RESTAURAR OU PUNIR: QUAL A OPÇÃO MAIS EFETIVA?[1]

Ivair Fernandes Rastirolla

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise do Sistema de Justiça Criminal, mais especificamente do Sistema de Justiça Criminal tradicional, de caráter punitivo/retributivo, e do Sistema de Justiça Restaurativa para, a partir de uma conceituação de ambos os sistemas compará-los, analisar pontos positivos, negativos e de convergência entre ambos visando, ao final da pesquisa poder concluir se entre esses dois sistemas um se apresenta mais efetivo que o outro e, em caso positivo, qual deles seria o sistema mais efetivo para a solução da problemática da criminalidade e dos conflitos de viés criminal nas sociedades da atualidade, bem como para o aperfeiçoamento e crescimento de uma cultura de maior prevenção, restauração e de paz social.

Palavras-chave: Sistema de Justiça. Justiça Criminal. Justiça Restaurativa.

1 INTRODUÇÃO

Ao se abordar a temática da Justiça Criminal no Brasil, confrontando o modelo tradicional de Justiça Criminal, de viés Retributivo e Punitivista com o modelo de Justiça Restaurativa, o ponto comum das análises é a inevitável comparação de ambas como sendo uma a contraposição necessária da outra, como se para existir a Justiça Restaurativa devesse ser eliminado o modelo tradicional de forma absoluta.

Mas será que essa é a única visão existente sobre o tema? E, em aceitando que não seja a única, é a mais adequada? Que a Justiça Restaurativa surgiu como um modelo a preencher lacunas e suprir necessidades deixadas sem atendimento pelo modelo tradicional de Justiça Criminal não restam

1 Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Gestão Pública, Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa sob a orientação da Profª Mestra Patrícia Santos e Costa.

dúvidas. Porém, será que a intenção dos teóricos que trazem as maiores contribuições à Justiça Restaurativa é realmente essa?

É na análise dessas questões que será construído o presente artigo: a tentativa de compreender se Justiça Restaurativa é o necessário e extremo contraponto do modelo tradicional de Justiça Criminal e se para a Justiça Restaurativa ser aplicada há necessidade do completo abandono do modelo tradicional de Justiça Criminal.

2. JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA: INICIANDO A CONVERSA

O sistema de justiça criminal brasileiro tem por premissa básica a lógica do encarceramento. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)[2], os números relativos ao 1º semestre/2020 apontam um total de 702.069 (setecentos e dois mil, sessenta e nove) pessoas encarceradas, sendo que deste quantitativo a soma de 209.257 (duzentos e nove mil, duzentos e cinquenta e sete) pessoas estão encarceradas na condição de presos provisórios.

Morgado[3] questiona: “Por que subtrair tempo de vida de um indivíduo e não aplicar outras formas de censura menos violentas, as quais reforçariam do mesmo modo a validade do ordenamento?”

Considerando que os dados do DEPEN também apontam um déficit de vagas no sistema prisional, relativo ao 1º semestre/2020 de 231.768 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e sessenta e oito) vagas, o questionamento da professora Morgado conduz a profundas reflexões.

É consenso entre os estudiosos da área que o sistema de justiça criminal, em seu modelo retributivo-punitivo, encontra-se estrangulado e não tem conseguido cumprir a missão que supostamente seria sua, qual seja, a de recuperação dos sujeitos privados de liberdade.

---

2 https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen – *link* Informações Gerais. Acesso em 11 abr 2021.

3 MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo:** em busca de um modelo adequado de justiça criminal. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 89. [grifo da autora]

Paralelo ao sistema de justiça criminal tradicional vem se desenvolvendo um robusto referencial teórico com aplicações práticas de muito sucesso, em países como Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia, entre outros, denominado justiça restaurativa.

O modelo restaurativo de justiça tem como marco inicial a década de 1970 e surge como alternativa "à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, e trouxe consigo a promessa de uma maneira mais construtiva de *fazer justiça.*"[4] (grifo no original) e "tem como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal a partir de uma abordagem voltada precipuamente para a vítima, e não para o ofensor."[5]

Para Zehr[6]:

> O movimento de Justiça Restaurativa começou como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo. Os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal corrente. Observaram também que é por demais restritiva a visão prevalente de quais são os legítimos participantes ou detentores de interesses no processo judicial.
> A Justiça Restaurativa expande o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou caso) ampliando-o para além do Estado e do ofensor a fim de incluir também aqueles diretamente vitimados e os membros da comunidade.

Nesta seara, pretende-se com este trabalho realizar uma análise entre o sistema de justiça criminal tradicional, de viés retributivo/punitivo e o sistema de justiça restaurativa para, então, responder à questão "restaurar ou punir: qual a opção mais efetiva?"

---

4 ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal: Contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro**. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/18.pdf >. p. 8. Acesso em 26 mai. 2020.

5 ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal: Contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro**. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/18.pdf >. p. 8. Acesso em 26 mai. 2020.

6 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2017. p. 27.

2.1. O MODELO CRIMINAL RETRIBUTIVO/PUNITIVO

O modelo de justiça criminal adotado por um Estado é materializado, na prática, por seu sistema penal. Este, por sua vez, é composto pelo conjunto de atores envolvidos na sua operacionalização.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar[7] entendem o sistema penal como sendo "*o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção*."

As regras para atuação dos operadores do sistema penal estão descritas no conjunto normativo denominado Direito Penal e Direito Processual Penal. Este é compreendido como sendo um instrumento de contenção do poder punitivo estatal. Neste sentido, leciona Lopes[8]:

> Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal[…].

Contudo, apesar de sua destinação teórica como um elemento de contenção do poder punitivo estatal, a realidade fática se mostra diversa. A teoria das finalidades do Direito Penal e Processual Penal caminha em um sentido, sua prática operacionaliza-se em outro. Nesta senda, leciona Batista[9]:

> Assim, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingido igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.[…] O sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade […] quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal de apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana […] quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.[…]

---

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 60.

8 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 33.

9 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 25. (grifos do autor)

Além de sua apresentação como um instrumento de contenção do poder punitivo estatal, o sistema de justiça penal também é apresentado, no Brasil, como um instrumento de aplicação da pena, da punição, que teria por finalidade a recuperação do apenado. Assim é que se apresenta uma das finalidades da pena na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 1º[10]: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e ***proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado***."

Porém, todo o ideário de que a punição tem por finalidade a recuperação do apenado vai por terra ao se constatar a realidade vivida no sistema prisional brasileiro. Sobre essa realidade, discorre Prudente[11]:

> […]
> Vive-se uma situação de pré-civilização no sistema carcerário. Constatam-se péssimas condições sanitárias (v.g. um chuveiro e um vaso sanitário para vários detentos) e de ventilação; colchões espalhados pelo chão (obrigando os detentos a se revezarem na hora de dormir); superpopulação (falta de vagas, inclusive em unidades provisórias); má alimentação; abandono material e intelectual; proliferação de doenças nas celas; maus tratos; ociosidade; assistência médica precária; pouca oferta de trabalho; analfabetismo; mulheres junto com homens, já que a oferta de vagas para mulheres é muito baixa; homens presos em contêineres. Há desproporcionalidade na aplicação de penas; mantêm-se prisões cautelares sem motivação adequada e por mais tempo do que o previsto; falta Defensória Pública eficaz, pois muitos presos que já poderiam estar soltos continuam presos, já que não têm dinheiro para contratar um bom advogado. Contudo, quando se observa a realidade das mulheres em estabelecimentos prisionais, as dificuldades são ainda maiores, pois o Estado não respeita as especificidades femininas, como necessidade assistência médica durante a gestação, de acomodações destinadas à amamentação e na quase ausência de berçários e creches.

Dessa realidade à qual são submetidos os indivíduos privados de liberdade, o resultado efetivamente é o oposto à recuperação idealizada no ordenamento jurídico, como também aponta Prudente[12]:

---

10 BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 11 maio 2021. (grifamos)

11 PRUDENTE, Neemias Moretti. **Sistema prisional brasileiro:** desafios e soluções. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes/ > p. 311. Acesso em 11 maio 2021.

12 PRUDENTE, Neemias Moretti. **Sistema prisional brasileiro:** desafios e soluções. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes/ > p. 313. Acesso em 11 maio 2021. (grifamos)

> No Brasil, a (alta) taxa de reincidência criminal situa-se em torno de 70% (ante 16% na Europa). Como não há reeducação (aprimoramento humano e profissional), quando voltam ao convívio social, geralmente se enveredam novamente no crime. Torna-se um ciclo, pois, quanto mais gente se prende, mas potenciais presos estão sendo formados, mas com o diferencial de que a cadeia os "aprimorou" para o crime (escolas do crime). Assim, quando o preso sai da cadeia, vamos nos deparar com alguém mais perigoso, embrutecido e, obviamente, sem nenhuma condição de acesso ao mercado de trabalho. O estigma de cometer um delito acompanha o ex-detento por toda a vida e geralmente chega ao ouvido dos futuros patrões, inviabilizando a possibilidade de trabalho. A falta de oportunidades reserva basicamente uma única opção ao ex-presidiário: voltar a infringir a lei quando retorna ao convívio social. É como se a sociedade o empurrasse novamente para o mundo do crime. Há um preconceito de toda a sociedade. **Isso tudo, sem dúvida, torna muito pouco provável a reabilitação**. Triste realidade.[…]

Diante de todo o exposto, percebe-se que o sistema de justiça criminal tradicional, com seu viés punitivo/retributivo, está longe de atingir as finalidades que lhe são supostamente atribuídas de recuperação e integração social dos apenados, bem como não tem demonstrado efetividade em reduzir os índices de criminalidade, incrementar a sensação de segurança na sociedade e efetivamente contribuir para a construção de uma cultura de não-violência.

Em razão da falência desse sistema, diversos estudiosos das ciências criminais debruçam-se sobre teorias de sistema de justiça que possam atingir esses objetivos. Um desses sistemas é o sistema de justiça restaurativa, objeto de análise da próxima seção deste trabalho.

2.2. O MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA CRIMINAL

A justiça restaurativa é apresentada como proposta mais adequada à justiça criminal tradicional para aplicação nas situações que envolvam crimes ou delitos, pois em sua proposta busca abarcar todos os atores envolvidos naquela situação – vítima, ofensor e comunidade – de forma a reestabelecer o que foi rompido no corpo social com a prática do ato delituoso e possibilitar uma nova visão sobre o delito, visão essa que se pretende mais apta a

satisfazer as necessidades dos envolvidos, particularmente da vítima e da comunidade.

Quando se fala em justiça restaurativa, é inevitável remeter-se à figura de Howard Zehr, considerado uma das maiores referência em justiça restaurativa, por tê-la sistematizado através do estabelecimento de princípios e valores a partir dos quais é possível compreender o que é e o que pretende a Justiça Restaurativa.

Zehr[13]relaciona como sendo os três princípios ou pilares sobre os quais se funda a justiça restaurativa:

> **1. A Justiça Restaurativa tem foco no *dano cometido*.**
> A Justiça Restaurativa vê o crime primordialmente como um dano causado a pessoas e comunidades. […] Mas na Justiça Restaurativa, ao colocar o foco no dano, surge uma preocupação inerente com as necessidades da vítima e o seu papel no processo.
> [...]
> **2. Males ou danos resultam em *obrigações.***
> Por isso, a Justiça Restaurativa enfatiza a imputação e a responsabilização daqueles que causaram danos.
> No âmbito legal, responsabilizar significa assegurar-se de que o ofensor seja punido. No entanto, se o crime for visto essencialmente como um dano, a responsabilização significa que o ofensor deve ser estimulado a compreender o dano que causou. Aqueles que causaram o dano devem começar a entender as consequências de seu comportamento.
> [...]
> **3. A Justiça Restaurativa promove *engajamento ou participação*.**
> O princípio do engajamento sugere que as partes afetadas pelo crime – aqueles que foram vitimados, aqueles que ofenderam e membros da comunidade – desempenham papéis significativos no processo judicial. Tais "detentores de interesses" precisam receber informações uns sobre os outros e envolver-se na decisão do que é necessário para que se faça justiça em cada caso específico.
> […]

A partir desses três princípios, vê-se que a proposta trazida pela justiça restaurativa quebra radicalmente com os paradigmas da justiça criminal tradicional, de viés punitivo: ao invés da lei infringida, o foco passa a ser o dano cometido; ao invés da preocupação com a pena a ser aplicada, busca-se a compreensão da obrigação que surge como consequência dos danos causados; e ao invés de um magistrado ou tribunal determinando uma penalidade, o engajamento e a participação de todos os envolvidos para a recomposição do que foi violado.

---

13 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015. p. 38-40. (grifos do autor)

Além da exposição detalhada dos princípios da justiça restaurativa, exposto praticamente na íntegra na citação acima, Zehr[14] apresenta um resumo magistral que interliga e expõe de forma clara o que se pretende atingir com esses princípios:

> Portanto, a Justiça Restaurativa e ergue sobre três pilares ou elementos simples: ***os danos e as consequentes necessidades*** (dos vitimados em primeiro lugar, mas também da comunidade e dos que causaram dano); ***as obrigações*** (do ofensor, mas também da comunidade) que advém do dano (e que levaram ao dano); e ***o engajamento*** daqueles que detêm legítimo interesse no caso e na sua solução (os prejudicados, os que causaram dano e membros da comunidade). Ross London argumenta que "a alma da Justiça Restaurativa é o esforço para reparar o dano causado pelo crime."
> Eis, em resumo, um esqueleto sumário da Justiça Restaurativa. Apesar de inadequado se considerado isoladamente, ele oferece uma estrutura a partir da qual se pode construir uma compreensão mais plena.

Contudo, além dos três princípios ou pilares basilares da justiça restaurativa, uma relação de valores (igualmente chamados de princípios, ou também de indicadores) que permeiam a aplicação prática desse modelo de justiça nos é trazida por Zehr[15]:

> 1. Foco nos danos causados pela transgressão, e não nas leis infringidas.
> 2. Ter igual preocupação e compromisso com vítimas e ofensores, envolvendo a ambos no processo de fazer justiça.
> 3. Trabalhar pela recuperação das vítimas, empoderando-as e atendendo às necessidades que elas manifestam.
> 4. Apoiar aos ofensores e ao mesmo tempo encorajá-los a compreender, aceitar e cumprir suas obrigações.
> 5. Reconhecer que, embora difíceis, as obrigações do ofensor não devem ser impostas como castigo, e precisam ser exequíveis.
> 6. Oferecer oportunidades de diálogo, direto ou indireto, entre os que sofreram dano e aqueles que o provocaram, conforme parecer adequado à situação.
> 7. Encontrar um modo significativo para envolver a comunidade e tratar as causas comunitárias do crime.
> 8. Estimular a colaboração e reintegração daqueles que sofreram o dano e daqueles que o provocaram ao invés de impor coerção e isolamento.
> 9. Dar atenção às consequências não intencionais e indesejáveis das ações e programas de Justiça Restaurativa.
> 10. Mostrar respeito por todas as partes envolvidas: os que sofreram dano, os que o causaram, seus amigos, entes queridos e colegas da área jurídica.

---

14 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015. p. 40-41. (grifos do autor)
15 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015. p. 57-58.

Além de toda essa exposição trazida a efeito por Howard Zehr e que conduz a profundas reflexões, uma sucinta definição do que propõe a justiça restaurativa é apresentada por Morgado[16]: “A justiça restaurativa apresenta-se precisamente como uma nova forma de festão de situações problemáticas. Trata-se de um caminho menos violento do que o sistema criminal tradicional[…]”

Entendidos os princípios, valores e a que se propõe a justiça restaurativa, resta a pergunta: e qual a proposta que a justiça restaurativa apresenta para a solução dos problemas que a justiça criminal tradicional não consegue equacionar?

Inevitável, para responder a esse questionamento, recorrer mais uma vez a Zehr[17]:

> Venho argumentando que a punição não deveria ser o foco da justiça. Mas haveria lugar para algum tipo de punição dentro do conceito de justiça restaurativa? Com certeza opções como a restituição serão entendidas como punição por alguns, embora uma punição mais merecida e lógica. Num grande estudo realizado sobre a VOC[18]os ofensores descreveram o resultado como punição, porém vista por eles como mais positiva do que a punição tradicional. Talvez a terminologia punitiva tenha surgido devido à nossa falta de termos alternativos (embora tenha havido quem usasse a expressão “corrigir os erros” para descrever a justiça). No entanto, é doloroso assumir responsabilidades, e isso é algo necessariamente compreendido como punição – da mesma forma que é doloroso o isolamento de pessoas consideradas perigosas, mesmo que nas melhores condições de isolamento.
> […]
> A dor deve ser inflingida apenas como punição, não como forma de atingir outros objetivos, como reabilitação ou controle social.
> […]
> Talvez seja impossível eliminar inteiramente a punição dentro da abordagem restaurativa, mas ela não deve ser normativa, e sua utilização e propósitos deveriam ser indicados com cuidado.

O primeiro aspecto que chama a atenção desses trechos de Zehr é que, diferentemente do que paira no juízo do senso comum, a justiça restaurativa não pretende, de forma alguma, isentar ofensores de responsabilidade e, muito menos, da punição que porventura seja necessária

16 MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo:** em busca de um modelo adequado de justiça criminal. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p 33.
17 ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** justiça restaurativa para o nosso tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018. p. 212-213.
18 **VOC**: do termo inglês *Victim Offender Conferencing* (Conferência Vítima-Ofensor, em português).

(e mesmo a assunção de responsabilidade pode ser considerada punição, conforme lecionou o ilustre professor).

Porém, essa punição não deve se basear em processos que causem dor e, menos ainda, que causem dor como forma de atingir objetivos outros como o controle social, por exemplo.

Mas, se a justiça restaurativa não garante que o elemento punição seja eliminado integralmente, o que ela traz de diferente?

Cabe lembrar que a justiça restaurativa não é uma teoria ou uma prática, mas, um conjunto de práticas em constante aprimoramento, visando uma forma mais humana e eficiente de solução de conflitos e construção de uma cultura de não violência.

Ao ser confrontado com a perspectiva de que a justiça restaurativa seja um modo de vida, uma cultura a ser fomentada, passado o impacto inicial dessa ideia, sintetiza Zehr[19]:

> A justiça restaurativa, por outro lado, oferece um sistema de valores inerentemente positivo e relativamente coerente. Ela traduz uma visão do bem e de como queremos conviver. Semelhante a muitas tradições religiosas e indígenas, a justiça restaurativa se funda no pressuposto de que, como indivíduos, estamos todos interligados, e o que fazemos afeta todas as outras pessoas e vice-versa. Assim, os princípios básicos da justiça restaurativa constituem orientações que a maioria de nós gostaria que regessem o nosso convívio diário. A justiça restaurativa nos faz lembrar da importância dos relacionamentos, nos incita a considerar o impacto de nosso comportamento sobre os outros e as obrigações geradas pelas nossas ações. Ela enfatiza a dignidade que todos merecemos. Talvez, portanto, a justiça restaurativa de fato sugira um modo de vida.

Percebe-se, desta forma, que enquanto a justiça criminal tradicional, retributiva, tem foco exclusivamente na lei infringida e na punição que será decorrente dessa infração, a justiça restaurativa volta-se para os danos causados, para as necessidades que não foram atendidas, para a reparação do que foi rompido e, indo além, na construção de um modo de vida, de uma cultura que seja socialmente ecológica, sustentável em termos de relações e não violenta por essência.

---

19 ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** justiça restaurativa para o nosso tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018. p. 251.

2.3. RESTAURAR OU PUNIR: QUAL A OPÇÃO MAIS EFETIVA?

A binariedade é uma constante na natureza humana. Com frequência busca-se a solução para a imensa maioria das situações vivenciadas com base no dualismo “ou isso, ou aquilo”.

Quando se apresenta uma comparação entre um sistema de justiça criminal de viés retributivo, punitivo, e um sistema de justiça restaurativa, obviamente a tendência é que se caia nesse questionamento: mas então, justiça retributiva ou justiça punitiva?

E o pensamento científico nos ensina que em questões dessa profundidade, não há espaço para uma resposta com tal carga de simplicidade, uma escolha simples e arbitrária.

É necessário um aprofundamento – muito maior do que o exposto neste trabalho – e uma abertura de visão para buscar verificar onde o modelo retributivo não apresenta mais efetividade e onde ambas as visões – retributiva e restaurativa – possuem pontos positivos que podem ter traços em comuns fortalecendo-se mutuamente.

Um primeiro passo é alterar a visão do que seja a pena.

Na lição de Foucault[20]: “[…] Abandonar em primeiro lugar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (se não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos […]”

Criou-se a ideia, a ilusão, de que a pena – como a conhecemos – exerce uma forma de repressão de delitos. Na verdade, historicamente a pena atende a interesses políticos, variáveis de época a época, mas, sempre como pano de fundo o controle social.

Eliminada a ideia de que a pena é o elemento que reprime e que extermina o cometimento de delitos, há necessidade de repensar o papel

20 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 28.

desempenhado pelas prisões e pelo exercício da pena dentro dessas instituições.

A respeito da busca de outra visão sobre o papel das prisões, encontramos uma reflexão nos escritos de Prudente[21]:

> Sabemos que no País já existe esforço para aplicar as penas alternativas e conscientizar sobre a importância e necessidade delas, mas, ainda assim, continuam sendo a exceção. Os crimes de menor gravidade, inclusive contra o patrimônio, são punidos com prisão, havendo grande mistura entre os detentos. Com isso, as penitenciárias tornam-se as verdadeiras escolas do crime. **Na verdade, quando os juízes justificam a não substituição em nome do temor, da gravidade do delito, do risco à sociedade, etc., estão demonstrando a falta de estrutura do Judiciário (do Estado como um todo)** na fiscalização do cumprimento das penas alternativas. **Sem dúvida é mais cômodo e barato pagar um carcereiro para cuidar de um cadeado do que investir nas centrais de atendimento, na capacitação de funcionários e no exercício da cidadania.** Como construir e manter cadeia não dá voto e prestígio aos governantes, eles não estão nem aí com a desgraça prisional.
> A aplicação da pena alternativa deve ser a regra. **A prisão deve ficar no lugar que lhe cabe: o de exceção. Não adianta insistir no erro, ou seja, acreditar que sanções mais rigorosas, menos benefícios, ampliação do número de vagas prisionais, resolverão o problema. É exatamente isso que está levando o sistema prisional ao colapso, à falência total, a uma verdadeira bomba-relógio prestes a explodir. Há muito se chegou à conclusão de que o problema da prisão é a própria prisão.**

Dessas perspectivas outro olhar sobre pena e prisão é possível perceber que não há necessariamente um olhar abolicionista dentro da justiça restaurativa. Pode existir, mas, não é requisito essencial.

Também a justiça restaurativa não pretende dispensar a necessidade de um sistema judicial. Nesse sentido, escreve Zehr[22]:

> É essencial ter um sistema jurídico. Os direitos humanos e o princípio do devido processo legal devem ser preservados. É preciso ter um sistema para identificar aqueles que cometeram crimes. Ações más precisam ser nomeadas e denunciadas. O estado de direito e o devido procedimento legal são vitais. No entanto, podemos certamente ser mais restaurativos no tocante ao seu foco e função.

---

21 PRUDENTE, Neemias Moretti. **Sistema prisional brasileiro:** desafios e soluções. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes/ > p. 314-315. Acesso em 11 maio 2021. (grifamos)
22 ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** justiça restaurativa para o nosso tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018. p. 249.

Finalmente, sobre a escolha entre justiça retributiva e justiça restaurativa, é novamente nas palavras do maior referencial que encontraremos valiosas reflexões. Extraímos da obra de Zehr[23] que:

> A teoria retributiva crê que a dor vindicará, mas na prática isto é contraproducente tanto para a vítima como para o ofensor. A teoria de justiça restaurativa, por outro lado, argumenta que a vindicação vem do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, junto com um esforço ativo no sentido de incentivar os ofensores a assumirem a responsabilidade e corrigirem o mal, e de tratar as causas de seu comportamento lesivo. Ao criar um contexto positivo para a necessidade de vindicação, a justiça restaurativa tem o potencial de afirmar tanto vítima como ofensor e ajudá-los a transformarem suas vidas.
> Portanto, **pintar a retribuição e a restauração como mutuamente excludentes acaba por diminuir as possibilidades de exploração de traços comuns e interesses mútuos** entre aqueles que defendem uma e outra posição. **Colocá-las como opostos também obscurece os elementos retributivos que podem ser parte de uma abordagem restaurativa**.

Assim, partindo da análise das lições apontadas nesta seção, vindas de Foucault, Prudente e Zehr, a resposta à pergunta “restaurar ou punir: qual a opção mais efetiva?” não se resume a uma escolha entre uma das opções em detrimento da outra.

3 CONCLUSÕES

O modelo tradicional de Justiça Criminal, de caráter punitivista e retributivo foi a construção histórica moldada pelas sociedades humanas como forma de atribuir ao praticante de atos delituosos a punição necessária para que perceba o equívoco no qual incorreu e sinta a dor que impôs a outros, reprimir a prática desses delitos e também como forma de reintegrar, através da reeducação, esse indivíduo ao corpo social, com as condutas que o pacto social, ainda que implícito, espera de seus membros.

Por óbvio, não foram esses três elementos nascidos a um só tempo. Pode-se inferir, inclusive, que evoluíram da punição para a prevenção e a

23 ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** justiça restaurativa para o nosso tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018. p. 242. (grifamos)

reeducação. Contudo, a maneira como os grupos sociais foram se estabelecendo, a relações de poder que foram sendo construídas para manter os grupos dominantes onde encontram-se, transformou a aplicação das penas – entre outras áreas – em um instrumento de Controle Social, e não de Pacificação Social. Além disso, historicamente, apesar de a aplicação da pena significar transferir ao indivíduo desviante a dor que ele impôs às suas vítimas, essas – as vítimas, foram relegadas a no máximo um papel secundário na aplicação do Direito Penal. Contudo, o mais comum é serem relegadas ao esquecimento.

Este quadro provocou a falência do modelo tradicional de Justiça Criminal e, na busca de meios de reverter essa situação, surgiu a Justiça Restaurativa, como uma proposta de trazer mais humanização ao âmbito criminal, focando em conceitos como os danos causadas a pessoas e relações com as práticas delitivas, as necessidades surgidas a partir desses danos, as obrigações de reparação por parte de quem cometeu o dano em direção a quem o sofreu, e a busca do engajamento comunitário na solução desses conflitos, saindo do lugar comum ofensor-vítima-Estado, cada qual com papeis únicos, inteiros entre si e imutáveis, para conceitos de ofensor-vítima-sociedade, onde todos circulam por todos os papeis, cada qual tendo necessidade de reconhecer onde cometeu equívocos, quais as obrigações decorrentes para si desses equívocos, como reparar esses danos e, principalmente, o engajamento, não apenas na reparação, mas, na prevenção de futuros danos.

Uma proposta, apesar de já contar com 5 décadas, certamente inovadora e transformadora. E aí surge a pergunta: entre Justiça Criminal tradicional e Justiça Restaurativa, entre Punir e Restaurar, qual a melhor opção?

Como foi possível perceber ao longo da pesquisa, não é uma pergunta com resposta Sim ou Não, 1 ou 2, este ou aquele, no costumeiro movimento binário que o senso comum leva a humanidade.

Toda punição deve, inegavelmente, conter fortes elementos de restauração. E toda restauração necessita, ainda que em grau mínimo (ou preferencialmente em grau mínimo) da punição que permita ao ofensor perceber o quão desagradável foi a atitude praticada.

Assim, a resposta à questão balizadora dessa pesquisa “Restaurar ou Punir: qual a opção mais efetiva?” está longe de ser uma ou outra. O estudo para escrever esse artigo mostrou que, do ponto de vista adotado para esta pesquisa, a alternativa mais efetiva é o conhecimento o mais profundo possível de ambas as possibilidades, buscando encontrar os elementos existentes dentro do Modelo Tradicional de Justiça Criminal que estejam em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao respeito aos direitos e garantias individuais e aos tratados de Direitos humanos para que seja possível extrair dos elementos retributivos aqueles essencialmente necessários, e aplicá-los compreendidos e abraçados pelos conceitos e práticas da Justiça Restaurativa, de forma a criar uma alternativa que se mostre eficaz, humanizada e transformadora de relações, de pessoas e do corpo social como um todo, contribuindo para o incremento de uma Cultura da Restauração e do Consenso.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal:** Contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Disponível em: < https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/III/18.pdf >. Acesso em 26 mai. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 11 maio 2021.

CANDIDO, Valeria Bressan. BONINI, Luci Mendes de Melo. **Justiça Restaurativa e Direitos Fundamentais:** a narratividade nos círculos de construção de paz. Cadernos de Direito. v. 18. n. 34, 2018. p. 2. Disponível em < https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3552/2157 > Acesso 28.06.2020

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo:** em busca de um modelo adequado de justiça criminal. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Sistema prisional brasileiro:** desafios e soluções. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes/>. Acesso em 11 maio 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.