluntária das partes, empoderando-as a participar da construção de uma solução para o evento conflituoso.

As capacidades das partes envolvidas também é fomentada. A partir da escuta ativa e da horizontalidade das relações, as partes podem apresentar, nos

encontros restaurativos, as formas pelas quais podem assumir suas responsabilidades perante o crime e reparar os danos decorrentes deste. Não há uma limitação em relação à forma de reparação, que pode ser direta ou indireta, a critério das partes envolvidas na formulação do acordo restaurativo.

Logo, a utilização da justiça restaurativa para a solução dos conflitos criminais potencializa a liberdade e a capacidade dos indivíduos, servindo como agente fomentador do desenvolvimento da comunidade, única forma de se realizar concretamente a justiça segundo Sen.

Porém, apesar da ideia de justiça de Sen indicar a utilização do paradigma retributivo, sua grande contribuição para o debate reside na abertura conceitual da justiça, possibilitando a aplicação concorrente dos paradigmas retributivo e restaurativo de justiça.

Enquanto na teoria da justiça como equidade de Rawls o conjunto de princípios adotados na posição original deveria ser aplicado na solução de todos os casos que se apresentassem, na ideia de justiça de Sen, as características, capacidades e liberdades dos envolvidos devem ser analisados caso a caso para que se encontre a melhor solução entre as possíveis.

Dessa forma, não seria estranho, ou discordante com os fundamentos da justiça, uma aplicação concorrente dos paradigmas restaurativo e retributivo na solução de um conflito criminal.

Sen (2011) defende que as situações que envolvem a avaliação da justiça devem ser resolvidas por meio da comparação entre as possibilidades igualmente possíveis, escolhendo-se aquela em que as liberdades e capacidades dos indivíduos são oportunamente realizadas.

Assim, ante a impossibilidade de rompimento imediato do paradigma retributivo, uma vez que a transição paradigmática é um processo lento e que envolve a mudança cultural, a opção pela aplicação concorrente dos paradigmas em disputa pode ser considerado no cálculo da solução da aplicação da justiça criminal, sem afetar os princípios da teoria da justiça de Sen.

A aplicação concorrente da justiça restaurativa e da justiça retributiva foi objeto de análise do próprio Zehr. Ao tratar da política criminal, Zehr (2008) apresenta a opção de aplicação concorrente dos paradigmas restaurativo e

retributivo, de forma a respeitar as características particulares de cada comunidade, o que, apesar de não ser o ideal, pode promover uma restauração da própria justiça.

Essa defesa da aplicação concorrente, ou complementar, foi realizada por Sánchez (2022), que afirmou que a aplicação dos dois modelos de justiça favorece uma aplicação mais abrangente da justiça, tratando não apenas a violação ao ordenamento jurídico, mas, também, as relações afetadas pelo delito. Em suas palavras:

[...] trata-se de encontrar, no âmbito de um conceito global, a necessária harmonia - ou, pelo menos, o imprescindível equilíbrio - entre o conteúdo das instituições que expressam a orientação ao conflito interpessoal (horizontal) e as que orientam aos fins de garantia próprios do Direito Penal estatal enquanto Direito punitivo (vertical) (Sánchez, 2022, p. 205).

Contudo, diferente do que hoje é aplicado no Brasil, Sánchez não reconhece a aplicação da justiça restaurativa como atribuição do Estado. Para o autor, a missão do Estado seria “fazer todo o possível para restabelecer o Direito sem impedir a superação existencial do delito” (Sánchez, 2022, p. 208).

Para o autor, a aplicação complementar das justiças restaurativa e retributiva deveria ser descentralizada. Enquanto o Estado se ocuparia da aplicação da justiça retributiva, a comunidade seria incumbida da aplicação da justiça restaurativa.

Ocorre que essa forma de aplicação da Justiça Restaurativa não foi a opção escolhida pelo Estado Brasileiro, no qual o paradigma de aplicação da justiça restaurativa foi sendo inserido dentro do sistema formal de aplicação da justiça criminal.

Dessa forma, a reflexão de Sánchez sobre as condições de coexistência dos paradigmas restaurativo e retributivo dentro de um conceito global de justiça criminal se mostra incompleta e até mesmo perigosa, por relegar à justiça restaurativa um papel meramente complementar e secundário, mantendo o foco da aplicação da justiça criminal na racionalidade penal moderna e sem apresentar proposições para a restauração da própria justiça criminal.

Para superar essas dificuldades, é preciso remodelar a administração da justiça criminal, de modo a fomentar a liberdade das partes envolvidas para exercer sua capacidade de autosolução dos conflitos em que estão envolvidas, como propôs Sen em sua ideia de justiça.

3.3 Os requisitos para a aplicação concorrente da justiça retributiva e restaurativa

A possibilidade de aplicação concorrente da justiça restaurativa e da justiça retributiva é uma possibilidade teórica, como analisado a partir das lições de Sen (2011), Zehr (2008) e Sánchez (2022), bem como uma realidade fática, quando se observa o cenário brasileiro de justiça criminal.

Porém, como bem destacado pelos autores citados, essa aplicação concorrente de paradigmas distintos de justiça criminal precisa ser criteriosa e promover uma adequação dos modelos paradigmáticos para que seja efetiva e não permita a cooptação do paradigma restaurativo pelo retributivo.

Preso nos princípios da racionalidade penal moderna, Sánchez (2022) afirma que para a coexistência dos paradigmas restaurativo e retributivo na justiça criminal é preciso que o direito penal respeite o princípio da intervenção mínima, sendo limitado a atuar apenas no imprescindível para o restabelecimento do direito e da subjetividade jurídica da vítima. Para que essa intervenção mínima seja resguardada, o autor propõe que algumas condições sejam respeitadas.

- (i) Redução da intervenção penal, na medida do possível, à declaração comunicativa do injusto culpável:

Sánchez (2022) afirma que a aplicação do paradigma retributivo de justiça criminal é marcado pela existência de uma investigação e um processo penal, que levam a aplicação de uma pena. Sendo a pena vista como a materialização da desaprovação do Estado em relação ao crime, a própria persecução penal é parte dessa sanção e, não raro, é a parte mais importante desta.

Essa dimensão expressivo-comunicativa do direito penal permite que seja comunicado ao infrator que o crime não decorreu de uma mera fatalidade, ou produto do destino, mas de uma ação ou omissão autorresponsável que gerou danos e, conseqüentemente, obrigações (Sánchez, 2022).

Jakobs (2004) já alertava para a função comunicativa da pena, ao afirmar que ela deve ser aplicada para comunicar ao infrator que o ordenamento jurídico continua vigente e que a comunicação de não vigência da norma, realizada pela infração criminal, é irrelevante para o sistema jurídico.

O problema da definição de pena como ato comunicativo da vigência do ordenamento jurídico é o afastamento de seu significante das relações sociais e

bens que foram afetados pelo crime. Entendida dessa maneira, a pena não possui qualquer finalidade reparadora, pois encontra-se limitada a reafirmação das normas aplicáveis a regulação da sociedade.

Günther (2002) apresentou uma nova visão da função comunicativa da justiça criminal. Para o filósofo alemão há uma separação entre a imputação e a pena, sendo que a função comunicativa deve ser radicada naquela. Com isso, Günther abre espaço para discussões sobre a necessidade da aplicação de uma pena no sistema de justiça criminal.

A partir da análise do conceito de Habermas sobre a comunicação, Günther (2002) afirma que a comunicação da culpabilidade que estabiliza do ordenamento jurídico se encontra na sentença e não na pena. Essa declaração de culpabilidade abre espaço para que o Estado e a sociedade possam adotar uma forma de reação para o crime.

Historicamente, sabe-se que a reação estatal ao crime foi a imposição de uma pena aflitiva. Porém, Günther (2002) já apontava a possibilidade dessa pena aflitiva ser substituída pela reparação da vítima ou a ressocialização do autor.

A partir da visão de Günther (2002) sobre a função comunicativa da justiça criminal, em uma aplicação concorrente da justiça restaurativa com a justiça retributiva, poder-se-ia, então, utilizar-se da justiça retributiva e do processo penal formal para comunicar a culpabilidade do autor do fato, ratificando a vigência do ordenamento jurídico, ficando a justiça restaurativa com a incumbência de definir a reação social ao crime.

(ii) A renúncia, na medida do possível, à dor penal

Como para a estabilização da norma é suficiente a declaração verbal ou qualquer outro mecanismo que expressa a existência de um injusto culpável atribuível ao ofensor, a dimensão aflitiva da pena torna-se desnecessária (Sánchez, 2022).

Isso porque, segundo Sánchez (2022), ainda que imposta uma declaração formal de culpa e até mesmo uma pena de privação de liberdade, esta não necessariamente precisa ser cumprida, quando as prevenções geral e especial a que ela se destina são realizadas.

Na análise de Sánchez (2022), o conhecimento da sentença e da pena aplicada pela opinião pública, na maioria dos casos, seria suficiente para reafirmar a prevenção geral negativa.

Também não seria necessária a aplicação de penas demasiado afitivas, uma vez que a imposição de tais penas não promoveriam no ofensor e na comunidade qualquer efeito concreto, aumentando a tensão existente entre o autor do crime e o ordenamento jurídico (Sánchez, 2022).

Logo, para o autor citado, quando possível, as penas afitivas devem ser substituídas por outras formas de responsabilização, reafirmando-se os princípios da humanização das penas e de restrição máxima na execução:

[...] as formas de execução mais afitivas devem substituir-se por outras menos afitivas, saldo que as exigências preventivas do caso concreto não o permitam. Por isso, deve reiterar-se a necessária vigência de um princípio de restrição máxima da execução das penas privativas de liberdade, assim como, de aflição mínima daquelas que devam ser, finalmente, executadas. [...] parece claro que, com mais motivo, deve renunciar-se à dimensão afitiva da pena ou minimizar sua intensidade quando se produziu um equivalente funcional de referida dimensão (cuja equivalência estrutural com a pena estatal pode ser maior ou menor). [...] a renúncia à dimensão afitiva da pena ou, em todo caso, uma redução radical dessa, não se opõe a nenhum dos fins do Direito Penal. E, por outro lado, reduz a distância entre autor e vítima, tornando possível a aproximação recíproca e a reconciliação. (Sánchez, 2022, p. 216-217).

A partir dessa análise de Sánchez, podemos inferir sobre a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa em processos cujas sentenças impõem uma pena privativa de liberdade, seja antes do início da execução da pena, seja durante o processo de execução.

Após a sentença e antes do início da execução da pena, a justiça restaurativa promoveria uma análise da necessidade de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como uma possibilidade alternativa de responsabilização que fosse mais adequada para a solução do conflito criminal. Feito o acordo restaurativo, as ações nele constantes seriam concretizadas como uma “substituição” da pena privativa de liberdade imposta, privilegiando o princípio de restrição máxima da execução das penas.

Após o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a justiça restaurativa atuaria na identificação das necessidades não atendidas durante o processo criminal e promoveria uma redução da aflição imposta pela pena restritiva,

melhorando o processo de execução penal e promovendo a reintegração do ofensor à comunidade, restaurando as relações que foram afetadas pelo delito.

(iii) Deve ser evitada a retribuição satisfativa

Sánchez (2022, p. 217) afirma que “é ilusório pensar que a imposição e execução da pena possam resolver o conflito existencial gerado pelo delito”. A partir dessa constatação, o autor propõe seja afastada a tendência de se relacionar a certeza e a quantidade da pena à satisfação do sentimento de vingança da vítima, tão característico o paradigma retributivo de justiça criminal e que foi denominado de retribuição satisfativa (*vengeful desert*).

Essa vinculação do castigo a uma suposta necessidade de retribuição satisfativa da vítima mistura os planos vertical e horizontal do crime. Como bem observado por Sánchez (2022) somente na dimensão horizontal do delito, ou na dimensão vertical muito contaminada pela dimensão horizontal, pode-se falar em emoções.

No sistema híbrido composto pela aplicação concorrente da justiça restaurativa e da justiça retributiva, como já afirmado alhures, a justiça restaurativa é mais adequada para enfrentar a dimensão horizontal do delito.

Diante disso, importa ao sistema híbrido de justiça criminal promover, a partir da utilização da justiça restaurativa, a satisfação das reais necessidades das vítimas em detrimento da satisfação do sentimento de vingança proposto pela aplicação da pena no paradigma retributivo (Sánchez, 2022).

Em outras palavras, deve ser extirpado do sistema criminal formal qualquer relação entre a aplicação da pena e a satisfação de um sentimento de vingança da vítima, devendo o processo penal formal se limitar a declaração de culpabilidade do ofensor.

O respeito a essas três condições, na visão de Sánchez (2022), permite que o sistema híbrido de justiça criminal possa funcionar de forma harmônica em relação aos seus pressupostos de aplicação. Porém, não impedem que haja uma cooptação do paradigma restaurativo pelo paradigma retributivo no que concerne aos procedimentos adotados nos casos concretos.

Porém, uma análise das proposições de Sánchez (2022) nos permite observar que, apesar de apresentar um avanço dentro da dogmática penal, o modelo proposto pelo autor limita a atuação da justiça restaurativa, impedindo que

os efeitos restauradores de suas práticas irradiem pelo sistema de aplicação da justiça.

Essa proposta apresenta ao menos três problemas: ratifica os estigmas sociais das partes envolvidas, limita a atuação da justiça restaurativa à fase de execução penal e se funda em uma presunção de necessidade de vingança da vítima.

Isso porque, para o autor, essa aplicação concorrente só seria possível na medida em que a justiça retributiva permanecesse com seu papel de proteção negativa e abstrata do ordenamento jurídico, apesar de reconhecer a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa nas fases paralelas à aplicação da justiça retributiva.

A comunicação da culpabilidade do agente pela justiça retributiva nada mais é que a reafirmação do ordenamento jurídico com a imposição de culpa e de aplicação de uma pena a um indivíduo que tenha infringido suas normas, o que não afasta os pressupostos das teorias das penas da racionalidade penal moderna.

Essa comunicação da culpabilidade do agente, segundo Hulsman e Celis (1993), não é alcançada no modelo formalista do processo penal moderno em decorrência de uma série de fatores como a linguagem utilizada, a forma do processo penal e o afastamento dos contextos de vida das partes envolvidas no conflito.

A proposta de Sánchez (2022) reproduz a ideia de responsabilidade passiva do autor do fato criminoso, que permanece inerte no processo, sendo “apenas” comunicado de sua responsabilidade sobre o evento.

Essa responsabilidade passiva não encontra amparo no paradigma de justiça restaurativa que busca promover uma responsabilidade ativa do sujeito em relação à sua ação ou omissão.

Com essa mudança de postura em relação à responsabilidade, há, também, uma mudança de entendimento sobre a própria prevenção que no paradigma retributivo é apenas abstrata e negativa.

Costa (2023) afirma que a prevenção na justiça restaurativa é alcançada ao se promover um ambiente que fomente ao ofensor o reconhecimento dos prejuízos causados por sua ação, bem como pela promoção de uma mudança para uma

postura ativa de reparação de danos e de mudança de seu comportamento para o futuro.

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de aplicação de uma sanção, ainda que mitigada, para a solução do conflito criminal. Essa “necessidade” de aplicação de uma sanção é mais um resquício das teorias da pena que fundamentam a racionalidade penal moderna.

Essas teorias da pena, de acordo com Pires (2001), degradam os ideais morais do direito penal na medida em que colocam a proteção da sociedade como fundamento para a utilização de práticas institucionais autoritárias e punitivas que interferem indevidamente nas liberdades individuais, impossibilitando uma reforma real do sistema de aplicação da justiça criminal.

Ainda segundo Pires (2001), as teorias da pena fomentam uma visão hostil, negativa e abstrata da proteção dos direitos e dos bens jurídicos e da própria ideia de justiça, estando ligadas a um direito penal do inimigo, pois pautadas em uma razão punitiva que enxerga a pena como um mal compulsório e necessário.

Sendo a pena um mal compulsório e necessário, a comunicação da culpabilidade e da imposição daquela, ainda que não cumprida, impossibilita que as partes desenvolvam suas capacidades e sejam livres para escolher a melhor forma de solução do conflito criminal.

Pires (2001) destaca que a presença da pena no sistema jurídico não é um impeditivo da formulação de um direito penal dos cidadãos. Para o autor é a exclusão de todas as outras formas de sanção e de procedimentos de resolução de conflitos mais abertos que torna a evolução do sistema impossível.

Costa (2023) afirma que uma das diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva é que, enquanto esta vincula o sentido do justo ao modo em que se pune os infratores da lei formal, aquela vincula a justiça ao atendimento das necessidades das partes envolvidas no processo.

Essa diferenciação entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva deve ser a bússola para a orientação da aplicação concorrente das justiças restaurativa e retributiva.

Apesar de serem paradigmas distintos aplicados em concorrência dentro de um contexto formal de solução de conflitos, a busca pela justiça não deve ser confundida com a simples imposição de uma sanção menos rígida ou limitada,

deve-se pensar em promover a justiça no caso concreto, observando-se as necessidades das partes decorrentes dos danos causados pelo evento criminoso.

Assim, a proposta formulada por Sánchez (2022), apesar de ser um avanço em termos de dogmática processual penal, não pode ser tida como uma orientação precisa para a aplicação concorrente da justiça restaurativa e da justiça retributiva, nos moldes utilizados pelo sistema de justiça brasileiro, pois esta deve ser orientada para a restauração não só das relações sociais, mas do próprio sistema de justiça.

Apesar disso, Sánchez (2022) nos fornece um norte para guiar a análise desse modelo quando defende uma releitura do princípio da intervenção mínima.

Roberti (2001) afirma que o princípio da intervenção mínima do Estado surgiu com a revolução iluminista do século XVIII, a partir da insatisfação da burguesia com as contradições existentes entre o absolutismo e o desenvolvimento do capitalismo. Desde então, diversos autores têm defendido a limitação da atuação do Estado em diversas áreas, como no direito civil, tributário e no direito penal. Na esfera criminal, a autora identifica uma relação direta entre esse princípio e a dignidade da pessoa humana:

Reconhecido como intangível este postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza advém, a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite necessário, entendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como perniciosa para a harmonia da sociedade, sendo a intervenção mínima do direito penal inerente ao Estado Democrático de Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal (Roberti, 2001, p. 68).

Ainda de acordo com Roberti (2001, p. 73), o princípio da intervenção mínima penal possui três funções: (i) estabelecer as hipóteses de incidência das leis penais; (ii) indicar os limites de restrição da liberdade da ação humana, para que seja alcançada pela norma penal; e (iii) estabelecer a necessidade da incidência da consequência do delito.

Assim, observa-se que o princípio da intervenção mínima orienta as práticas estatais para a redução da interferência do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos, orientando uma conduta residual frente aos conflitos sociais que emergem entre seus cidadãos.

Como visto, de acordo com a ideia de justiça de Sen (2011), em uma análise comparativa entre diversas possibilidades possíveis, a justiça seria alcançada na

escolha da possibilidade que maximizasse a liberdade e a oportunidade dos indivíduos em desenvolver as suas capacidades.

Conjugando as ideias de Sen (2011) com as funções do princípio da intervenção mínima e extrapolando o resultado para o contexto de aplicação concorrente das justiças retributiva e restaurativa, pode-se concluir que a intervenção mínima estatal seria respeitada caso houvesse uma preferência pela aplicação da justiça restaurativa.

No sistema jurídico brasileiro, apesar de se ter adotado uma aplicação concorrente, deve-se estabelecer um critério preferencial de aplicação de um dos paradigmas de justiça criminal. Esse critério preferencial decorre da análise realizada sobre a adequação dos paradigmas restaurativo e retributivo à luz das teorias da justiça de Rawls e de Sen.

Como analisado anteriormente, na visão de Rawls, as instituições idealmente justas seriam aquelas criadas a partir da escolha racional de princípios de justiça em uma situação de equidade formal em uma posição original que garantisse a escolha desinteressada desses princípios.

Nessa situação hipotética, a justiça restaurativa seria escolhida em detrimento da justiça retributiva pois apresenta um melhor saldo de liberdades de todas as partes envolvidas, garantindo a participação das partes e a observação de suas necessidades na solução do conflito criminal.

Já na visão de Sen, a justiça restaurativa seria escolhida por maximizar a liberdade das partes para realizar as suas capacidades de solução de conflitos, promovendo-se uma restauração das relações afetadas e uma recomposição dos danos causados.

Como a teoria de Sen possibilita que as escolhas entre as opções igualmente viáveis sejam realizadas em cada caso concreto, temos a possibilidade de aplicação de paradigmas distintos de soluções de conflitos, desde que os critérios de prevalência da melhor solução sejam respeitados.

Assim, tendo como opções a justiça restaurativa e a justiça retributiva, a escolha preferencial sempre deve ser a justiça restaurativa, pois este paradigma apresenta uma maior adequação, tanto à teoria da justiça de Rawls, quanto à teoria de justiça de Sen.

Porém, esse critério preferencial não determina que todos os casos de conflitos criminais sejam derivados para a justiça restaurativa. Isso porque, em uma prática de justiça restaurativa, os princípios e valores desse paradigma devem ser respeitados.

Um dos princípios da justiça restaurativa é a voluntariedade de participação. Por esse critério, somente os casos em que as partes envolvidas estejam dispostas a participar da prática restaurativa poderiam ser resolvidos por esse paradigma.

Outro princípio importante é a autorresponsabilização. Para que a justiça restaurativa seja aplicada, o autor do fato precisa reconhecer a existência do fato, sua responsabilidade e os danos causados à vítima e à sociedade. Caso o autor não assuma a responsabilidade pelas consequências do ato criminoso, a justiça restaurativa não poderá ser aplicada.

Dessa forma, o princípio da intervenção mínima do estado na solução dos conflitos criminais em um sistema amplo que utiliza os paradigmas restaurativo e retributivo seria alcançado na medida em que fosse priorizada, sempre que possível, a aplicação da justiça restaurativa, ficando a justiça retributiva com os casos em que a aplicação do paradigma preferencial não fosse possível.

Esse critério de priorização seria alcançado se, em todos os casos que aportassem no sistema formal de solução de conflitos, fossem apresentados os benefícios e possibilidades da justiça restaurativa às partes e fosse possibilitado que elas escolhessem qual o modelo paradigmático adotar para a solução de seus conflitos.

A forma de apresentação da justiça restaurativa deveria, ainda, respeitar os demais princípios dessas práticas, observando-se sempre a não dominação, o empoderamento, a obediência aos limites das sanções acaso impostas, a escuta respeitosa, o tratamento isonômico, a confidencialidade e a voluntariedade.

Somente após conhecer os benefícios e possibilidades da justiça restaurativa é que as partes deveriam escolher se aceitariam participar dessa forma de solução de conflitos, ou se preferem que o processo siga o rito formal da justiça retributiva.

Outra hipótese de aplicação da justiça retributiva são os casos em que não foi possível a formulação de um acordo restaurativo.

Como na justiça restaurativa as partes são livres para formular um acordo consensual de solução de conflitos que respeitem os princípios restaurativos, há uma possibilidade de o consenso não ser alcançado e não se forme, dessa maneira, um acordo que satisfaça as necessidades dos envolvidos.

Nesses casos, a justiça retributiva funcionaria como a *ultima ratio* para a solução do conflito criminal, aplicando suas disposições para a responsabilização do infrator.

Dessa forma, estabelecendo-se o respeito aos princípios e valores da justiça restaurativa e promovendo-se a priorização da aplicação deste modelo em detrimento da justiça retributiva, estar-se-ia a priorizar uma solução mais justa para os conflitos criminais.

Estabelecida essa prioridade da justiça restaurativa em relação à justiça retributiva, torna-se necessário verificar se as práticas adotadas respeitam, realmente, os princípios e valores do paradigma retributivo.

Como visto, a justiça restaurativa é formada por um conjunto de práticas que possuem o respeito aos princípios e valores como elemento comum. Assim, para uma prática ser considerada restaurativa, deve respeitar a principiologia restaurativa e promover a horizontalidade na solução dos conflitos criminais.

Diante disso, em uma aplicação concorrente entre as justiças restaurativa e retributiva, os princípios e valores do paradigma restaurativo devem conviver harmonicamente com o rígido procedimento formal do paradigma retributivo.

Independente da prática adotada, os valores apontados por Braithwaite devem ser respeitados: não dominação, empoderamento, obediência aos limites das sanções acaso impostas, escuta respeitosa, tratamento isonômico, confidencialidade e voluntariedade (Braithwaite, 2003).

Assim, parte fundamental da manutenção da aplicação concorrente dos paradigmas de justiça restaurativo e retributivo é o monitoramento das práticas de justiça restaurativa para se verificar a adequação do procedimento adotado a esse conjunto de princípios e valores orientadores do paradigma restaurativo.

Costa (2019) afirma que um dos desafios da justiça restaurativa é estruturar um modelo de monitoramento que tenha como foco as finalidades e dimensões da justiça restaurativa e o alinhamento com seus princípios e valores.

No relatório sobre a avaliação dos programas de justiça restaurativa publicado em 2006 pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), foram destacados dois grupos de finalidades atribuídas à justiça restaurativa: (i) institucional; e (ii) político-criminal (ILANUD, 2006).

A finalidade institucional está vinculada ao aperfeiçoamento das instituições de justiça, focando a análise sobre a satisfação das partes envolvidas no conflito criminal com a administração da justiça. Já a finalidade político-criminal destaca a redução do controle penal formal a partir de uma intervenção social transformadora e restauradora das relações comunitárias (ILANUD, 2006).

A partir da análise do relatório publicado pelo ILANUD, bem como de outros trabalhos sobre a temática, Costa (2019) desenvolveu um modelo de monitoramento das práticas de justiça restaurativa que se estrutura em 3 (três) dimensões: a dimensão relacional, a dimensão social e a dimensão institucional.

A dimensão relacional envolve os efeitos, diretos e indiretos, da solução restaurativa na vida das pessoas submetidas a essas práticas. Nessa dimensão se avalia a percepção dos participantes em relação ao crime, as relações interpessoais e a própria prestação jurisdicional:

É perceptível que passar por uma experiência restaurativa, via de regra, fomenta novos olhares sobre o conflito, bem como uma transformação na maneira como as partes compreendiam uma à outra; nesse sentido, devolver o conflito às partes, por meio de uma metodologia dialógica segura, provoca mudanças consideráveis de percepção que as levam a uma sensação de satisfação muito mais significativa do que quando se compara com o grau de satisfação em relação à prestação jurisdicional tradicional (Costa, 2019, p. 25-26).

A dimensão institucional refere-se ao aperfeiçoamento das instituições de administração da justiça, sejam elas pertencentes ao sistema formal de justiça criminal ou não. Nessa dimensão são avaliadas as mudanças mobilizadas pela aplicação da justiça restaurativa na própria ideia de fazer justiça e na percepção da justiça como um valor social (Costa, 2019).

Por fim, a dimensão social envolve os efeitos que a prática restaurativa promove na comunidade. Sendo a justiça restaurativa um motor de mudanças das relações sociais, o impacto de suas práticas não se limita as partes envolvidas no conflito criminal, podendo ser percebidos em níveis mais abrangentes:

O atingimento da dimensão social se dá por via reflexa do entrelaçamento entre as outras duas dimensões, visto que um maior grau de satisfação

das partes com a prestação do serviço jurisdicional acabaria, naturalmente, por provocar uma mudança de percepção dos próprios operadores e instituições do sistema de justiça, e, por fim, essa mudança positiva viria a impactar a percepção da sociedade como um todo sobre o sistema de justiça (Costa, 2019, p. 26-27).

Para Costa (2019) o monitoramento constante das práticas de justiça restaurativa permite avaliar se as práticas adotadas, seja pelo poder judiciário, seja pela comunidade, estão de acordos com a principiologia própria da metodologia restaurativa e promovem os benefícios que o paradigma restaurativo busca realizar.

Além desse objetivo, o monitoramento constante das práticas restaurativas aplicadas no contexto judicial permite que seja avaliado o potencial transformador dos programas de justiça restaurativa, impossibilitando que as práticas restaurativas sejam cooptadas pelo sistema retributivo:

O impacto mais audacioso que se pode esperar da estruturação e articulação da Justiça Restaurativa, em nível judiciário, mas, sobretudo, em nível comunitário e social, o que só se alcança a longo prazo, seria o atingimento do que se entende por sua finalidade político-criminal, conforme já apresentado. Um impacto dessa ordem requereria um programa de JR que articule essas três dimensões e consiga ir além de oferecer uma ferramenta de solução consensual de conflitos, sob pena, inclusive, de redução ou até mesmo perda do potencial transformador da JR, o que possibilitaria, em efeito oposto ao que se almeja, a cooptação de suas técnicas pelo sistema tradicional de controle, numa expansão deste (Costa, 2019, p. 24).

Um monitoramento constante estruturado nessas dimensões permite dois benefícios para uma aplicação concorrente das justiças restaurativa e retributiva: em um primeiro momento, destaca a necessidade constante de observância dos princípios e valores da justiça restaurativa; em um segundo momento, permite que uma vez constatado o afastamento da principiologia própria da justiça restaurativa, o sistema possa se adequar para corrigir as falhas e retomar seu potencial restaurador.

Do exposto, estabelecendo-se um critério de preferência da justiça restaurativa em relação à justiça retributiva, monitorando as práticas adotadas como defendida por Costa e promovendo-se a readequação das práticas quando identificados desvios dos princípios e valores da justiça restaurativa, tem-se que os programas híbridos, apesar de não serem o ideal, podem existir de forma satisfatória, aprimorando o sistema de justiça criminal e aumentando a sensação de justiça das partes envolvidas no sistema criminal, decorrente da própria participação destas na formulação da solução do conflito no qual estão envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça é um tema constante na análise filosófica dos agrupamentos sociais. Diversas são as teorias que abordam a justiça, seja de uma forma valorativa, indicando uma virtude, seja de forma procedimental, colocando-se o foco nas relações existentes dentro de uma sociedade.

De uma visão cosmológica, quando se relacionava com um padrão ideal existente no cosmos ou no mundo das ideias, a justiça passou a ser vista como uma decisão política fundamental, exigindo uma justificação racional e pública para sua caracterização.

Dentre os diversos autores que abordaram o tema da justiça, John Rawls é um dos que mais influenciaram o pensamento moderno sobre o tema. Sua teoria da justiça como equidade é pautada em uma ampliação da teoria contratualista tradicional e coloca definitivamente o tema da justiça no rol das decisões políticas de uma sociedade.

Para Rawls, a justiça seria alcançada com a criação de instituições idealmente justas que seriam capazes de regular uma sociedade perfeitamente ordenada. Essas instituições seriam acordadas pelas partes representativas da sociedade em uma posição original que é marcada pela utilização de um “véu da ignorância”.

O véu da ignorância pensado por Rawls é um limitador do conhecimento das partes sobre as características específicas da sociedade a que pertencem e da posição de cada uma delas nessa mesma sociedade. Esse dispositivo seria capaz de tornar as partes desinteressadas em termos que beneficiassem desproporcionalmente uma das partes no acordo original.

A partir desses pressupostos metodológicos, Rawls defende que as partes na posição original, utilizando da argumentação racional, chegariam a um acordo sobre os princípios de justiça que deveriam ser aplicados para a criação e manutenção de uma sociedade perfeitamente justa.

Apesar do brilhantismo da formulação de Rawls sobre a justiça, sua teoria não ficou imune a críticas. Um dos principais críticos de sua teoria foi o filósofo e economista indiano Amartya Sen.

Sen defende que a justiça não deve ser concebida em termos transcendentais e institucionais, como propôs Rawls, mas sim em termos concretos, observando-se as realidades vivenciadas pelas pessoas.

A ideia de justiça de Sen relaciona a liberdade e as oportunidades dos indivíduos para realizar concretamente suas capacidades. Como essas liberdades e oportunidades são distintas em razão da pluralidade de relações que se estabelecem em uma sociedade, os princípios de justiça deveriam ser tão múltiplos quanto essas relações.

Dessa maneira, a partir da teoria da justiça de Sen, a análise da justiça deve ser realizada em termos concretos, comparando-se as possibilidades igualmente válidas para se escolher aquela em que a liberdade e oportunidade das partes promovam o máximo de realizações de suas capacidades.

Observou-se, a partir da análise das teorias de Rawls e de Sen, que, enquanto Rawls propõe que um único conjunto de princípios é capaz de revelar a justiça em uma sociedade, Sen admite que múltiplos critérios possam ser utilizados para se revelar a mesma justiça.

Essa observação sobre a filosofia da justiça de Rawls e de Sen foi transportada para a análise da justiça criminal.

O conflito criminal é entendido de maneira diversa a partir do paradigma que se utiliza para formatar o conhecimento sobre o tema. Apesar de não serem os únicos, atualmente, muito se fala sobre os paradigmas retributivo, que é o dominante, e sobre um paradigma emergente, o restaurativo.

No paradigma retributivo, o crime é visto como uma violação da lei formal instituída pelo Estado, que se apropria da posição da vítima e da exclusividade do direito de punir. A punição, que é aplicada após um processo formal de responsabilização, é muitas vezes uma pena aflictiva e não há uma preocupação direta com as necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade que foram afetadas pelo conflito criminal.

Já no paradigma restaurativo, o crime é visto como uma violação de relações sociais que causam danos a vítima, ao ofensor e a comunidade. Esses danos precisam ser reparados e as relações restauradas para que a justiça seja feita em relação ao conflito criminal. Essa justiça é alcançada a partir de um procedimento informal, que restitui o protagonismo das partes afetadas e gera um

acordo que busca, além da responsabilização do ofensor, a satisfação das necessidades de todos os envolvidos.

Emulando-se as condições propostas por Rawls para a posição original, observou-se que as partes representativas da sociedade escolheriam o paradigma restaurativo como forma de solução dos conflitos criminais, uma vez que esse paradigma apresenta uma maior abrangência em relação aos critérios utilizados para uma escolha desinteressada em condições de equidade.

De igual forma, quando se realiza uma análise da liberdade e oportunidade para a realização das capacidades dos indivíduos, o paradigma restaurativo também seria escolhido pela metodologia comparativa proposta por Amartya Sen.

Ocorre que a mudanças paradigmáticas não são instantâneas e precisam serem acompanhadas de uma mudança cultural para que se tornem efetivas. Nesse percurso, não raro, os paradigmas conflitantes permanecem ativos no campo de disputa. É o que acontece atualmente com os paradigmas restaurativo e retributivo de aplicação da justiça criminal.

Apesar de possuírem fundamentos e princípios diversos, atualmente, as práticas restaurativas vêm sendo aplicadas em contextos judiciais de administração da justiça criminal. Essas práticas envolvem um modelo “híbrido”, no qual coexistem práticas restaurativas e práticas retributivas.

Essa aplicação híbrida não seria aceita pela justiça como equidade de Rawls, por implicar na utilização de mais de um conjunto de princípios de justiça. Porém, a partir da ideia de justiça de Amartya Sen essa aplicação se torna completamente possível.

Impossibilitada a ruptura do paradigma retributivo, a aplicação concorrente do paradigma restaurativo com o retributivo se mostra uma opção que maximizaria as liberdades e oportunidades dos indivíduos em realizar suas capacidades e satisfazer suas necessidades de forma mais ampla que na aplicação do paradigma retributivo isoladamente.

Assim, apesar de não ser a solução ideal em nenhuma das duas teorias de justiça analisadas, a aplicação concorrente das justiças restaurativas e retributivas se mostra uma opção aceitável e comparativamente mais adequada pela teoria da justiça de Amartya Sen.

Essa opção de aplicação concorrente, contudo, precisa ser cuidadosa, pois na disputa paradigmática sempre existe a possibilidade do paradigma dominante cooptar o paradigma emergente, transmutando os princípios do paradigma emergente para se adequar as formulações já concebidas no interior do paradigma dominante.

Diante dessa questão, promoveu-se uma análise dos requisitos para que essa coexistência dos paradigmas divergentes fosse harmônica e impossibilitasse a cooptação do paradigma emergente pelo dominante.

Um primeiro requisito se direciona ao respeito ao conjunto de princípios e valores da justiça restaurativa. Esses princípios e valores precisam ser respeitados para que o potencial restaurador das práticas seja alcançado. Sem o respeito a essa principiologia, as práticas seriam apenas “pseudo-restaurativas” e poderiam ser facilmente cooptadas pelo sistema formal de imputação criminal.

Além disso, é preciso que as práticas formais retributivas no sistema criminal sofram uma limitação para que se abra espaço para o potencial restaurador das relações.

Nesse sentido, conclui-se pela necessidade de reinterpretação do princípio da intervenção mínima para indicar que a justiça estatal retributiva só deve ser aplicada para os casos em que a justiça restaurativa não seja possível, pois as partes, após conhecerem os benefícios e possibilidades da justiça restaurativa optem por não participar desse modelo, ou quando o acordo restaurativo não seja possível.

Outro requisito importante é a criação e manutenção de modelos de monitoramento das práticas aplicadas. O monitoramento das práticas permite destacar a necessidade constante de observância dos princípios e valores da justiça restaurativa, bem como possibilita que, uma vez constatado o afastamento da principiologia própria da justiça restaurativa, o sistema possa se adequar para corrigir as falhas e retomar seu potencial restaurador.

Esses requisitos (o respeito aos princípios e valores da justiça restaurativa, a limitação das práticas retributivas da justiça formal e o monitoramento constante das práticas aplicadas) permitem que os paradigmas restaurativo e retributivo possam coexistir forma harmônica, possibilitando que a justiça restaurativa não apenas

restaure as relações afetadas pelo delito, mas restaure a própria aplicação da justiça criminal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **Justiça restaurativa comunitária: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem-MG**. Tese (Doutorado em Direito). UFMG, Belo Horizonte, 2019.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARNETT, Randy. E. **Restitution: a new paradigm for criminal justice**. *Ethics*, v. 87, n. 4, p. 279-301, 1977.

BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BERISTAIN, Antônio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John. **Principles of restorative justice**. In: VON HIRSCH, A., et al. *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20. Disponível em: https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/05/2003_Principles-of-Restorative-Just.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRAITHWAITE, John. **Shame and Criminal Justice**. *Canadian journal of criminology*, Toronto, v. 42, n. 3, p. 281-298, 2000. Disponível em: https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Shame_Criminal_2000.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/>

jspui/bitstream/123456789/509/1/Justi%c3%a7a%20Restaurativa.pdf. Acesso em 20 de dezembro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/handle/123456789/407>. Acesso em 20 de dezembro de 2023

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**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado21110320220_61062a_3b36793e56.pdf. Acesso em 01 de dezembro de 2023.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARVALHO, Amanda Navarro de. **A viabilidade de aplicação da justiça restaurativa ao sistema penal brasileiro**. Monografia. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo; ANCHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro**. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Volume 42. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2021.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as property**. In: The British Journal of criminology, v. 17, n. 1, p. 1-15, january 1977

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. **Justiça restaurativa como síntese: pertencimento, redesenho do papel do estado e o novo sentido do justo**. In: COSTA, Daniela Carvalho Almeida da (organizadora). Primavera restaurativa: coletânea em homenagem à Kay Pranis. Curitiba: Editora CRV, 2023, p. 134-168.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. **Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna?** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226>. Acesso em: 20 de junho de 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.54226>.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; PACHECO, Rubens Lira Barros. **O princípio da confidencialidade na Justiça Restaurativa: interfaces com o processo penal**. São Cristóvão: Editora UFS, 2022.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida. da. **Monitoramento da Justiça Restaurativa em três dimensões**. Desenho a partir da experiência das práticas restaurativas da 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju (adolescentes em conflito com a lei). São Cristóvão: Editora UFS, 2019.

CRUZ, Anna Beatriz Machado. **Princípios de Valores da Justiça Restaurativa: um estudo sobre o alinhamento do Projeto-piloto da 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju aos princípios e valores restaurativos**. Monografia. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, 2021. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/14525/2/Anna_Beatriz_Machado_Cruz.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2023.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5ª edição. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIOUF, Benjamin. **Os conflitos sociais na África antiga e suas resoluções**. In: Heródoto, Unifesp, Guarulhos, v. 3, n. 2, Dezembro, 2018. p. 45-57.

DOMINGOS, Terezinha Oliveira. **A teoria da justiça**. Revista do Curso de Direito da Escola de Gestão e Direito da Universidade Metodista de São Paulo. Volume 4. Número 4. 2007. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/526/524>

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

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Vozes, 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912 – 1914)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Editora Schwarcz, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1989.

GÜNTHER, Klaus. **Responsabilização na sociedade civil**. Novos Estudos, n. 63, 2002, p. 105-118.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat De. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

ILANUD. **Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa**. ILANUD/BRASIL. Relatório Final. 31 de janeiro de 2006

JACCOUD, M. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: DE VITTO, R. C. P.; SLAKMON, C.; PINTO, R. S. G. (Orgs). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 163-188.

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

JAKOBS, Günther. **Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity**. Buffalo Criminal Law Review, v. 7, p. 492-510, 2004.

JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins e Bruno Nadai. Petrópolis: Vozes, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Pela abolição do sistema penal**. In: PASSETTI, Edson (organizador). Curso livre de abolicionismo penal. p. 69-107. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

KURKI, Leena. **Evaluating Restorative Justice Practices**. In: VON HIRSCH, Andrew et al (org.). *Restorative Justice and Criminal Justice*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

LEITE, Lucas Romero; GRAF, Paloma Machado. **Justiça Restaurativa, Criminologia Crítica e Cooptação Liberal: possíveis contributos da teoria marxista a uma justiça restaurativa crítica**. Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas. Volume 29. p. 1-14. 2021.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim & BOWEN, Helen. **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: Uma Abordagem Baseada em Valores**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

Marshall, Tony F. **Restorative Justice: An Overview**. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999. Disponível em: http://www.antoniocasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf. Acesso em 10 de novembro de 2023.

MELO, Rezende Eduardo. **Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

MILL, John Stuart. **A liberdade. Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Cortez, 2000.

NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks; DERBY, Jonathan; PARKER, L. Lynette. **Restoring justice: an introduction to restorative justice**. 6ª edição. Nova Iorque: Routledge, 2022.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes; SANTOS, Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos. **A ideia de justiça em Amartya Sen e o paradigma restaurativo: caminhos para o constitucionalismo do futuro**. Anais do XIII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea. Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16945>. Acesso em 23 de dezembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa**. Segunda Edição. Viena, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2023.

PACHECO, Rubens Lira Barros. **Justiça restaurativa, responsabilidade e crimes patrimoniais: o desafio de superação do paradigma etiológico**. Dissertação (mestrado). São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, 2019. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/16247>. Acesso em 10 de dezembro de 2023.

PALLAMOLA, Raffaella Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. Tese (doutorado). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

PALLAMOLA, Raffaella Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PIRES, Álvaro P. **La “Línea Maginot” en el Derecho Penal: la protección contra el crimen versus la protección cotral el Príncipe**. In: Nueva Doctrina Penal, 2001, pp.68-96.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. In: NOVOS ESTUDOS N.º 68. Março de 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2023.

PLATÃO. **República**. Tradução de Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2002.

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

PRANIS, Kay; STUART, Barry; WEDGE, Mark. **Peacemaking circles: from crime to community**. St. Paul: Living Justice Press, 2003.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. CARDOSO NETO, Vilobaldo; BRITO, Anne Caroline Rodrigues da Silva. **Justiça Restaurativa Comunitária: caminhas para emancipação da justiça**. Revista Culturas Jurídicas, volume 9, número 23, maio/agosto de 2022.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROBERTS, Ann Warner. **Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice?** In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). *Critical Issues in Restorative Justice*. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3ª edição. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia corporativa**. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Malum passionis. Mitigar a dor do Direito Penal**. Tradução de Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.

SANTANA, Sérgio Carvalho de. **Audiência de custódia com diversificação para a justiça restaurativa fundamentada em esboço teórico de bens jurídicos relacionais: modelo com potencial de redução da superlotação carcerária no Brasil**. Tese (doutorado). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5ª edição. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra, 2014.

SCHAEFER, Richard T. **Sociologia**. 6ª Edição. São Paulo: McGraw Hill, 2006.

SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. Tradução: William Lagos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Madri: Editorial Colex, 2001.

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

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

SILVA NETO, Sertório de Amorim e. **O que é um paradigma?** In: Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, Volume 45, Número 2, p. 345-354, Outubro de 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5721990/mod_resource/content/1/O%20que%20e%20Paradigma.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Tradução de Lya Luft. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos**. São Paulo: CLA Cultural, 2018.

SULLIVAN, Dennis e TIFF, Larry. **Handbook of Restorative Justice**. New York, Routledge, 2006.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Trampolim, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Da União Europeia. **Decisão n.º 10575/02. Cria uma Rede Europeia de Pontos de Contato Nacionais para Justiça Restaurativa**. 2002. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf. Acesso em 01 de dezembro de 2023.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Nova Iorque: Routledge, 2012.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Volume I. Brasília: Editora UNB, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **O Direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al.. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa. Teoria e Prática.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. Retributive Justice, Restorative Justice. **New perspectives on crime and justice: occasional papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and the MCC U.S. Office of criminal justice**, Kitchener. Ontario, n. 4, september 1985.

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