

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

CAROLINA COSTA FERREIRA

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Costa Ferreira, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-053-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No dia 28 de novembro de 2024, em meio ao XXXI Encontro Nacional do Conpedi, em Brasília-DF, foi reunido o Grupo de Trabalho denominado “Direito penal, processo penal e constituição II”, para congregar parte das apresentações e textos que participaram do evento exibindo investigações e pautas nas áreas atinentes.

Ao longo daquela tarde, discussões extremamente profícuas e trocas de impressões e indagações pautaram os debates, à medida em que pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões e instituições do país ofereciam suas contribuições. Foram feitas discussões alavancadas tanto pelo trio de Coordenadores do Grupo como pelos demais participantes, tornando a tarde dinâmica e produtiva, nos melhores objetivo - e espírito - que o evento tem por missão proporcionar.

Os participantes e a assistência tiveram oportunidade de partilhar dos debates e exibição dos seguintes trabalhos:

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Danielle Campos apresentaram o texto ‘Além do corpo: reflexões sobre a autonomia das mulheres e a lei do aborto no Brasil à luz do projeto de lei 1904/24’, que traz uma visão crítica e fundada no marco teórico dos direitos humanos, a respeito das tentativas de alteração da legislação penal referente à nova toada da criminalização do aborto, pelo respectivo projeto de lei discutido no parlamento ao longo deste ano.

Priscila Santos Campêlo Macorin apresentou artigo escrito em coautoria com Diogo Tadeu Dal Agnol e Aline Regina Alves Stangorlini, intitulado ‘A cadeia de custódia nas provas digitais: garantia da autenticidade e o impacto no devido processo legal’, abordando a valoração judicial das provas da modalidade digital, e algumas incongruências relativas à legalidade da cadeia de custódia – pensada muito em função do regramento de coleta e avaliação de vestígios físicos, analisando também jurisprudência pertinente.

Dhoulgas Araujo Soares apresentou dois trabalhos de sua autoria: o primeiro, intitulado ‘Concurso de agentes e as formas cada vez mais intrincadas de concorrência para o crime’, onde busca estudar a configuração penal-dogmática da figura do concurso de agentes na literatura respectiva, e o segundo, denominado ‘O poder investigatório do advogado em

processos criminais: uma análise comparativa e constitucional’, pugnando pela importância de uma atuação proativa e protegida juridicamente a partir de regramento e direitos assegurados no que diz para com a investigação criminal defensiva.

Anderson Filipini Ribeiro apresentou artigo escrito em coautoria com Diego Prezzi Santos, com o título ‘Crimes sexuais no ambiente virtual: um debate necessário’ onde discute a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para uma análise de fatores como a possibilidade de violência sexual sem contato físico e outros elementos relativos ao contexto, como também proporcionalidade das penas e a questão do cadastro de consulta pública de réus condenados por esse tipo de infração.

Bárbara Maria Versiani Ribeiro e Veronica Lagassi apresentaram trabalho sob o título ‘A importância da investigação defensiva para o processo penal’, onde discorrem sobre os elementos de uma prática de paridade de armas entre os investigados e os órgãos persecutórios. A falta de determinação legal da questão problematizada foi comparada com os provimentos e regramentos dispostos na legislação estrangeira, tomando-se os Estados Unidos e a Itália como parâmetro.

Lucas Lima dos Anjos Virtuoso e Sergio Lima dos Anjos Virtuoso apresentaram texto escrito em coautoria com Jonathan Cardoso Régis, chamado ‘A (in)constitucionalidade da confissão como requisito para celebração do acordo de não persecução penal’, discutindo as tendências jurisprudenciais e propostas de alteração em relação a esse dispositivo obrigatório em meio à mecânica do Acordo de Não-Persecução Penal. Vai discutido o debate que persiste desde a alteração legal de 2019, que tensiona a exigência de uma confissão formal e detalhada para possibilitar a celebração do acordo.

Simone Gomes Leal e Luiz Henrique da Silva Nogueira escreveram o artigo – apresentado pela primeira autora, intitulado ‘A utilização da inteligência artificial como meio de prova no reconhecimento facial no processo penal contemporâneo’. O trabalho enfoca uma visão hodierna do processo penal, relacionado com a profusão de novas tecnologias que precisam de um convívio saudável e profícuo com as normativas e fluxos processuais. Há que se pensar uma regulamentação para a inteligência artificial a fim de não afastar seu uso, mas de garantir uma otimização constitucional-legal.

Lenice Kelner apresentou artigo escrito em coautoria com Gabriel Antonio Reinert Azevedo sob o título ‘Direito penal do inimigo: a mídia reforçando o punitivismo brasileiro’, a respeito da operacionalização da seleção punitiva, tomando por base o conceito já consagrado da teoria do inimigo em meio ao direito criminal. As criações de estereótipos, a discussão

sobre necropolítica, o conceito de um discurso midiático-social do medo como tônica penal foram alguns dos temas destacados.

Caio César Andrade de Almeida apresentou trabalho escrito ao lado de Felipe Monteiro Batista Simões e Daniela Carvalho Almeida Da Costa intitulado ‘Conceito de crime e a preocupação com a estigmatização no âmbito dos estudos sobre justiça restaurativa’. Em uma abordagem também filosófica procura, o trabalho, apresentar vieses e mesmo críticas em relação ao uso de práticas e mecanismos restaurativos em meio à resolução de conflitos penais. Havendo, inclusive, um questionamento sobre a divisão entre conflitividades em âmbito penal e civil, como parte da indagação de pesquisa.

Luana de Miranda Santos apresentou artigo escrito juntamente com Maisa França Teixeira e Vitor Hugo Alves Silva, intitulado ‘A pena como instrumento de prevenção geral positiva e a função simbólica do direito penal’, que discute as urgências e características de um direito penal que se configura cada vez mais como emergencial e cada vez mais imbuído de seu caráter simbólico. O texto debate a questão da tese penal da Prevenção Geral na modalidade positiva, como escopo para esse panorama e como há uma discursividade social que retroalimenta o cenário.

Ericka de Souza Melo e Luana de Miranda Santos apresentaram artigo escrito em coautoria com Maisa França Teixeira, com o título ‘A influência da crença religiosa na vulnerabilidade da vítima à luz dos crimes contra a dignidade sexual e a possível tipificação de estupro de vulnerável’. O texto faz uma declarada provocação sobre uma possível tipificação alterada a partir de um estado de crença religiosa. A discussão gira em torno da questão de que a relação de confiança e fanatismo pela autoridade religiosa pode gerar não uma situação de uma posse sexual mediante fraude, mas, categoricamente, um estupro, nessa modalidade, na proposta, realocada conceitualmente.

Josinaldo Leal De Oliveira e Thyago Cezar apresentaram artigo escrito em coautoria com Dayton Clayton Reis Lima, com o título ‘A proteção penal do consumidor: análise do crime de publicidade enganosa e abusiva à luz do CDC’. O texto dialoga com o Direito do Consumidor procurando uma interface interdisciplinar, a partir de uso de comunicação publicitária, redes sociais e novas tecnologias como um esteio complexo para que se possa pensar a criminalização da conduta de propaganda abusiva desde os conceitos e ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Andre Vecchi Prates Lima e Pedro Felipe Naves Marques Calixto apresentaram artigo escrito juntamente com Henrique Abi-Ackel Torres, sob o título ‘A influência das redes sociais na

prisão preventiva: a segregação cautelar como resposta ao anseio punitivista no meio digital'. O objetivo do trabalho é o de questionar a realidade da prisão preventiva no Brasil, levando em conta seu uso indiscriminado como resposta a influxos discursivos de mais punição. A problemática passa pelo estudo do cenário social e político influenciado pelo clamor desde as redes sociais como fator a ser considerado na análise.

Thiago Bottino apresentou trabalho escrito conjuntamente com Flavia Bahia Martins com o título 'A avaliação de impacto legislativo como instrumento regulatório na produção das leis penais'. O texto enquadra as possibilidades de avaliação de impacto na elaboração legislativa, e faz uma análise e uma comparação das alternativas existentes em razão das várias repercussões possíveis angariadas quando da alteração de lei, de pena e de eventual criação de tipos penais. Sobretudo a temática do custo – em perspectiva – em meio ao impacto dessas alterações, como fator de ponderação.

A partir dessa publicação, esperamos, com toda sinceridade, que os leitores sejam, ao menos em parte, transportados para aquela tarde de ricas discussões, agora, mais do que nunca, com os extratos integrais dos artigos e combustível para mais considerações, ideias, indagações e intercâmbios, dentro dos espectros tão importantes e fundamentais que sustentam o diálogo entre o Direito Penal, o Direito Processual Penal e os ditames constitucionais.

Desejamos uma excelente leitura. Até o(s) próximo(s) encontro(s)!

Gabriel Antinolfi Divan – Universidade de Passo Fundo (UPF)-RS

Carolina Costa Ferreira – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)-DF

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI)-RS

CONCEITO DE CRIME E A PREOCUPAÇÃO COM A ESTIGMATIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS ESTUDOS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA

THE CONCEPT OF CRIME AND THE CONCERNS ABOUT SITGMATIZATION IN THE SPHERE OF THE RESARCHES OF RESTORATIVE JUSTICE

Felipe Monteiro Batista Simões ¹
Caio César Andrade de Almeida ²
Daniela Carvalho Almeida Da Costa ³

Resumo

O artigo ora apresentado busca avaliar, por meio de estudo bibliográfico e pelo método dedutivo, o uso e a necessidade do termo crime por autores e defensores do modelo restaurativo de justiça que resistem a abandoná-lo. Parte do problema quanto à necessidade de distinção teórica entre os conflitos de natureza civil e os de natureza penal, uma vez que os princípios da Justiça Restaurativa conduzem à impossibilidade de distinção na formação da dinâmica dos círculos restaurativos, em decorrência da mera definição legal do conflito em discussão, e a superação das estigmatizações inerentes ao modelo penal retributivo. A hipótese em debate é que a defesa da manutenção de uma justiça penal autônoma e do uso do termo crime pode partir de uma visão ontológica destes, em parte contraditória com o próprio escopo da Justiça Restaurativa. Conclui-se, após a análise dos argumentos apresentados, que as críticas ao abandono do termo crime e da distinção entre direito penal e civil se pautam em problemas bastante inferiores aos que são produzidos pela manutenção da linguagem e estrutura estigmatizante, que têm o potencial de fortalecer os obstáculos iniciais dos círculos restaurativos e, assim, dificultar o seu sucesso na construção de uma solução pacífica dos conflitos.

Palavras-chave: Linguagem, Crime, Estigmatização, Justiça restaurativa, Criminologia

Abstract/Resumen/Résumé

The article hereby presented aims to evaluate, by bibliographical studies and deductive reasoning, the usage and necessity of the vocable crime by authors and defenders of the restorative model of justice who resist to abandon it. Originates of the questioning about the

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado.

² Mestrando em Direito na Universidade Federal em Sergipe. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas. Graduado em Direito. Oficial Investigador de Polícia Civil em Sergipe

³ Doutora em Direito Penal e Processo Penal pela USP (2005), mestra em Direito Penal e Processo Penal pela USP (2001) e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1998).

necessity of theoretical distinctions between the conflicts of civil and criminal nature, since the principles of Restorative Justice leads to the impossibility of distinctions in the formation of the dynamics of restorative circles based on the legal definition of the conflict in discussion, and the overcoming of the inherent stigmatizations of the retributive penal model. The hypothesis in debate is that the conservation of a autonomous penal justice and the usage of the vocable crime may arise from a onto-logical thinking of those, partially inconsistent with Restorative Justice's aims. It concludes, after analysing the presented arguments, that the critics of the abandonment of the word crime and the distinction between criminal and civil justice are guided by very inferior problems than the ones caused by the conservation of the stigmatiz-ing language and structure, that has the potential to strengthen the initial obstacles of the restorative circles and hamper its success in creating a pacific solution of conflicts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Language, Crime, Stigmatization, Restorative justice, Criminology

INTRODUÇÃO

Os estudos e movimentos defensores da Justiça Restaurativa possuem por escopo uma proposta transformadora do sistema judicial existente na maioria das sociedades ocidentais atuais, pautada, entre outros valores, pela devolução do protagonismo dos conflitos às partes, não-estigmatização, foco na responsabilização e reparação dos danos emergentes, atenção às necessidades dos envolvidos, e construção dialógica e voluntária de uma solução que atenda às demandas dos envolvidos e seja a base de uma paz duradora e uma relação saudável e capaz de evitar ou mitigar os efeitos de futuros episódios conflituosos (ZEHR, 2008, p. 199-201).

Dentro dessa lógica, os defensores desses esforços ressaltam a necessidade de modificação do processo jurídico adversarial para um modelo cooperativo, em que ambas as partes almejam uma restauração conjunta que possibilite aos envolvidos um fortalecimento estrutural mútuo. Objetivam, com isso, que tanto ofendidos como ofensores sintam-se capazes de retomar as suas vidas, restaurados em honra, dignidade, sensação de segurança e respeito. Como nos explica um de seus principais expoentes, Howard Zehr (2012, p. 48-49):

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes das ofensas, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Naturalmente, os escritores que defendem os processos circulares não almejam que a mera participação nestes seja suficiente para a superação completa do episódio conflituoso e do contexto que o gerou. Quanto mais grave, enraizado e traumático o problema enfrentado, mais complexa tenderá a ser a sua transformação, não sendo possível depositar sobre poucas reuniões de conferências restaurativas a expectativa de encerrar e esgotar totalmente as questões pessoais e interpessoais a serem solucionadas para que os participantes voltem a se sentir em paz. O objetivo é fornecer os instrumentos para mudanças mais amplas, com base no reconhecimento de que o conflito faz parte da experiência humana e oferece oportunidades para fazê-la evoluir (LEDERACH, 2012, p. 24), e, ao mesmo tempo, que todo ser humano possui natureza social, e almeja estar inserido em relacionamentos saudáveis e amorosos (PRANIS e BOYES-WATSON, 2011, p. 24).

Os autores da Justiça Restaurativa defendem sua aplicação tanto para os conflitos de natureza cível, como para aqueles compreendidos como de natureza criminal. Mais: entendem que pode representar um novo paradigma de justiça, capaz de atender as necessidades observáveis no episódio conflituoso, modificar as estruturas e injustiças que lhe deram origem, respeitar

os direitos humanos e evitar as respostas retributivas estigmatizantes que amplificam os problemas sociais, políticos e econômicos que se encontram na raiz da criminalização.

Braithwaite, Harris e Walgrave reconhecem que o processo restaurativo pode também conduzir à estigmatização do ofensor (2004, p. 199), porém, com o objetivo expresso de evitá-la. Conforme explicam, aquele apontado como ofensor tende a se apresentar nas primeiras conferências em uma posição desconfortável e estranha, na qual pode se sentir vulnerável e humilhado perante os demais por se encontrar no centro de uma discussão acerca de uma atitude reprovável que praticou. O desempoderamento decorrente destas emoções pode conduzi-lo à uma forma de resistência desafiadora, razão pela qual é importante abordar este obstáculo para a construção de uma solução pacífica e duradoura.

É importante lembrar ainda que, como nos mostram os estudos da Criminologia Crítica, a criminalização e a estigmatização advinda do Direito Penal não se inicia a partir do início do processo judicial, tendo origem em estruturas sociais muito anteriores à prática do ato considerado criminoso pelo indivíduo. Assim, é presumível que, em diversas oportunidades, aquele que chegará ao círculo restaurativo indicado como ofensor tenha passado por diversos processos estigmatizantes e marginalizantes, que vão muito além da sensação de ter praticado um ato reprovado por seus pares. Processos estes que, em verdade, envolvem as próprias estruturas do Direito Penal e a forma como contribuem para os mecanismos de criminalização (primária e secundária) e o etiquetamento de diversos grupos sociais, que, por sua vez, possui também função política.

Uma vez que a Justiça Restaurativa busca devolver o protagonismo do conflito às partes envolvidas, deixando de considerar o Estado como vítima da violação (nos casos de natureza penal), é possível questionar o seguinte: haveria, no âmbito de um modelo restaurativo de justiça, uma significativa diferença do dano cível para o dano criminal, na visão dos autores que a defendem? Tendo em vista os obstáculos que podem ser gerados à implementação eficaz do modelo restaurativo, pergunta-se: há benefícios inerentes à justiça criminal que justifiquem a sua manutenção?

Partindo-se desses problemas de pesquisa, o presente artigo tem por objetivo entender se há a necessidade da manutenção da distinção terminológica e não-ontológica entre crime e demais conflitos de natureza não penal. A hipótese em debate é que a defesa da manutenção de uma justiça penal autônoma e do uso do termo crime pode partir de uma visão ontológica destes, em parte contraditória com o próprio escopo da Justiça Restaurativa. No intuito de checar tal hipótese, serão investigados, por meio de análise bibliográfica, os conceitos de “crime” e “criminoso”, bem como as diferenças entre os conflitos cíveis e criminais, a partir das contribuições

das Teorias Críticas do Direito Penal e da Justiça Restaurativa, com o intuito de compreender como esta pode contribuir para um modelo jurídico não-estigmatizante.

1. O CRIME E O CRIMINOSO: CONSONÂNCIAS ENTRE AS TEORIAS CRÍTICAS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

As construções teóricas acerca de um modelo restaurativo de justiça possuem em seu cerne inequívocas críticas ao processo penal formal e ao sistema prisional, incluindo nestas o furto do protagonismo das vítimas e a sua revitimização, a estigmatização causada aos envolvidos, a ineficácia das penas aplicadas para os objetivos propostos e a frustração das expectativas das partes quanto ao reconhecimento de suas necessidades. Neste sentido, aborda Howard Zehr (2008, p. 61):

Ao longo de todo o processo criminal, as lesões e as necessidades das vítimas e do ofensor são negligenciadas. Ou pior, as lesões podem ser agravadas. Dentro do processo, o fenômeno do crime se torna maior do que a vida. O crime é mistificado e mitificado, criando-se um símbolo que é facilmente manipulado por políticos e pela imprensa. [...] Os esforços de reforma têm sido usados para servir a propósitos muito diferentes daqueles originalmente visados. As prisões mesmas foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. O encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovem a reeducação dos ofensores. Uns poucos anos depois de sua implementação, as prisões tornaram-se sede de horrores e nasceu o movimento para a reformulação do sistema prisional. O reconhecimento da inadequação e mau uso das prisões logo levou à busca de “alternativas” ao encarceramento. Muitas variantes têm sido introduzidas, mas seu histórico não é encorajador.

No modelo penal retributivo, “a justiça é definida como aplicação da lei”, enquanto “o crime é definido pela violação ou infração de uma lei” (ZEHR, 2008, p. 77). A vítima defendida no processo criminal, portanto, não é a pessoa que sofreu o dano, mas o próprio Estado, cuja lei positiva foi desrespeitada por um de seus cidadãos. Dentro da mesma lógica, se a aplicação da lei é a própria justiça, o criminoso, isto é, aquele que violou a lei, é por consequência propagador de uma injustiça, violador da ordem natural, e que por tal razão deve ser derrotado ou trazido de volta à justiça, o que é feito pela imposição da dor (ZEHR, 2008, p. 63).

A descrição feita pelo autor do sistema penal contemporâneo se coaduna com as características atribuídas pela professora Vera Malagutti Batista às duas correntes consideradas iniciais do estudo do fenômeno criminológico: a Escola Clássica e o Positivismo, cujas influências se observam até hoje na organização penal e carcerária do mundo ocidental. A primeira, surgida no contexto dos séculos XVII e XVIII, assim se define (BATISTA, 2011, p. 38-39):

Voltando às marcas do liberalismo no mundo do direito, pensemos naquilo que Alessandro Baratta denominou de Escola Clássica. Seus principais expoentes seriam

Bentham, na Inglaterra, Feuerbach, na Alemanha, e Beccaria, na Itália. O direito penal seria um instrumento de defesa da sociedade, seu limite, sua necessidade e utilidade, já que nesse momento não se trabalhava com a ideia de que a pena fosse corretiva [...]. Tendo o contratualismo como base ideológica, e o contrato social e o utilitarismo como pressupostos, Beccaria faz uma defesa da coexistência, do Estado sem conflito, presente na maneira de pensar de Hobbes, Locke e Rousseau, com todas as suas nuances. A pena, aqui, se contrapõe ao sacrifício da liberdade.

Quanto à Escola Positivista, surgida no contexto do século XIX, esta aprofunda a visão da criminalidade como violação de uma ordem humana e social natural, ao considerar que, sendo antinatural, o fenômeno do crime seria também dotado de irracionalidade; motivo pelo qual o criminoso poderia ser estudado do ponto de vista biológico e psicológico em busca das causas naturais desse comportamento patológico (BATISTA, 2011, p. 44-45):

Essas teorias patologizantes trabalham as características biopsicológicas dos “criminosos”; a humanidade passa a sofrer um grande corte entre normais e anormais. [...] Esse determinismo biológico nega e se contrapõe a um dos pilares do iluminismo jurídico, o conceito de *livre-arbítrio*. A novidade metodológica seria o caráter científico, a individualização dos sinais antropológicos a partir da observação dos indivíduos nas instituições totais produzidas pelo grande internamento. O objeto desloca-se do delito para o *delinquente*, e a *delinquência* tem causas individuais determinantes, atravessadas pelo conceito de *degenerescência*.

As críticas elaboradas pelos autores da Justiça Restaurativa à estrutura do modelo penal retributivo se aproximam, então, das teorias críticas da Criminologia, à medida em que compreendem que a ideologia da defesa social e a visão patologizante do crime dão fundamento teórico à estrutura jurídica-penal que origina um direito criminal punitivo, estigmatizante e político. A partir dessa lógica, o crime deve não só ser reduzido, mas também, em última análise, superado (BARATTA, 2002, p. 205-206):

De tudo que se disse até agora parece claro que a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal, que veio se configurando, *pari passu* com o desenvolvimento da sociedade capitalista, como um sistema cada vez mais capilar e totalizador de controle do desvio, através de instrumentos administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais, sobretudo, este aparato repressivo exerce a própria ação.

Verifica-se que a Justiça Restaurativa se coaduna com a visão do sistema penal moderno e das prisões como instrumentos políticos, originados da luta de classes no contexto do capitalismo e contributivos para o aumento dos conflitos sociais, como defendido por Baratta em sua Criminologia Crítica. Extrai-se, então, que a compreensão de como as teorias críticas do Direito Penal e das prisões conceituam crime e criminoso podem auxiliar a percepção acerca de como os autores da Justiça Restaurativa entendem e conceituam tais palavras.

É certo que para estes últimos, o conflito é inerente à vida em sociedade e à experiência humana, como explicitado pelo professor John Paul Lederach. Mais: pode e deve ser utilizado

como força motriz de transformações positivas das relações interpessoais, comunitárias e sociais. Sendo o crime uma forma de conflito, seria este também intrínseco à vida em sociedade? Não exatamente.

A professora Vera Malaguti Batista, que faz questão de ressaltar o caráter não ontológico do crime, lembrando que este não apareceu “na natureza como os peixes, os abacates e as esmeraldas” (2011, p. 21), nos explica que o acúmulo do capital verificado nos séculos XIV a XVII produziu novas relações sociais e, por consequência, novos conflitos e novas necessidades de ordem, como “a repressão à vadiagem, as leis de expropriação de terras comuns, as primeiras *leis de pobres*”. Nesse cenário, passou-se a expulsar da sociedade os pobres e indesejáveis. Com o advento das revoluções liberais e da ideologia contratualista, referido castigo passa a ser fundamentado e justificado pelo princípio da legalidade, inclusive em decorrência do receio da burguesia ascendente quanto à força das massas revolucionárias (2011, p. 35-37):

O grande eixo ordenador será em torno da propriedade. Em torno do pensamento liberal surgirá a noção moderna de lei e de direitos individuais. O contrato transforma-se na grande metáfora das relações sociais, como diria Pashukanis. É natural que os pobres, despossuídos até do próprio corpo, de sua força de trabalho, aparecessem como solução e como problema. Solução por serem a fonte de geração das riquezas materiais, e problema porque não podem fugir ou sair do controle, precisam ser sujeitos de mil formas visíveis e invisíveis. (BATISTA, 2011, p. 34)

O crime é, portanto, um conceito eminentemente político diretamente relacionado à propriedade privada, assim como criminoso, definido como “o que comete crimes”. Embora as formas de conflitos definidas pela lei penal como crimes possam ser definidas como fenômenos advindos da experiência da vida em sociedade, tais conflitos não são, em si, o crime, que é um constructo social surgido como resposta positiva às demandas por ordem da classe dominante (BATISTA, 2011, p. 22-23).

A compreensão de tal diferença é essencial para abordar estes conceitos pelo viés das propostas restaurativas de solução de conflitos. Se o conceito de crime é um dispositivo aplicado a determinadas formas de conflito (seja interpessoal, ou social, político e econômico), pode o modelo de Justiça Restaurativa diferenciar conflitos de ordem cível daqueles de ordem criminal?

A leitura da obra de Howard Zehr nos leva a crer que sim, ao menos para que se possa pensar a proposta alternativa ao modelo retributivo de uma forma pragmática e aplicável ao momento atual. Para ele, embora se possa falar em um poder judiciário orientado por princípios restaurativos, se mostra utópico considerar este modelo aplicável a todos os casos, motivo pelo qual defende sua coexistência com uma justiça criminal que lhe dê amparo. Em suas palavras (2012, p. 72-73):

Os defensores da Justiça Restaurativa acalentam o sonho de chegar um dia em que a justiça será totalmente restaurativa. O realismo desse sonho é discutível, ao menos num futuro próximo. Talvez seja mais plausível pensar num amanhã em que a Justiça Restaurativa seja a norma, enquanto alguma forma de justiça criminal ou sistema judicial ofereça uma retaguarda ou alternativa. É bem possível que cheguemos a um tempo em que todos os nossos procedimentos judiciais serão orientados por princípios restaurativos. [...] Alguns casos são simplesmente muito complexos ou hediondos para serem resolvidos por aqueles diretamente envolvidos no caso. É preciso haver um processo que atenda às necessidades e obrigações da sociedade, interesses que vão além dos detentores de interesse direto no caso. Não se pode perder de vista as qualidades que o melhor do sistema jurídico representa: o estado de direito, a imparcialidade procedimental, o respeito pelos direitos humanos e o desenvolvimento ordenado da lei.

Verifica-se, no discurso acima apresentado, a permanência da visão de uma utilidade de defesa social no processo criminal, através da proclamação de interesses que superam os dos envolvidos em determinados conflitos, o que justifica a intervenção estatal neste. Do mesmo modo, se observa a crença de que o poder judiciário possa ser dotado de qualidades baseadas no princípio da legalidade, como a imparcialidade do processo, e a defesa do estado de direito. Tais valores, referidos pela autora Vera Malaguti em sua obra como fundamentos e justificativas racionais para a aplicação pública de castigos, decorrem também da Escola Clássica da Criminologia, sendo encontrados em obras como o clássico estudo “Dos delitos e das penas”, do jusfilósofo italiano Cesare Beccaria.

Observa-se, então, uma contradição aparente: embora faça coro às críticas feitas por autores alinhados às Teorias Críticas, como Vera Malaguti e Alessandro Baratta, ao Direito Penal e às prisões, quanto à sua ineficiência, desumanidade, caráter estigmatizante e instrumento de dominação política – parecendo ainda concordar com a ideia do crime e do criminoso como constructos sociais e políticos, que se diferenciam do conflito, este, integrante da vivência humana e social –; Howard Zehr se posiciona de modo favorável à manutenção da existência de uma justiça criminal, definindo sua extinção em prol de um modelo integralmente restaurativo como meta utópica.

Partindo da premissa que há conflitos “muito complexos ou hediondos para serem resolvidos diretamente pelas partes envolvidas”, ainda assim seria preciso abordá-los a partir da lógica restaurativa. Como defini-los e diferenciá-los daqueles que seriam atribuídos à Justiça Restaurativa? Esse seria um primeiro ponto relevante. Ademais, será preciso adotar uma abordagem que se pautar pela não estigmatização, a fim de não estimular a dominação política e social referida. Caso contrário, os esforços de modificação do poder judiciário para o contexto restaurativo se tornarão ineficientes para os objetivos a que se propõem, esgotando-se em mais uma medida alternativa legitimadora do direito penal moderno, incapaz de reverter a sua lógica excludente e encarceradora.

2. A LINGUAGEM COMO FERRAMENTA DE ETIQUETAMENTO E ESTIGMATIZAÇÃO

Uma constante preocupação dos autores da Justiça Restaurativa quanto ao modelo retributivo do sistema penal se encontra na estigmatização que este gera, não só aos réus ou condenados, mas também às vítimas. A Justiça Restaurativa aspira uma modificação dos métodos institucionais de resolução de conflitos que seja capaz de maximizar o sentimento de justiça e simultaneamente restaurar as partes ao convívio social em situação de respeito e segurança. John Braithwaite apresenta a Justiça Restaurativa como movimento que (2004, p. 1):

Aspira oferecer um guia prático sobre como levar uma boa vida enquanto cidadãos democratas pela luta contra a injustiça. Afirma que devemos conduzir essa luta enquanto buscamos dissuadir o recurso precipitado à correção punitiva ou outras formas de resposta estigmatizante [...] O movimento social pela justiça restaurativa é importante porque fornece um programa prático novo para combater a injustiça e a estigmatização. (tradução nossa).

Embora o reconhecimento do caráter estigmatizante do sistema penal remonte à Teoria do Etiquetamento (*Labelling Approach*), surgida nos Estados Unidos ao longo dos anos 60, o entendimento de que a própria intervenção da justiça criminal pode contribuir para o aumento da criminalidade é ainda mais antigo. Shecaira aponta que esta preocupação já havia sido apresentada pelo sociólogo Clifford Shaw e, inclusive, já se encontrava presente no pensamento positivista de Lombroso e utilitarista de Jeremy Bentham (2004, p. 304). Contudo, é a partir do *Labelling Approach* que o foco de análise se desloca dos autores para a reação das agências de controle:

O princípio geral é bastante simples. Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais. Estabelece, assim, uma dialética que se constrói por meio do que Tannenbaum denominou a dramatização do mal, que serve para traduzir uma mecânica de aplicação pública de uma etiqueta a uma pessoa. (SHECAIRA, 2004, p. 306-307)

Dentro desta corrente de pensamento, a linguagem utilizada possui grande relevância no processo de estigmatização. No processo dialético mencionado pelo autor, termos como criminoso e delinquente auxiliam no controle pela estigmatização, por atribuir o rótulo ao indivíduo. Embora o Direito Penal moderno não tenha criado o vocábulo crime, o modificou em relação ao seu sentido original, definindo-o como a infração descrita na lei penal. Ao fazê-lo,

estabeleceu como delinquente aquele que age contra a lei do Estado Moderno, teoricamente surgido em bases racionais e com o intuito de proteger os cidadãos livres, membros da sociedade. O criminoso, portanto, seria o indivíduo que atua contra a própria liberdade e segurança dos demais cidadãos, motivo pelo qual a criminalidade deveria ser combatida de modo perpétuo até a sua extinção.

O reconhecimento deste caráter estigmatizante e pejorativo dos vocábulos referidos leva os autores do *Labelling Approach* a utilizarem a terminologia desviante para definir o comportamento nela descrito ou aqueles que neste incorrem. Isso porque consideram que a carga pejorativa intrínseca às palavras crime, criminoso, delinquente, entre outras similares, demanda a utilização de novos termos que evitem a rotulação perpétua do indivíduo (SHECAIRA, 2004, p. 307-308).

Foucault vai além ao denunciar que o encarceramento atinge fins não propalados ao produzir o delinquente:

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma “delinquência”. (2009, p. 262).

Howard Zehr também reconhece o uso midiático e político do fenômeno do que se denomina crime (2008, p. 57), o que, por obviedade, inclui a linguagem empreendida neste debate. A estigmatização de ofensores e vítimas, que preocupa a ele e a outros autores, não pode se dar senão com uso de palavras próprias que cumpram a função de rótulos. A despeito disso, Zehr mantém a defesa de “alguma forma de justiça criminal”, por considerar que determinados casos são demasiadamente hediondos ou graves para serem solucionados sem a intervenção direta de um sistema jurídico-penal. Como, porém, definir tais casos? É possível fazê-lo de forma não-estigmatizante? Pode-se imaginar um sistema criminal que seja adequado para esses casos mais graves, utilizando-se dos princípios restaurativos?

3. A LÓGICA RESTAURATIVA E AS FRONTEIRAS ENTRE OS CONFLITOS DE NATUREZA CIVIL E PENAL

Quanto à primeira das questões levantadas, entende-se que sua resposta depende do estabelecimento de uma definição do que os autores da Justiça Restaurativa compreendem

quanto à possível existência de diferença entre conflitos civis e penais. Neste sentido, assim define Howard Zehr sobre o conceito de crime pelo viés restaurativo (2008, p. 172):

Em seu cerne o crime é, portanto, 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. O crime tem ainda uma dimensão social maior. De fato, os efeitos do crime reverberam, como ondas, afetando muitos outros indivíduos. A sociedade é uma parte interessada no resultado, e portanto tem um papel a desempenhar. Não obstante, essa dimensão social não deveria ser o ponto inicial do processo. O crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos contra o Estado. Ele é em primeiro lugar uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir.

O que se extrai do trecho acima é que, para o autor, o crime é modalidade de ofensa ou violação de direitos de um indivíduo por outro, que possui impactos a nível social e, por tal razão, demanda a atenção da sociedade para o conflito específico. Tomando-se por partida esta definição, porém, se deve questionar a possibilidade de estar incorrendo no problema trazido à baila pelo sociólogo e criminólogo alemão Fritz Sack sobre a ausência de criticidade quanto à conceituação do que seria a criminalidade, sem reflexão acerca do poder de seleção e decisão que determinadas pessoas e instituições possuem acerca do comportamento assim definido, como nos explica Alessandro Baratta (2002, p. 111):

[...] Sack mostra como as diferentes noções de crime, oferecidas pelas mais diversas disciplinas que se ocupam do comportamento criminoso, partem sempre, de maneira acrítica, do mesmo ponto de vista empírico: “as posições sobre dados empíricos, sobre constantes ou generalizações, são obtidas em relação a pessoas identificadas e condenadas como autores, segundo um ritual determinado, partindo de normas determinadas, ou – ainda mais abstratamente – como membros da sociedade que devem ser responsabilizados por certas ações proibidas”. A falta de uma consciente e crítica referência ao poder de decisão e de seleção, que certas pessoas e certas instituições possuem em face de certas outras, constitui a carência teórica que está na base das definições de criminalidade e das controvérsias correspondentes [...]

Como se verifica, a crítica pode ser aplicada à definição atribuída por Zehr ao crime. Ao conceituar este fenômeno, o autor não menciona as relações sociais de poder que o diferenciam, por exemplo, de conflitos que possam se encaixar nas características que aponta, mas possuem natureza civil no ordenamento jurídico da maioria dos países ocidentais. Para exemplificar, pelas características definidas, poder-se-iam enquadrar em seu conceito de crime o patrão que deixa de pagar horas extras aos seus funcionários ou o pai que deixa de reconhecer o filho. Em resumo: por sua conceituação, é possível interpretar como crimes diversos conflitos que no modelo retributivo são definidos de modo menos grave.

Há ainda outro problema a ser abordado: Zehr advoga que o modelo jurídico-penal possuiria qualidades que o tornariam indispensável, como “o estado de direito, a imparcialidade procedimental, o respeito pelos direitos humanos e o desenvolvimento ordenado da lei” (2012,

p. 73). A compreensão de que a presença de tais princípios torna o sistema penal indispensável pode conduzir à legitimação de sua própria lógica, com todos os problemas daí advindos:

Digamos que o sistema penal, como todo sistema complexo em geral, não tem só aspectos positivos. Todavia a presença de aspectos positivos não é suficiente para tornar positivo, *em seu conjunto*, um sistema qualquer. Cumpre distinguir o *sistema* como um todo, em que certas características acabam por prevalecer sobre outras, destes *atributos* considerados separadamente. Há, portanto, o sistema e os atributos. Ao longo da existência da justiça penal, chegou-se a ter algumas boas ideias e a imaginar procedimentos, regras e garantias jurídicas de funcionamento visando controlar certos efeitos negativos ou inaceitáveis do sistema. Este conjunto de mecanismos podem ser, em si mesmos, “positivos”. (PIRES, 1999, p. 83-84)

Ademais, prosseguindo na crítica feita por Álvaro Pires, as vantagens do sistema jurídico não possuem natureza especificamente penal, mas antes, constitucional. Os valores positivos atribuídos ao sistema penal estão, em verdade, relacionados às garantias constitucionais dos sistemas jurídicos modernos, presentes, inclusive, na Constituição Federal do Brasil. Ainda, como prossegue Pires (1999, p. 86), “certos juristas e reformadores querem conservar o sistema penal mais ou menos como ele é hoje por temor de perder estas ‘vantagens’ cuja eficácia se começa seriamente a pôr em dúvida”.

Howard Zehr, ao fazer uma análise histórica sobre os paradigmas que orientam os sistemas de justiça ocidentais anteriores à ascensão do Estado Moderno, também demonstra que estes eram essencialmente similares aos de natureza civil, sendo tratados com base no dano causado:

Até a Idade Moderna o crime era visto primariamente num contexto interpessoal. A maior parte dos crimes era retratada essencialmente como um mal cometido contra uma pessoa ou como um conflito interpessoal. Semelhante aos processos civis, o que importava na maior parte dos delitos era o dano efetivamente causado, e não a violação de leis ou da ordem social e moral enquanto abstração. Os males cometidos criavam obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas. A briga era um modo de resolver tais situações, mas também a negociação, a restituição e a reconciliação, em igual medida. Vítimas e ofensores, bem como parentes e a comunidade, desempenhavam papel vital no processo. Já que o crime criava obrigações, um resultado típico da justiça era algum tipo de acordo. Eram comuns acordos de restituição ou indenização, mesmo nos casos de delitos contra a pessoa. (ZEHR, 2008, p. 95)

O fim do século XVIII marcou uma guinada na administração da dor, elevando a pena de prisão ao status de pena principal, fundamentada na humanização do sistema punitivo:

Em um espaço temporal muito curto toda uma transformação na administração da dor ocorreu: do fim do século XVIII para o início do século XIX, os suplícios, espetáculos públicos da dor e da punição que se materializavam nos corpos dos condenados, foram abandonados e substituídos pelo encarceramento. A adoção da pena de prisão como pena principal traz uma aura asséptica, particularmente ao compará-la com os suplícios, que reinavam como pena principal até fins do século XVIII, conforme ilustrado no prelúdio da narrativa foucaultiana em “Vigiar e Punir” (FOUCAULT, 1999, p. 11).

Doutro lado, a liberdade conquistava definitivamente o status de bem jurídico fundamental à vida digna; não por outra razão, consagrada no emblema da Revolução Francesa. Soava muito mais racional limitar e administrar proporcional e racionalmente o tempo do condenado do que supliciá-lo em praça pública. A limitação temporal da punição confere uma aparência de racionalidade e de ciência à aplicação e administração da dor. (COSTA, MACHADO Jr, 2018, p. 75)

Ao descrever as dinâmicas emocionais que ocorrem nos círculos restaurativos, Braithwaite, Harris e Walgrave (2004) não apresentam diferença entre aqueles realizados em conflitos de natureza cível ou criminal. Assim, a dúvida que emerge das definições observadas é: se a dinâmica dos círculos restaurativos não é alterada pela natureza penal ou cível do conflito a ser abordado, e se o que se almeja é criar uma abordagem menos estigmatizante, ao se devolver o conflito às partes, por meio da criação de um espaço seguro de diálogo; em termos práticos, qual a necessidade de se manter uma separação estanque entre os conflitos de natureza penal e civil?

Diante disso, a proposta da Justiça Restaurativa é uma espécie de concretização daquilo que Molina compreende como criminologia moderna, que “parte da análise da realidade para, de novo, a ela retornar, para transformá-la e melhorá-la” (MOLINA, 2010, p. 582). Ela adota as premissas do abolicionismo para, consciente das falhas do sistema penal clássico, propor uma nova forma de encarar o evento criminalizável e construir uma resposta concreta e dialógica para cada caso, que seja capaz de produzir resultados sustentáveis, numa perspectiva de uma política criminal concreta. (COSTA, MACHADO Jr., 2018, p. 84)

Assim, a lógica restaurativa deve, sobretudo, iniciar sua transformação a partir da linguagem, evitando os vocábulos estigmatizantes, como crime, criminoso, delinquente. Mas, é possível ir além e defender uma paulatina diluição das fronteiras que artificialmente distinguem os conflitos de natureza cível dos penais?

Os autores Harris, Walgrave e Braithwaite (2004, p. 199-200) explicam que as conferências de justiça restaurativa partem de um ponto em que os ofensores provavelmente se sentirão ao menos um pouco envergonhados, por estarem ali expostos como desviantes, em uma reunião na qual a desaprovação de seus atos se encontrará no centro da discussão, tornando-os vulneráveis, desempoderados e humilhados perante os demais, o que pode conduzir à resistência, dificultando o resultado positivo do círculo, e ainda, possibilitando o aumento da resposta moralizante e estigmatizante que se almeja evitar.

Esses sentimentos de embaraço, inadequação e vergonha devem ser levados em conta na abordagem restaurativa. Os facilitadores precisam enxergar o cenário completo, a fim de usarem estrategicamente os pontos de partida tanto do ofensor quanto da vítima, estimulando a assunção de responsabilidade e validando a voz da vítima, com vistas ao atendimento de suas necessidades e administração das situações que possam gerar revitimização. (COSTA, 2023, p. 155).

Compreende-se que é mais factível que a reação negativa descrita seja mais visualizada quando o círculo se apresenta em disputas originadas de processos penais, tendo em consideração que as partes já chegarão à conferência após o contato com a lei e o processo criminal.

Se os esforços empreendidos almejam resgatar o protagonismo das partes, não há um motivo observável para a manutenção do Estado como vítima direta de violações de direitos ocorridas nestas relações.

4. LOUK HULSMAN E A ABOLIÇÃO DO TERMO CRIME E DO SISTEMA PENAL

O criminólogo abolicionista holandês Louk Hulsman aborda a questão acerca da utilização do termo crime em sua obra *Critical Criminology and the Concept of Crime*. Nesse texto, começa por questionar se os eventos tidos por criminais possuem algum denominador comum entre si, ou um caráter excepcional com relação a outros eventos conflituosos ocorridos na vida em sociedade, chegando à conclusão que não se pode apontar qualquer diferença intrínseca entre os crimes e outras situações difíceis ou desagradáveis. Mais: muitas vezes, ambos são tratados de forma similar pelos envolvidos, que podem até chegar a compreendê-los como positivos ou inofensivos, resolvendo-os dentro do contexto social em que se situam. Não há como se falar, portanto, na existência de crime como realidade ontológica (1986, p. 65-66). A afirmação de Hulsman se coaduna com a de Vera Malaguti, anteriormente mencionada.

Para ele, porém, mesmo a criminologia crítica e as visões críticas do direito penal pouco abordam o problema de tal visão ontológica do crime, que conduz, ao final, à manutenção do que intitula uma análise “catascópica” da sociedade, isto é, que considera um grande grupo como referência e analisa o comportamento individual com base em sua relação com o coletivo mais amplo. No cenário apontado, o autor considera que ao não questionar o “crime ontológico”, a criminologia se mantém dependente de uma moldura institucional de justiça criminal (HULSMAN, 1986, p. 67-68).

Sugere, então, uma observação “anascópica” capaz de libertar a criminologia do sistema de justiça criminal, partindo do que chama de situação problemática, sem relacioná-la a um contexto formal. Ao fazê-lo, em seu pensamento, o evento se torna aberto às diversas possibilidades de interpretação por parte dos envolvidos. Se, por outro lado, é previamente definido como crime, aqueles que dele fazem parte tornam-se quase automaticamente alienados de qualquer outra interpretação:

Em um sistema de justiça criminal é uma organização formal separada das pessoas diretamente envolvidas que decide acerca da definição preliminar do caso (policia ou promotor público). Na justiça cível é um dos envolvidos diretos que decide a definição preliminar e a outra parte tem a oportunidade de contribuir com a definição em igual patamar como demandado. É verdade que pode haver – mesmo na justiça cível – considerável limitação na liberdade de definição pelas restrições que um sistema legal formal impõe sobre a relevância (legal) de certas definições. As restrições na justiça cível – embora também sejam alienantes para as partes diretamente envolvidas – são, contudo, consideravelmente menos severas que as da justiça criminal. Uma terceira diferença importante é que as partes diretamente envolvidas não possuem qualquer influência nas consequências de um julgamento criminal. A execução da sentença ocorre por iniciativa da organização formal. Na justiça cível as consequências do julgamento se encontram nas mãos de uma das partes, e muito frequentemente a existência do julgamento não retira da parte derrotada todo o seu poder de barganha. Um julgamento cível modifica a relação de poder entre os envolvidos, mas deixa espaço para outras negociações. Após o julgamento eles podem interagir com base em sua própria definição dinâmica da situação. (HULSMAN, 1986, p. 77-78).

O autor propõe a abolição da justiça criminal a partir do desenvolvimento de uma nova linguagem para se referir às questões relacionadas ao direito criminal e aos problemas públicos que conduzem ao apelo por novas criminalizações, para que estas possam ser abordadas sem o enviesamento das demandas por maior controle estatal (1986, p. 79). Howard Zehr reconhece parcialmente os problemas levantados por Hulsman, mas discorda quanto a estas conclusões (2008, p. 173):

O que dizer da palavra *crime*? Alguns gostariam que a palavra fosse evitada. O crime é resultado de um sistema legal que faz distinções arbitrárias entre variados danos e conflitos. É um construto artificial que joga num só balaio uma série de comportamentos e experiências distintos, separando-os de outros danos e violações e, assim, ocultando o verdadeiro significado da experiência. Por isso o criminologista e advogado holandês Louk Hulsman sugeriu o termo *situações problemáticas*. Essa expressão é útil pois nos lembra da ligação entre os “crimes” e outros tipos de danos e conflitos. Mas *situações problemáticas* soa um pouco vago e, no caso de violações graves, pode parecer minimização das dimensões do dano. Na linguagem corrente, é muito difícil imaginar como substituiríamos a palavra *crime* por *situações problemáticas*! Seria bom ter um termo alternativo, mas por enquanto não encontrei um substituto aceitável. Assim, por ora continuaremos utilizando o termo *crime*, tendo sempre em mente suas inadequações.

A crítica de Zehr ao termo utilizado por Hulsman, como se verifica, se pauta em dois problemas: a sua obscuridade e a possibilidade de que este resulte em uma aparente “minimização” da dimensão do dano em casos considerados graves. Quanto ao primeiro, porém, há uma concordância entre ambos que a palavra “crime” é também demasiadamente vaga, se referindo a inúmeras situações danosas e conflitos que não possuem relação intrínseca entre si, exceto pelo fato de terem sido definidas desta forma pela lei penal. Sendo as duas expressões vagas e não-representativas das experiências concretas, por qual razão se optaria pelo termo estigmatizante em uso, em detrimento da proposta de Hulsman?

Já com relação à segunda objeção feita por Zehr, se observa que esta poderia se aplicar a qualquer proposta que possua o mesmo escopo da apresentada por Hulsman, isto é: reforçar o caráter não-ontológico do que se intitula crime e os problemas intrínsecos desta definição. As situações conflituosas, como reconhecem os dois escritores, são bastante diferentes, por diversos motivos – entre eles, a diferença no grau do dano causado, como bem observado por Howard Zehr –, de modo que dificilmente uma única expressão poderia dar guarida a todas em igual nível de representatividade, tornando-se quase certo que algumas propostas serão excessivamente rígidas com conflitos de menor intensidade danosa, enquanto outras possuirão o mesmo dilema apontado pelo autor.

Reconhecê-lo, porém, não conduz à conclusão sobre uma inevitabilidade do uso do termo crime – o que aparenta, em si, ser justamente a naturalização do conceito alienante e estigmatizante que Malaguti e Hulsman almejam evitar. O problema da utilização da expressão situações problemáticas quanto à possível minimização do dano é sobremaneira inferior àqueles decorrentes do tratamento ontológico da palavra crime e da própria justiça criminal, apontados pelos professores referidos.

De modo similar às próprias garantias jurídicas apontadas por Pires como obstáculo para uma reforma humanista do Direito Penal, a suposta vantagem da manutenção do vocabulário referido nos estudos sobre o tema não suplanta as suas profundas desvantagens, razão pela qual se mantém a necessidade apontada por Hulsman de estimular o desenvolvimento de uma nova linguagem nos estudos criminológicos, que seja capaz de minimizar a visão catastrófica desta área, impedindo, ainda, a legitimação de um sistema jurídico-penal retributivo, alienante e estigmatizante.

CONCLUSÕES

A estigmatização decorrente do processo jurídico-penal, que atinge não só os que ali estão como réus, mas também os apontados como vítimas, é uma das preocupações dos defensores da Justiça Restaurativa, que apontam esse caminho como capaz de permitir a reprovação da conduta praticada sem que esta implique em uma perpétua exclusão social do ofensor, que, ao final, pode ser direcionado à sua própria reintegração e restauração em honra e dignidade. Reconhecem, por outro lado, que há limitações nesse processo, que pode também conduzir a um final estigmatizante (BRAITHWAITE, 2004, p. 200).

De outra parte, sua definição de crime, focada na lesão causada e na sua reparação (ZEHR, 2008, p. 176), difere do conceito de crime visto na lei penal, qual seja, a prática de um

ato por ela definido. Este segundo significado, adotado pelo modelo retributivo de justiça, é definido pelo próprio Howard Zehr como arbitrário e fator contributivo para a tomada do protagonismo das partes pelo Estado. Ainda assim, o autor defende a manutenção do sistema jurídico-penal, seja pela compreensão de que existem casos muito graves para serem resolvidos pelas partes, seja pelas garantias presentes no modelo jurídico tradicional. Discorda, igualmente, do abandono do termo crime em favor da expressão situações problemáticas, utilizada por Hulsman, entendendo que esta não seria adequada para casos muito graves, por incorrer no risco de minimizar o dano que causam.

O argumento apresentado por Zehr, porém, não aborda os principais problemas apresentados pelo sociólogo holandês em sua defesa da não-utilização do termo crime e outros a este relacionados: o tratamento ontológico do conceito é arbitrário e a ausência de diferença intrínseca entre os conflitos definidos como crimes e aqueles que não são assim categorizados. Outrossim, o conceito apresentado por Howard Zehr englobaria diversas condutas que não são assim definidas pela legislação penal.

Como Harris, Walgrave e Braithwaite explicam, mesmo em círculos restaurativos é comum que aqueles categorizados como ofensores se apresentem ao menos às primeiras reuniões sentindo-se envergonhados, humilhados e desempoderados, em decorrência da sensação de serem reprovados pelos presentes. Não seria tal situação agravada pela definição do ato praticado como crime e de seus perpetradores como criminosos? Não contribuiriam tais vocábulos para um distanciamento entre as partes, especialmente no início da dinâmica restaurativa, por ser um momento de maior vulnerabilidade.

Os debates ora analisados contribuem para a noção de que o uso de linguagem não estigmatizante pode ser fator de grande relevância para o sucesso dos círculos restaurativos. Diante da inexistência de diferenças ontológicas entre os conflitos de natureza civil e penal, a manutenção da linguagem estigmatizante da legislação penal se afigura pouco justificável perante as críticas apresentadas por Louk Hulsman.

Embora pesquisas empíricas sejam necessárias para testar a conclusão que aqui se apresenta, é possível, a partir dos argumentos teóricos confrontados, afirmar que as críticas ao abandono do termo crime da distinção entre direito penal e civil se pautam em problemas bastante inferiores aos que são produzidos pela manutenção da linguagem e estrutura estigmatizante do sistema de justiça penal, especialmente, pelo potencial de fortalecer os obstáculos iniciais para o diálogo e participação ativa nos círculos restaurativos e, assim, dificultar o seu sucesso na construção de uma solução pacífica dos conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, Andreas von. ROBERTS, Julian V. BOTTOMS, Anthony E. ROACH, Kent. SCHIFF, Mara (Org.). **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____, HARRIS, Nathan e WALGRAVE, Lode. Emotional Dynamics in Restorative Conferences. In: **Theoretical Criminology**. London: Sage Publications, 2004.

COSTA, Daniela C. A. da. Justiça Restaurativa como Síntese: pertencimento, redesenho do papel do Estado e o novo sentido do justo. In: COSTA, Daniela C. A. da. (Org.). **Primavera Restaurativa. Coletânea em Homenagem à Kay Pranis: Dez Anos da Cátedra sobre Justiça Restaurativa no Programa de Pós-graduação em Direito da UFS**. Curitiba: Ed. CRV, 2023, p. 133-168.

_____, e MACHADO JÚNIOR, Elísio 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, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 36 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HULSMAN, Louk H. C. **Critical Criminology and The Concept of Crime**. In: Contemporary Crisis, p. 63-80. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

LEDERACH, Jonh Paul. **Transformação de Conflitos**. Teoria e Prática. Tradução de Tônia Van Acker. SP: Palas Athena, 2012.

PIRES, Álvaro P. **Alguns obstáculos a uma “mutação humanista” do direito penal**. In: Revista semestral do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFRGS, ano 1, n 1, jan.-jun., 1999, Porto Alegre, pp. 64-95.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. Ed. 25ª aniversário. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. **Justiça Restaurativa**. Teoria e Prática. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.