

Uma proposta não retributiva, de natureza reparadora e interpessoal, de justiça penal, de *Luciano Eusebi* (recensão)

MÁRIO FERREIRA MONTE *

1. Enquadramento: sendo a função do direito penal *secular*, como deve ser, de proteção de bens jurídicos, faz sentido uma reelaboração *teológico-jurídica* dos instrumentos de punição?

Que coisa significa agir segundo a (com) justiça? Que significa isso em relação ao comportamento e, em geral, às realidades negativas, ou que julgamos serem como tais? Que sentido tem isso quando se utiliza o critério da *correspetividade* (*negativo* pelo *negativo*) na sanção penal?

Estas são apenas algumas das questões que encontramos no Livro de Luciano Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, 2014, de 192 páginas, que poderíamos traduzir livremente por “A Igreja e o problema da pena (punição). Da resposta ao negativo como desafio jurídico e teológico”.

O título, no entanto, não revela tudo o que pode encontrar-se neste Livro. O Autor assume um duplo ângulo de análise dialética: o teológico e o jurídico. Dentro daquele, é o da visão judaico-cristã, com arreigo aos ensinamentos da Igreja de Roma, que

JURISMAT, Portimão, n.º 6, pp. 355-366.

* Professor na Universidade do Minho.

serve de ponto de referência. No segundo, o Autor analisa propostas jurídicas válidas para o direito canônico e para o direito comum. Aqui está algo que importa sublinhar. Não se trata apenas de um Livro que analisa o problema da pena no direito canônico penal. Trata-se de uma reflexão crítica desse problema no pensamento teológico, reflexão que é válida para esse pensamento, que portanto constitui um contributo para a evolução e para a compreensão desse pensamento, mas ao mesmo tempo de um conjunto de implicações críticas para o sistema de justiça penal comum, culminando com uma proposta concreta para a realização da justiça penal. E os contributos que aporta, no nosso entendimento, ganham maior pertinência no direito penal em geral do que no direito penal canônico.

Por isso, se tivéssemos de escolher um subtítulo para este Livro, apontaríamos, sem hesitação, aquele que encima esta recensão: *uma proposta não retributiva, de natureza reparadora e interpessoal, de justiça penal*.

Isto porque, na procura de um sentido para a justiça – e não apenas de legalidade – como orientador para a punição de comportamentos negativos – ou pelo menos tidos como tais –, a partir de uma perspectiva teológica e jurídica, procurando compreender o sentido e a pertinência de um fundamento divino, Luciano Eusebi propõe-nos uma reinterpretação do problema da punição, mais que isso, um desafio jurídico e teológico para a compreensão da pena à luz do conceito de justiça. E, em consequência, propõe linhas de construção de um **novo paradigma de justiça não retributiva, com uma concepção preventiva própria, e profundamente ligado ao modelo de justiça restaurativa**.

O livro interessou-nos. A razão é muito simples: conhecemos bem o Autor e lemos com atenção os seus escritos e, normalmente, eles trazem novidades que nos interpelam sobre ideias já feitas, reproduzidas e às vezes carentes de (re)validação. Nos seus escritos encontramos motivos para refletir sobre tais ideias, de um modo sério e muito profundo. Nem sempre suscitam acordo. E, por isso mesmo, assumem maior importância. Porque as suas ideias não procuram glosar o politicamente correto, mas a verdade e a validade dos modelos e suas propostas.

Os mais relevantes escritos podem ser encontrados em http://docenti.unicatt.it/web/publicazioni.do?cod_docente=02428&language=ITA§ion=pubblicazioni

Percebe-se que se trata de um Autor que se preocupa com a função e as finalidades da justiça penal, que procura fundamentos para o direito de punir, que se interroga continuamente sobre os caminhos que o sistema de justiça penal trilha, e que está aberto a novas soluções. Mas há um ponto que encontra em Luciano Eusebi uma preocupação que partilhamos: o sentido de justiça no juízo sobre os comportamentos (negativos) e sobre a pena a aplicar. Para lá do princípio da legalidade, garantia intangível do direito penal da ilustração, e que não podemos esquecer, é nossa con-

vicção que o direito penal só se realiza na solução do caso concreto e que isso só será possível quando nesse caso se encontra a solução mais justa. É, por isso, esta solução mais justa, qual realização da justiça e não apenas da legalidade, que nos preocupa enquanto cultores do direito penal. Não é tarefa fácil. Implica, desde logo, estarmos abertos a todos os contributos de natureza filosófica.

Pois bem, Luciano Eusebi tem uma perspetiva própria do assunto. Assume uma preocupação por convocar ao debate um fundamento divino de justiça (penal), mais concretamente aquele que historicamente corresponde ao pensamento judaico-cristão. Trata-se de um ângulo tão legítimo e tão interessante como qualquer outro e ao mesmo tempo dos mais controversos. E isto nada contradiz a ideia assumida e hoje tantas vezes enfatizada de que o direito penal não tutela “a “virtude ou moral”, não tutela “puras violações morais”, como acertadamente adverte Figueiredo Dias (*Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais. A Doutrina do Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 112 e 124). Isto porque do que trata este Livro, tanto quanto percebemos, **não é da função do direito penal**, mas do sentido de justiça na aplicação da pena. O que significa que, quando muito, a sua obra pode ser vista como uma interpelação à **problemática dos fins das penas**.

Mas, nesta dimensão, pergunta-se: quantas teorias, desde as mais absolutas, que acentuam a retribuição, a expiação ou a compensação do mal do crime como fins a atingir com a aplicação das penas, passando pelas mais relativas, que veem na pena um meio de prevenção geral, positiva ou negativa, ou especial, também de sentido positivo ou negativo, até a teorias mistas ou unificadoras que tentam conjugar aspectos diversos das anteriormente referidas, até a propostas de prevenção integral, quantas teorias e quantas concepções filosóficas não terão sido convocadas para explicar esse nó problemático que é o de assestar à pena uma finalidade que justifique a sua utilização na punição de comportamentos ilícitos de natureza penal?

A proposta de Luciano Eusebi também vai ao encontro desse problema, mas com um desafio anunciado de entrada: trata-se de uma perspetiva teológica e jurídica.

Seria, todavia, imprudente não a considerar. Mesmo que se rejeite uma perspetiva moral, ético-social, do comportamento, ao jeito de Welzel ou por Jescheck defendida (cfr. Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 111), não se negará que o comportamento a que pode aplicar-se uma pena é sempre, independentemente da significância que possa dar-se, um comportamento negativo e que a pena que lhe corresponde, independentemente das finalidades que possa ter – mesmo quando de prevenção geral ou especial de sentido positivo –, é sempre uma resposta a esse desvalor que se traduz numa manifestação de sentido negativo. Por isso é que Luciano Eusebi chama a atenção para o código binário negativo-negativo que sempre tem presidido à justiça penal. Para o Autor, tem sido sempre com um mal que se tem respondido a outro mal. Ora, a pergunta que deve colocar-se e que emerge da Lição de Eusebi é esta: não haverá

outro modo de encarar este problema? A pena, afinal, não pode ser vista como um *bem*, como algo de sentido assumidamente positivo?

A visão que deve ter-se do direito penal comum só pode ser secular. O direito penal é um direito para todos, independentemente da condição de cada um, melhor, das convicções pessoais, das crenças de cada um. Não pode, por isso, tutelar interesses puramente confessionais enquanto tais – coisa diferente seria um direito canônico penal. Mas justamente por ser assim, o direito penal não pode fechar-se à reflexão crítica. E, neste exercício, tem de estar aberto a todos os contributos de natureza política ou filosófica que possam concorrer para o seu desenvolvimento. Como afirma o Autor (p.94): “Laicità, *pertanto, non è ignorare l’apporto che può provenire dall’approfondimento religioso: che, per parte sua, è chiamato a non utilizzare linguaggi autoreferenziali, ma a formulare i suoi contenuti secondo un problematizzazione significativa per ciascun essere umano*”. E mais adiante (p. 95): “*Se, del resto, s’è fatto un ampio uso indebito di riferimenti religiosi, nella storia del diritto penale, per giustificare il sistema retributivo del punire, ben potrebbe essere, oggi, che un approccio più corretto all’elaborazione teologica possa offrire stimoli significativi per la riforma degli strumenti di risposta al reato*”.

No fundo, a sua inquietude está nesta última questão: na história do direito penal sempre se fez uso de referências religiosas para justificar o sistema retributivo; nem sempre tais referências, no entender do Autor, foram adequadas; então, uma aproximação mais correta à construção teológica talvez possa oferecer contributos para a reforma dos instrumentos de resposta ao crime; nesse pressuposto, propõe a desconstrução de certos estereótipos em torno de conceitos teológicos para chegar a novas propostas para o sistema penal.

Por isso, sem negar que o direito penal tem uma função (secular) de tutela de bens jurídicos, e não de tutela de virtudes ou de violações morais, não pode excluir-se que, na procura de um sentido de justiça na punição de comportamentos que afrontem aqueles bens jurídicos, concorram concepções diversas, sejam elas de que natureza forem. Mas também, curiosamente, o Autor acaba por fazer uma reinterpretação do pensamento teológico subjacente à justiça penal que conduz a um entendimento que diverge, em nosso entender, daquele que tem sido apresentado como próprio do discurso teológico. Numa palavra: a análise de Luciano Eusebi é dialéctica, porque ao mesmo tempo que parte do pensamento teológico para compreender o problema da pena, vai ao encontro de uma nova proposta para o direito penal comum; mas não deixa de acabar por fazer uma reinterpretação da concepção teológica, assestando-lhe um conteúdo que – não sendo totalmente inovador – contrasta com aquele que tradicionalmente costuma ser apontado como o da dogmática teológica. Acresce que o Autor acaba por aderir a um modelo de justiça – a *justiça restaurativa* – que, como é consabido, não tem fundamento em qualquer concepção religiosa.

2. A superação da justiça retributiva: “l’alternativa al male è il bene, non la ritorsione del male”

A nota mais marcante deste Livro é a do **repúdio de uma justiça retributiva**. Luciano Eusebi critica tal concepção e quem considere ser essa a visão que emerge dos textos sagrados. Trata-se de uma posição no mínimo interpelante. Não faltam vozes a defender que, por razões diversas, a retribuição, a expiação, a superação do mal provocado pelo crime com a pena sempre esteve ligada à narrativa teológica. Mais: como recorda o Autor (p. 138), vozes houve na Igreja que deram respaldo a toda uma concepção retributiva. Por exemplo, as palavras do Papa Pio XII levaram a que muitos autores vissem nelas uma proposta ético-retributiva: *“la pena è la reazione, richiesta dal diritto e dalla giustizia, alla colpa: sono come colpo e contraccolpo”*. De tal modo que para o Romano Pontífice, *“non può avere altro senso e scopo di quello di ricondurre nuovamente nell’ordine del dovere il violatore del diritto, che ne era uscito”*. Só que a explicação do Autor afasta uma ligação destas ideias a uma concepção puramente retributiva da pena: *“Il quadro complessivo delle parole di papa Pio XII mostra tuttavia come egli si preoccupi in realtà più dell’ancoramento etico all’idea di colpevolezza che non della retribuzione”*.

O Autor esforça-se por explicar que, talvez por situações como esta, se tenha entendido que havia no discurso teológico uma tendência para uma visão ético-retributiva, quando na verdade do que se tratava era da afirmação da necessidade de uma fundamentação ética da culpa para a legitimação da pena. Explica isso e também que dos textos sagrados não resulta, na análise minuciosa que faz de vários pontos, uma exaltação de uma visão retributiva, antes, pelo contrário, uma perspectiva assente no perdão e na reconciliação.

Naturalmente que Luciano Eusebi não ignora que mesmo entre crentes houve sempre lugar à ideia de que a culpa seria expiada pela pena, razão pela qual se considerou que teologicamente a isto corresponderia uma visão ético-retributiva da pena. Pois bem: a “novidade” no texto que recenseamos é a de que isso não deve ser assim entendido, demonstrando que um tal entendimento, além de errado, não encontra fundamento nas fontes teológicas, sendo, por isso, de repudiar.

Em todo o caso, o que surpreende no Livro que agora analisamos é que a resposta do Autor, longe de mergulhar no turbilhão das várias concepções filosóficas que a este propósito poderiam ser invocadas, a começar desde logo nas mais ligadas à Teologia, como seriam as sempre sábias teorias agostiniana e tomasiana – não é que estes autores não estejam tratados no seu texto, porque isso sucede e com referências que atestam os seus afastamentos de uma concepção puramente retributiva –, segue um outro caminho, ou seja, envereda pela busca de elementos de aferição mais práticos, que nem sequer são concepções filosóficas, quando muito modelos ou práticas de

cariz relativamente ideológico – e mesmo isto deve ser dito entre parênteses –, como é o caso da justiça restaurativa. Já lá iremos, mas antes vale a pena determo-nos um pouco mais na questão da rejeição do paradigma de justiça retributiva.

Logo no Capítulo I, sob o sugestivo título “Estereótipos religiosos e visão retributiva da justiça”, acaba por criticar um certo uso errado da mensagem teológica salvífica, que tem conduzido à afirmação do modelo retributivo, segundo o qual, a um mal corresponde outro mal, ou pelo menos algo negativo, e entende que o que está em causa é exatamente uma outra interpretação: a de que a esse mal pode corresponder um *bem*. O fundamento é teológico e relaciona-se com o amor com que Jesus deu a sua vida. Porém, esse gesto, para o Autor, não foi um mal que pagou o pecado, mas um bem, um ato de amor. As suas palavras conclusivas são expressivas: “*solo il bene – l’amore, in quanto adesione all’essere stesso di Dio – costituisce la vera alternativa di vita allo scandalo del male*”. Pretende assim afastar o paradigma retributivo e denunciar o erro de o ligar à mensagem teológica da redenção.

Obviamente que a isto pode objetar-se que a dimensão punitiva constituiria sempre um bem em si mesmo, uma vez que se trata de superar o mal provocado pelo crime, posto que ninguém aceitaria, a não ser por uma visão meramente utilitarista, a aceitação de infligir um mal como um fim em si mesmo. Para o Autor, o pressuposto seria óbvio: a necessidade de repor a norma, de repor o equilíbrio. Aqui a posição de Luciano Eusebi é uma vez mais interpelante (p. 11): “*che la risposta al reato debba avere un **significato restaurativo** è ampiamente condivisibile, ma ciò non implica, né dimostra in alcun modo, che tale esito sia raggiunto attraverso la dinamica retributiva, vale a dire attraverso una forma del punire il cui contenuto viene descritto, semplicemente, in termini di reciprocità (di analogia) rispetto al fatto colpevole*” (negrito é nosso). Por isso, no seu pensamento, o negativo que responde ao negativo não se reconduz ao bem, ou, dito de outro modo, o bem não assimila aquela resposta negativa ao comportamento negativo. E, por outro lado, a garantia da dignidade do condenado não é assegurada, nas palavras de Luciano Eusebi, “*da una dinamica formale di reciprocità fra reato e pena*”. A não ser assim, então aquela reciprocidade entre negativo e negativo só obteria sentido num modelo de prevenção negativa, de intimidação. Então, perante isto, o desafio é o de saber o que se pretende, que efeitos deve a pena alcançar. Claro que o Autor refuta uma concepção retributiva e, por consequência, como é óbvio, uma concepção preventiva negativa, de intimidação.

Luciano Eusebi esforça-se por demonstrar que este sentido de justiça advém da própria teologia, e encontra no Antigo Testamento várias passagens que têm sido utilizadas como demonstração de uma justiça retributiva mas que, analisadas seriamente, provam o contrário. Por isso conclui, com Wiesnet: “*Il messaggio della tzedakà, della giustizia che è ad un tempo misericordia, perdono e solidarietà, costituisce uno dei più grandi doni che abbiamo ricevuto da Israele (...). È un equivoco che*

deforma l'Antico Testamento indicarlo come Libro della retribuzione. Sono inequivocabilmente i caratteri della tzedakà, non quelli del taglione, che legano il Vecchio al Nuovo Testamento".

Para o Autor, em suma, a redenção da humanidade através da morte não foi um mal para expiar outro mal (o pecado), mas um bem que se traduziu num ato supremo de amor (ideia bem clara, sobretudo a partir da p. 34). A partir daqui constrói toda uma outra teoria válida para o direito canónico penal, para o pensamento teológico, mas também, para quem veja nisso um caminho, para o próprio direito penal comum. Isto porque, na sua concepção, uma tal ideia tem repercussão na cidade dos homens: *"Come può accadere che la risurrezione di Cristo dipenda dall'amore, nel quale è sconfitta la morte, e la salvezza dell'uomo dipenda invece dalla morte (...)?"*. Por isso, uma morte vicarial seria insustentável (p. 37). A concepção do Autor, necessariamente que teria de ter efeitos na concepção sobre a pena, dentro da própria narrativa teológica, mas também sobre qualquer concepção não confessional sobre o direito penal. Numa palavra: será de perguntar se a pena, desde logo a pena de morte, mas também qualquer pena que consista num mal em si, não seria afinal ilegítima.

3. A justiça e a pena como oportunidade de reconciliação: "luogo di composizione delle lacerazioni" e "opportunità per ricucire relazioni e per riaffermare (...) i valori socialmente rilevanti negati dai comportamenti illegali"

Chegado a este ponto, o Autor reconstrói a **noção e o conteúdo de Justiça** (p. 56): *"Emerge, allora, un concetto di giustizia alquanto diverso da quello corrente: l'alternativa al male è il bene, non la ritorsione del male"*. E eis que, perante isto, chaga a pedra de toque: *"La giustizia, piuttosto, può essere **luogo di composizione delle lacerazioni**. Ciò non implica in alcun modo inerzia di fronte al male: implica, semmai, ricercare con intelligenza che cosa significhi agire secondo il bene (di tutte le persone coinvolte e, insieme, dell'intera società) rispetto al male commesso"* (negrito nosso). A justiça pode ser lugar de composição das lacerações. A Justiça como espaço de consenso, de concertação, e não como espaço adversarial de expiação, de vingança. Abrem-se assim portas a um novo paradigma de justiça. Fecham-se portas à justiça como retaliação do mal, rompe-se com a lógica hegeliana de *"ritorsione del male"* (p. 65).

Naturalmente que o ângulo de que o Autor parte pressupõe a dimensão do perdão como fundamental para uma tal visão. Na verdade, o perdão surge como fio condutor para resolução do conflito, mas não pode ser visto aqui como uma atitude de indiferença perante o facto negativo (p. 86): *"la componente del perdono manifesta l'intrinseca dimensione dialogica e di apertura al futuro che dovrebbe*

*caratterizzare la giustizia: non come realtà che ratifica, dando loro forma giuridica, le fratture di cui ci rendiamo responsabili nei rapporti intersoggettivi e che modella il criterio del suo realizzarsi sul male compiuto, ma come **opportunità per ricucire relazioni e per riaffermare, anche attraverso il contenuto dei provvedimenti sanzionatori, i valori socialmente rilevanti negati dai comportamenti illegali***” (negrito é nosso).

É nesta oportunidade, através da conciliação, que vem a estar o caminho a seguir na resolução do conflito, como reafirmação dos valores socialmente relevantes negados pelos comportamentos ilícitos, que o Autor constrói o seu modelo de intervenção penal.

A partir da rejeição do modelo retributivo, o tema ganha uma outra transcendência, mas no sentido, imagine-se, de o *trazer à terra*. Por paradoxal que possa parecer, é exatamente isso que o Autor faz: ao analisar o problema da justiça, *rectius*, da justiça divina, para compreender o sentido da punição, da pena, Luciano Eusebi não se fica no seio da justiça penal da Igreja – porque disso fala abundantemente –, tanto enquanto direito penal canónico, mas também enquanto discurso teológico sobre a justiça penal comum, nomeadamente em temas fraturantes, como sói dizer-se, entre os quais o da pena de morte, mas invade campos da justiça penal da cidade dos homens. E afinal o que o leva a fazer isso, para além do sentido de uma eventual justiça retributiva que parece não ser adequadamente compreendida pelos próprios crentes (“*e perfino con riguardo alla lettura della redenzione operata da Gesù*”), é, utilizando aqui as próprias palavras do Autor, saber “*come tale indagine, dall’altro lato, possa interagire con il dibattito giuridico circa i modelli di prevenzione dei reati e la riforma del sistema sanzionatorio penale: il che porrà in evidenza importanti profili di sintonia con gli orientamenti oggi riconducibili alla restorative justice*” (negrito nosso).

Aqui está, para nós, verdadeiramente o desafio do Livro: como pode a investigação nele vertida interagir com o debate jurídico sobre os modelos de prevenção do crime e a reforma do sistema sancionatório, por um lado, e como podem certas orientações atuais interessar nessa reflexão, como é o caso daquelas que se reconduzem ao paradigma da *Restorative Justice*, por outro.

O modelo proposto por Luciano Eusebi começa pelo sistema tal como ele existe. Partindo do princípio de que a pena de prisão existe, ela deve ser alterada no modo como é executada (p. 151): “*Solo da pochi anni si è iniziato, finalmente, a discutere di sviluppi i quali vadano al di là dei tradizionali (e poco realistici) auspici a che la pena detentiva, di fatto inflitta secondo il modello retributivo, si trasformi durante la permanenza in carcere del condannato in un trattamento rieducativo*”.

Depois, o Autor questiona se não é chegado o momento de modificar o paradigma de

punição: “*E in questo senso si muovono, almeno implicitamente, le aperture – che sin qui hanno interessato l’Italia in modo marginale – a una diversificazione delle pene applicabili in sentenza, come pure a introdurre particolari modalità di definizione anticipata del processo*”.

O Autor não foge a questões mais delicadas, inclusive no seio da Igreja. Entre elas, a pena de morte. Das considerações que faz, em coerência com a sua teoria, obviamente que a pena de morte só poderia ser repudiada. Lamenta, por isso, que a Igreja não tivesse sido mais clara nesse repúdio e que o catecismo não tenha já uma posição abolicionista desta pena. Por isso, conclui (p. 130): “*Sembrano sussistere, dunque, tutte le condizioni – teologiche, giuridiche, culturali – per una revisione del Catechismo che esprima chiaramente la non accettabilità morale del ricorso in sede giudiziaria alla pena di morte*”. Para além de muitas razões que invoca, uma é de coerência (p. 131): “*Oggi, del resto, la condanna della pena di morte viene percepita, da parte di molti, come elemento necessario di coerenza dell’impegno profuso dalla Chiesa nel far valere l’intangibilità della vita umana, in ogni sua fase e in qualsiasi situazione*”.

Tomada esta primeira posição sobre a pena, o modo como deve ser executada e a desnecessidade da pena de morte, o Autor avança no último capítulo para a defesa da justiça restaurativa como paradigma a seguir.

4. A justiça restaurativa, entre outros modelos, como paradigma de justiça penal

Em primeiro lugar, o Autor propõe que se identifiquem as características da resposta a uma realidade negativa que podem definir, na prática, um caminho de *restauração* do bem – poderíamos dizer, do *bem* jurídico. O desafio é o de evitar que o juízo sobre o mal cometido se transforme num alibi que permita a quem julga atuar segundo uma lógica do mal, de retribuição. Logo, estaria excluída qualquer lógica de reciprocidade de juízo, mas, pelo contrário, convocada a atuação de um tal modo que sempre resulte respeitada e promovida a dignidade do indivíduo. Isto implica um percurso, um processo, com determinadas finalidades: de responsabilização, reparação e, possivelmente, de reconciliação. Nada tem que ver com o modelo retributivo, como explica (p. 155): “*Al contrario, è proprio lo schema della reciprocità retributiva che – riportando il reato e la pena a una sorta di partita di giro (ho agito, ma ho a mia volta subito, e a ben caro prezzo) – preclude il confronto con il danno o il dolore arrecati*”.

Para isto, torna-se indispensável dar à **vítima** um lugar próprio na resolução do conflito, pois que esta não recebe do sistema penal senão a “*visualizzazione della gravità riconosciuta al reato attraverso la durata della pena detentiva inflitta*” (p. 156).

Ao mesmo tempo, entende que deve ponderar-se na introdução de toda uma série de penas que vá ao encontro daquelas finalidades. As palavras do Autor são a este título expressivas (p. 157): *“può ipotizzarsi un’ampia rivalutazione delle sanzioni penali di natura prescrittiva, che consistano in un progetto di responsabilizzazione e di aiuto seguito dai servizi sociali (per l’Italia, dall’Ufficio per l’esecuzione penale esterna), il quale comprenda, fra l’altro, la promozione di impegni aventi carattere riparativo”*.

Nesse sentido, ao nível processual, podem experimentar-se novas soluções, ou seja, *“forme di definizione anticipata del processo che attribuiscono **rilievo estintivo dell’illecito penale** a una **proposta riparativa formulata dall’indagato o dall’imputato** e ritenuta adeguata dal giudice ovvero all’esito positivo di un progetto di messa alla prova disposto dal giudice (una volta esclusa la possibilità di assolvere) già in sede processuale”* (p. 157; negrito nosso).

Mas o que na verdade seria de ponderar para melhor gerir o problema do crime seria a justiça restaurativa, ou reparadora e, dentro desta, a **mediação penal**. E que seria isto? Um *“spazio che consenta, prioritariamente, una rielaborazione secondo verità, tra i soggetti coinvolti, della vicenda rappresentata dal reato, rielaborazione preclusa, di fatto, nell’ambito del processo penale, in quanto il medesimo utilizza l’emergere della verità contro l’imputato”* (p. 158). Isto, claro, com respeito pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, em que a mediação implicaria uma suspensão do processo com o fim de *“realizzare una convergenza, tra i soggetti coinvolti, nel giudizio sul reato, ristabilire un reciproco riconoscimento tra gli stessi nella loro dignità personale, aprire a una proposta riparativa (consistente in un impegno personale e non in una mera prestazione risarcitoria) formulata dallo stesso imputato”* (p. 159).

Mas, afinal, que tem isto que ver com o fundamento teológico-jurídico que Luciano Eusebi procura para o sentido de justiça? A resposta está implícita em todo o seu pensamento, mas aparece explicitada na p. 160: *“Di una tale, più alta, forma di giustizia la mediazione rappresenta oggi, come lo fu il rîb nel contesto veterotestamentario, la modalità interpretativa concreta più credibile”*. Claro que a mediação não é uma proposta teológica. Mas o que Luciano Eusebi sugere é que, com o seu entendimento de justiça a partir dos textos sagrados, a mediação encontra acolhimento nessa “nova” concepção.

Há muitas questões que costumam ser colocadas como entraves à adopção de um modelo puro de justiça restaurativa. Não cabe aqui o seu enunciado. Mas uma delas tem que ver com a prevenção. É hoje consensual que as finalidades da pena devem ir ao encontro da prevenção. Será que a justiça restaurativa, na modalidade da mediação, cumpre esse objectivo?

A resposta do Autor não surpreende: naturalmente que uma dinâmica intimidativa ou intimidativa e neutralizadora não merece a sua aprovação. Logo, a justiça restaurativa não cumpriria essas finalidades. No entanto, o Autor entende que a prevenção ainda assim é possível através da justiça restaurativa (p. 162): “*La prevenzione, in altre parole, non dipende da automatismi coercitivi (prevenzione c.d. negativa), ma prioritariamente – fermo il ruolo della prevenzione primaria – dal consenso (prevenzione c.d. positiva)*”. Isto muito simplesmente porque “*Recuperare l'autore di reato, in questa prospettiva, non è rilevante solo dal punto di vista umanitario, ma costituisce un fattore cardine di prevenzione generale*”.

Assim sendo, a pena de prisão, para o Autor, deve ser de *extrema ratio*, para casos de perigo concreto de reiteração de crimes graves ou para casos em que manifestamente vem a ser justificada para controle da criminalidade organizada.

Entre os dois modelos de justiça em jogo – o do equilíbrio, da balança, que exige julgar o outro segundo uma lógica de reciprocidade, e o que se orienta para encorajar a *dar o primeiro passo*, segundo a dignidade de todos os sujeitos envolvidos, que procura corrigir comportamentos e curar feridas –, certamente que o Autor prefere este último, que corresponde à noção de justiça restaurativa.

5. Breve reflexão conclusiva

São dois os pontos nevrálgicos da obra de Luciano Eusebi: a) a rejeição da justiça retributiva; b) a aposta numa justiça de caris restaurativo, de reconciliação.

O primeiro ponto, partindo de um ângulo teológico-jurídico, topa com um problema: sempre se entendeu que a justiça emergente do pensamento teológico era de feição ético-retributiva. O Autor, neste Livro, esforça-se por demonstrar que esta posição está errada, uma vez que o que resulta das fontes é que a proposta não é a de pagar um mal com outro mal, mas sempre a de superar o mal com um bem.

A sua posição dirige-se, em primeiro lugar, ao próprio pensamento teológico, no sentido de uma reinterpretação desta realidade e, na análise de implicações concretas, propõe, por exemplo, a necessidade da afirmação inequívoca do repúdio da pena de morte pela Igreja. Mas acaba também por se dirigir ao direito penal secular. Não colocando em causa a função do direito penal, de proteção subsidiária de bens jurídicos, acaba por tomar partido na problemática dos fins das penas, na medida em que interpela o sentido de justiça com a aplicação de uma pena a um crime. Quem se posiciona contra uma justiça retributiva ou até preventiva de sentido negativo, encontra neste livro argumentos muito interessantes.

Mas o segundo ponto é o que nos parece ainda mais interessante. Sobretudo pela sua “novidade”. A justiça restaurativa não corresponde a um pensamento filosófico determinado. Há quem veja neste modelo de justiça uma certa carga ideológica, havendo mesmo quem entenda corresponder a um certo pensamento de esquerda, mas o que nos parece acertado é que ela emerge de práticas culturais ancestrais, de reconciliação. O exemplo apontado costuma ser o dos costumes aborígenes da Nova Zelândia e da Austrália. Ora, facilmente se compreende que não tem, por isso, qualquer relação com o pensamento teológico judaico-cristão.

Porém, Luciano Eusebi, ao criticar o modelo de justiça da reciprocidade, retributivo, que vê na pena um mal para responder a um comportamento negativo, aposta num modelo de justiça de reconciliação, de oportunidade, de relação interpessoal, reeducativo, numa palavra, restaurativo, em que a mediação penal seria o exemplo por excelência. E vê neste modelo pontos de convergência com o que seria a raiz da mensagem redentora dos textos sagrados.

Pode não concordar-se com os seus argumentos; pode discordar-se das suas propostas; mas o que não pode é ficar-se indiferente a uma abordagem que, arrancando de uma visão teológico-jurídica de sentido para a justiça penal, a um só tempo acaba por repudiar a justiça retributiva e apoiar a justiça reparadora, estabelecendo entre elas notáveis pontos de divergência, quando é sabido que, para certos autores, de certo modo, a reparação também é justiça retributiva. Ora, neste Livro fica demonstrado que se o é, seguramente que é um equívoco que carece de explicações.

Trata-se por isso de um Livro que interessa a crentes e não-crentes, porque, independentemente do ângulo com que se parta, o que ele procura é dar sentido ao direito de punir.