



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

MAIARA BATISTA DOURADO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE SUAS POSSIBILIDADES**

SALVADOR

2016

MAIARA BATISTA DOURADO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE SUAS POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de Título de Mestre em Direito Público do
Programa de Pós-Graduação em Direito Público da
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de
Santana

SALVADOR

2016

D739

Dourado, Maiara Batista,

Justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro:
uma análise de suas possibilidades / por Maiara Batista
Dourado. – 2016.

137 f.

Orientador: Prof. Dra. Selma Pereira de Santana.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2016.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE SUAS POSSIBILIDADES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, após avaliação da
seguinte banca examinadora:

Prof. Doutora Selma Pereira de Santana
Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia.

Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia
Professor da Universidade Federal da Bahia

Prof. Doutor Riccardo Cappi
Professor da Universidade do Estado da Bahia

Salvador - Bahia, 30 de julho de 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a justiça restaurativa do ponto de vista de suas diversas possibilidades, no plano conceitual e prático, e identificar quais tipos de justiça restaurativa é possível prever a partir do ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente se apresenta o sistema de justiça criminal brasileiro orientado por uma lógica punitiva aflitiva e que, sem adotar um paradigma diferente, vê-se a priori obstaculizado para aceitar novos formatos, como propõe a justiça restaurativa. Contudo, este termo se apresenta em vários âmbitos e adquire diversos significados, de modo que o levantamento teórico da literatura nacional e estrangeira, somado com o estudo de algumas práticas, permite compreender que a justiça restaurativa, em sua diversidade, apresenta alguns pontos distintivos passíveis de análise, considerando sua variabilidade teórica e prática. Diante do arcabouço teórico montado e analisado, buscou-se observar no ordenamento jurídico brasileiro, quais vertentes encontradas na teoria poderiam dele decorrer. Concluímos que, ainda que não exista uma legislação específica sobre o tema, esta diversidade pode ser observada parcialmente, quando analisada pela lei brasileira junto com alguns atos normativos, bem como pode ser ampliada, também em graus diferentes. Torna-se relevante, de qualquer forma, a concepção da justiça restaurativa adotada, assim como a opção que se faz, a respeito de sua relação com o Direito Penal.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Diversidade. Ordenamento Jurídico. Possibilidades.

ABSTRACT

This study aims to consider restorative justice from the point view of its many possibilities, in the conceptual and practical level, and to identify which types of restorative justice can be predicted from the brazilian law. Initially, is presented Brazilian criminal justice system guided by a distressful punitive logic, wich without adopting a different paradigm, a priori is seen hindered to accept new formats, as proposed restorative justice. However, this term appears in various areas and acquires different meanings, so that the theoretical survey of national and foreign literature, combined with the study of some practices, enables us to understand that restorative justice in its diversity, has some distinctive points that could analysis, considering its theoretical and practical variability. Before the assembled and analyzed theoretical framework, we tried to observe the Brazilian legal system, which in theory could strands found his place. We conclude that, although there is no specific legislation on the subject, this diversity can be observed partially, when analyzed by Brazilian law along with some normative acts, and can be extended also to varying degrees. It is important, in any case, the concept of restorative justice adopted, as well as the option that is, about its relationship to the Criminal Law.

Keywords: Restorative Justice. Diversity. Legal System. Possibilities.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me guiado até este momento.

Aos meus familiares, pelo amor e compreensão, neste e em todos os momentos que precisei.

À minha orientadora, Professora Selma Santana, não apenas pelas lições, mas pelo carinho, bondade e todo o auxílio recebido ao longo dos últimos anos.

A Riccardo Cappi, pela amizade, confiança, e pelas gentis palavras de força e coragem que não me fazem desistir.

Ao querido amigo, colega e companheiro de pesquisa, Sóstenes, por toda ajuda, paciência e pelas palavras sempre animadoras e confortáveis quando precisei.

Aos meus amigos, Thaís, Ana, Luã, Sheila, Nina, Laís, Daniela, Diego, Paulo Victor e Rafael, pelo incentivo e apoio, desde a seleção, até a defesa.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UNEB e UEFS, à Professora Máira e aos Professores Dan e Álvaro, pelas conversas e valorosas contribuições para a minha pesquisa.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelos ensinamentos, dedicação e comprometimento, em especial ao Professor Saulo Casali, pela compreensão e disponibilidade em fazer parte de algumas etapas da construção deste trabalho.

Aos queridos colegas do Mestrado, Isabela, Thífani, Jéssica, Fernanda, Nathalia, Lucas Carapiá, Lucas Gabriel e Diego, por todo acolhimento.

À minha família do mar, pelo carinho e por me ajudar a superar limitações.

Aos servidores e funcionários de todos os setores da Faculdade de Direito da UFBA, da Biblioteca da Baiana e a toda a equipe das copiadoras destas instituições, pela atenção e gentileza nos últimos anos.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Tipos e Graus de Justiça Restaurativa por McCold e Watchel	55
FIGURA 2 - Os momentos de encaminhamento de programas de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal	62
FIGURA 3 - Pirâmide de Braithwaite orientada à integração entre Restauração, Dissuasão e Incapacitação	74
FIGURA 4 - Fluxograma Teórico – Local, Momento de Aplicação e Efeitos Jurídicos	80

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Posição da Justiça Restaurativa	78
TABELA 2 - Momentos de Aplicação	79
TABELA 3 - Participação no Processo Restaurativo	82
TABELA 4 – Voluntariedade	83
TABELA 5 - Tipos de Resultado Restaurativo.....	83
TABELA 6 - Conteúdo do Acordo Restaurativo	84

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PUNIÇÃO, RACIONALIDADE PENAL MODERNA E JUSTIÇA RESTAURATIVA	15
1.1 SISTEMA PENAL BRASILEIRO: PANORAMA PUNITIVISTA.....	15
1.2 CONTROLE SOCIAL E SANÇÃO.....	20
1.3 DIREITO PENAL E RACIONALIDADE PENAL MODERNA.....	23
2 FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	32
2.1 O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA	32
2.2 PRÁTICAS RESTAURATIVAS	39
2.2.1 Agências de Apoio à Vítima.....	40
2.2.2 Mediação Penal.....	42
2.2.3 Conferência Restaurativa.....	46
2.2.4 Círculos Restaurativos	48
2.2.5 Comitês de Paz	49
2.2.6 Conselho De Cidadania	51
2.2.7 Serviço Comunitário.....	52
2.2.8 Painéis de Impacto.....	54
2.3 AVALIAÇÃO DA RESTAURATIVIDADE	54
3 VARIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	58
3.1 POSIÇÃO E PARTICIPAÇÃO: PROFISSIONAIS X NÃO PROFISSIONAIS	58
3.2 DIVERSIONISTA X JUDICIAL: OS MOMENTO DE APLICAÇÃO.....	61
3.3 GRAVIDADE DO CRIME	66
3.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA COERCITIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA NÃO COERCITIVA	68
3.5. POSICIONAMENTOS DIVERSOS	71
3.5.1 Proposta de Christa Pelikan.....	71
3.5.2 Proposta de Braithwaite.....	73
3.5.3 Proposta De Walgrave	75
3.6 SÍNTESE DOS ELEMENTOS DISTINTIVOS	77

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	85
4.1 AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PRÓPRIA.....	85
4.2 ANÁLISE DE ALGUNS DIPLOMAS NORMATIVOS: POSSIBILIDADES, OBSTÁCULOS E ENFRENTAMENTOS	88
4.2.1 A Posição do Judiciário – Resolução 225 de 2016.....	92
4.2.2 Local, Composição e Participação no Programa	94
4.2.3 Momentos e Encaminhamentos.....	95
4.2.4 Consequências Jurídicas e os desafios no Poder de Decisão.....	98
4.2.5 Caso Normativo: Violência Doméstica	104
4.3 POLÍTICA CRIMINAL DE ALTERNATIVAS PENAIIS – PORTARIA 495 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	107
4.4 GARANTIAS E JUSTIÇA RESTAURATIVA	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS	122
ANEXO.....	129

INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa é um assunto que vem ganhando interesse em diversos espaços, espalhando-se amplamente nos ambientes acadêmicos, bem como se mostra bastante recorrente nos discursos oficiais, seja em âmbito legislativo, executivo como judiciário. As discussões a respeito da ampliação das atividades já exercidas em nosso país e os debates sobre a implementação em nossa legislação demonstram que a justiça restaurativa se coloca no cenário político como uma verdadeira realidade.

Assim é que o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, entre suas metas para 2016, a implementação da justiça restaurativa, determinando a criação, em nível estadual, de um “projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31.12.2016”¹. Desta iniciativa, montou-se um grupo para elaborar um documento sobre o tema, resultando na Resolução 225, publicada em 2 de junho de 2016, tratando da “Política Nacional de Justiça Restaurativa”².

De igual modo, desde a última década, o Ministério da Justiça vem atribuindo importância para mecanismos alternativos de intervenção penal, de modo que a justiça restaurativa aparece na Portaria nº 2.594, que cria a Estratégia Nacional de Alternativas Penais, bem como faz parte da Política Criminal de Alternativas à Prisão³. Ademais, em maio do presente ano foi lançada a Política Nacional de Alternativas Penais, a qual colocou a justiça restaurativa em notável destaque⁴.

De forma mais tímida, no entanto, a justiça restaurativa também está presente nas discussões legislativas, em especial no projeto de Lei 7006/06, o qual recentemente foi juntado ao projeto de lei que trata do novo código de processo penal⁵.

¹ Trata-se da Meta 8: “META 8 – Implementar práticas de Justiça Restaurativa • Justiça Estadual: Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31.12.2016.”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. METAS PARA 2016. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf>> Acesso em 26 fev. 2016.

² Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso: 10 jun 2016

³ Ver mais em: BRASIL. Ministério da Justiça. **POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À PRISÃO: A CONCEPÇÃO DE UMA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE JUSTIÇA**. Brasília, 18 de maio de 2011. <<http://institutoelo.org.br/site/files/arquivos/df0f7937b88650a0c9d9d9240d0cd3e1.pdf>> Acesso em 12 de abril.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016. Diário Oficial da União, 2 mai. 2016c.

⁵ BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO nº 236, de 2012 - (NOVO CÓDIGO PENAL) Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> Acesso em 30 abr 2016.

Tendo em vista esta mobilização para o desenvolvimento e ampliação das atividades baseadas no ideal restaurativo, nosso trabalho se volta para um estudo analítico da justiça restaurativa e de suas possibilidades de implementação segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Nossa questão é portanto “que tipo de justiça restaurativa está prevista ou se torna possível de acordo com o ordenamento jurídico pátrio?”. Partimos de duas hipóteses: a primeira é que há diversidade de concepções de justiça restaurativa e a segunda é que esta diversidade pode ser contemplada em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual será realizado um estudo plural acerca do tema.

Ao encarar a justiça restaurativa de forma múltipla e diversificada, o objetivo principal vem a ser a construção analítica desta diversidade e de como a justiça restaurativa pode ser prevista a partir dos dispositivos normativos pátrios, identificando os principais entraves e os possíveis caminhos já existentes ou que podem ser construídos para tanto.

Para alcançar tais objetivos, optou-se por estruturar o trabalho em quatro momentos. O primeiro capítulo objetiva apresentar um breve panorama da relação entre a punição e os discursos e medidas que se anunciam alternativas, notadamente em nosso sistema de justiça criminal. A análise dos impedimentos e dificuldades encontradas na racionalidade penal dominante permitiram situar a dificuldade em se trabalhar com uma proposta mais inovadora, tal como a justiça restaurativa se apresenta na literatura.

No segundo momento, são estudados os principais fundamentos teóricos da justiça restaurativa, buscando compreender o seu sentido e principais características que a transformam em um movimento de linguagem diversificada. Assim, no segundo capítulo serão apresentadas as principais características que formam a justiça restaurativa, baseada em orientações teóricas distintas, permitindo a abrangência de diversos tipos de justiça restaurativa, sem se remeter a um modelo fechado e inflexível. O desafio acadêmico será, portanto, o de construir analiticamente os diversos elementos de diferenciação das modalidades da justiça restaurativa, o qual é realizado no terceiro capítulo.

Opta-se por uma análise conceitual da diversidade da justiça restaurativa e de suas experiências pelo mundo, tendo como base literatura nacional e estrangeira que oferecem aportes para pensar a forma de encarar a justiça restaurativa junto com o sistema de justiça criminal.

Com a estruturação teórica previamente definida, avança-se, no quarto capítulo, para a análise deste conjunto de teorias e posições tendo como base o ordenamento jurídico. Pretende-se, inicialmente observar quais dispositivos possibilitam a justiça restaurativa e de que tipo ela pode derivar, consoante a análise feita no momento anterior.

Com isto, espera-se que esta pesquisa produza dois tipos de resultados principais. Por um lado, o desenho analítico das possibilidades de justiça restaurativa e, por outro lado, a aferição desta diversidade em nosso ordenamento jurídico. No decorrer do estudo, teremos obviamente, condição de tecer importantes reflexões acerca do papel da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal.

Para tanto, opta-se por uma metodologia que englobe uma fase mais descritiva no tocante à reunião de literatura e documentos sobre o tema, e outra fase mais analítica, quanto à diversidade existente, além de mostrar a forma como pode ser prevista em nosso ordenamento jurídico. Diante da complexidade ao se trata da concepção e alcance da justiça restaurativa, faz-se essencial promover um estudo voltado para o ordenamento jurídico pátrio.

1 PUNIÇÃO, RACIONALIDADE PENAL MODERNA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

O presente capítulo busca apresentar alguns aspectos que envolvem o sistema de justiça criminal brasileiro, e assim identificar a lógica que o sustenta. Será tratada, portanto a relação da punição com o funcionamento do sistema penal. Apesar de algumas propostas de redução da atividade punitiva, como penas alternativas e medidas despenalizadoras, o sistema aparenta não conseguir deixar o paradigma punitivista de lado.

Deste modo, busca-se refletir sobre esta relação e as dificuldades inerentes a ela, notadamente quanto às questões envolvendo o controle social e sistema penal, e a dificuldade de se pensar de forma criativa e inovadora quando se trata do âmbito penal.

1.1 SISTEMA PENAL BRASILEIRO: PANORAMA PUNITIVISTA

O sistema de justiça criminal, consoante lições de Vera Regina de Andrade⁶, pode ser compreendido a partir de três dimensões: a) dimensão normativa e institucional-instrumental, b) dimensão integrativa do controle social informal e c) dimensão ideológica simbólica.

Segundo a autora, a primeira dimensão do sistema é representada pela própria Lei e instituições formais de controle⁷, notadamente os membros da “polícia, Ministério Público, justiça, sistema penitenciário, com sua constelação prisional e manicomial: decisões policiais, ministeriais, judiciais, penitenciárias”, de modo que a presença do Estado se encontra em todos os níveis, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário.

A segunda dimensão do sistema, consoante explica a autora, é representada pela integração entre as instituições de controle formal e o conjunto de mecanismos de controle informal, estes últimos interagindo e participando do mecanismo de controle social, formando um “macrossistema penal” no qual há uma colaboração ampla, “seja como operadores formais ou equivalentes, seja como senso comum ou opinião pública”.⁸

A terceira dimensão é aquela “representada tanto pelo saber oficial (as Ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, como senso comum punitivo (ideologia penal dominante)”. Trata-se de uma dimensão que, ao somar os discursos científicos

⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A SOBERANIA PATRIARCAL: O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER**. Revista Sequência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005, p. 76-78.

⁷ O próximo tópico abordará as questões envolvendo o controle social, tanto o formal, quanto o informal.

⁸ Ibidem, p. 76

com os discursos legais, produzem “fio de sua (auto) legitimação oficial”, sendo a conclusão de Andrade de que:

(...) é precisamente a Lei e o saber (Ciências Criminais), dotados da ideologia capitalista e patriarcal, que dotam o sistema de uma discursividade que justifica e legitima sua existência (ideologias legitimadoras), co-constituindo o senso comum punitivo reproduzido, por sua vez, pelo conjunto dos mecanismos de controle social, com ênfase, contemporaneamente, para a mídia.⁹

Trata-se, pois, de um complexo conjunto de atores e instituições que produzem e (auto) legitimam discursos para o enfrentamento da criminalidade, a qual, segundo expõe Vera Batista, “não é ontológica, mas atribuída por um processo de dupla seleção: dos bens protegidos e dos comportamentos dos indivíduos entre todos os que realizam infrações.”¹⁰

A legitimidade do sistema de justiça penal em lidar com a criminalidade é frequentemente contestada, em especial, quando se volta para análise do sistema carcerário. No Brasil, a situação de encarceramento apresenta números alarmantes, conforme se observa do relatório apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o INFOPEN 2015¹¹.

Os dados revelam uma situação caótica no sistema prisional, o qual recentemente fora totalizado com 607.731 presos, embora conste apenas com 376.669 vagas nos estabelecimentos prisionais, sendo o déficit de vagas a quantia de 231.062¹². Ao comparar com outras nações, os dados indicam que o Brasil apresenta a quarta maior população brasileira do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia, contando ainda com a quinta maior taxa de presos sem condenação. Ademais, consoante os dados do referido Relatório, entre 2000 e 2014 a taxa de aprisionamento aumentou 119% e a tendência é que, caso este ritmo de encarceramento se mantenha, em 2022, o número da população carcerária brasileira atinja a quantia de 1 milhão de indivíduos.¹³

A política pelo aprisionamento, ao mesmo tempo em que não se mostra eficaz na contenção da violência e redução da criminalidade, falha por violar direitos dos presos, notadamente na inobservância de condições estruturais e sanitárias dos presídios, bem como quanto a ausência de assistência médica, jurídica, e o cerceamento de outros benefícios previstos em lei, tais como progressão de regime, liberdade condicional, remição da pena, etc.

⁹ Ibidem, p. 78.

¹⁰ BATISTA, Vera Malaguti. INTRODUÇÃO CRÍTICA À CRIMINOLOGIA BRASILEIRA. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.89.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao mês de junho/2014. 2015. Ver mais em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 30 de junho de 2015..

¹² Ibidem, p. 11.

¹³ Ibidem, p. 12.

No tocante à realidade brasileira, Loic Waquant é preciso quando relata que:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de "amarelos"); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão.¹⁴

Os discursos e ações no enfrentamento à violência e ao crime aparentemente se contradizem. Por um lado, o Estado brasileiro levanta a bandeira por um Estado Penal Mínimo, fomentando o uso de medidas e alternativas penais, a exemplo da proposta de elaboração de uma Política Criminal de Alternativas Penais, em 2011, a qual fora recentemente instituída pela Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016¹⁵.

Não obstante, a percepção que é feita, em especial diante dos dados revelados por pesquisas oficiais, é que as medidas alternativas vêm sendo utilizadas para operar no “enriquecimento da caixa de ferramentas”¹⁶ do sistema punitivo. A introdução de medidas e penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷ não aponta resultados significativos quanto à superlotação carcerária, mas, ao contrário, demonstra uma ampliação da interferência estatal na liberdade do indivíduo.

¹⁴ WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Disponível em: <http://files.femadireito102.webnode.com.br/20000003962f056357d/As%20Prisoos_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf> Acesso em: 30 abr 2016. p. 7

¹⁵ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016. Diário Oficial da União, 2 mai. 2016c. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=40&data=02/05/2016>> Acesso: 05 jun 2016.

¹⁶ Expressão de Pavarini, citada por Salo de Carvalho. Ver CARVALHO, Salo. Sobre as possibilidades de um Modelo Crítico de Justiça Restaurativa. **Sistema Penal e Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 129-136, jan.-jun. 2014, p. 134

¹⁷ As medidas alternativas à prisão foram introduzidas no código de 1984, e, em 2000 iniciou-se a política nacional de penas e alternativas penais, com a criação da CENAPA – Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas. Acerca da política criminal de medidas alternativas, conferir o recente material do Ministério da Justiça: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Ministério da Justiça. **POSTULADOS, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES PARA A POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS**, Brasília, 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>> Acesso em 15 jun 2016.

Salo de Carvalho, ao analisar a relação entre as penas e medidas alternativas e prisões, entende que “a estrutura do controle punitivo formal amplia hiperbolicamente seus horizontes em face da instituição dos substitutivos penais, principalmente com o advento das Lei 9.099/95 e 9.714/98”¹⁸. A mera reprodução normativa não aparenta ser suficiente para afastar o viés punitivista das medidas de enfrentamento à prisão, de modo que uma mudança nas estruturas do sistema é um caminho que necessita ser trilhado, pois o formato em que é posto revela que elas se colocam como uma adicional à pena¹⁹. Quanto ao tema, entende o autor que:

(...) no âmbito das agências punitivas não basta a aplicação de leis que garantam direitos ampliando os espaços de liberdade, como ocorreu no Brasil com o aumento de possibilidades de aplicação de penas alternativas (Lei 9.714/98) e a criação de alternativas ao processo penal (Lei 9.099/95). A centralidade do sistema carcerário, como visto, provocou o aumento da rede de controle não prisional sem diminuir os níveis de encarceramento.²⁰

Por outro lado, os discursos relativos a matéria penal, em âmbito legislativo, são cada vez mais repressivos, com excessiva defesa pela ampliação da gravidade das penas, o que tende a dificultar a utilização das alternativas penais.

Selma Santana alerta que a função do Estado passa por uma redefinição, de modo que é possível afirmar que ela caminha mais pela redução de “seu papel socializador” e de alargamento e endurecimento da intervenção penal, a qual pode ser percebida, em especial, para a criminalidade de massa:

(...) é certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado pela desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por uma intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, através do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado.²¹

¹⁸ CARVALHO, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: GAUER, Ruth. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. EDIPUCRS, 2010, p.161

¹⁹ O perigo dos substitutivos penais é a incorporação ao sistema penal enquanto um adicional de dor, de modo a colaborar com o aumento do controle do sistema penal e não sua redução. Segundo Carvalho: “Na perspectiva crítica, as alternativas devem ser possibilidades de minimização de dor e sofrimento que imponham rupturas ao modelo carcerário, diminuindo-o gradualmente. Não podem representar, portanto, um adicional ao sistema penalógico tradicional, transformando-se em apêndice ou válvula de escape do insolvente sistema punitivo.” CARVALHO, Salo. Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. *In* **Discursos Sediciosos**. - Ano 11, n. 15/16, 2007, p.91-92.

²⁰ CARVALHO, 2010, op. Cit., p.167.

²¹ SANTANA, Selma. Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7

Ademais, a insatisfação com as instituições estatais se vê notória quando o assunto é segurança pública. Em pesquisa IBOPE – CNI de outubro de 2011, dados revelam que a avaliação da Justiça e Poder Judiciário é a segunda pior, perdendo apenas para o Congresso Nacional²².

Trazendo a realidade da Argentina, Gladys Stella Álvarez apresenta que a população do referido país possui uma opinião negativa (49% ruim ou muito ruim) acerca das instituições judiciais. Pelo menos 80% não vislumbram aspectos positivos na justiça e dentre os negativos, 35% referem-se à lentidão e burocracia; já os demais classificam a justiça como imparcial, corrupta, beneficiadora dos ricos, além de ser composta de leis brandas, “pouco severas” e desatualizadas, dentre outros²³.

Isto demonstra que os discursos, sejam oficiais ou populares²⁴ clamam pela ampliação da repressão, embora o sistema de justiça criminal demonstre que esta postura punitivista exacerbada não está apresentando reflexos positivos na forma de lidar com a violência e criminalidade. Percebe-se, portanto, que o apego à lógica punitiva atinge diversos grupos, independentemente da ideologia defendida. Segundo Marcos Alvarez,

No início do século XXI, a adesão crescente de um maior número de países a essas concepções e políticas de endurecimento penal já indica que não se trata mais de um movimento circunscrito a um contexto político-social nacional, e que essa onda conservadora tem conseguido deslocar significativamente o debate em torno da punição e das políticas de segurança pública, mesmo onde partidos considerados de “esquerda” ou “progressistas” estão no poder.²⁵

Assim, observa-se uma paradoxal realidade, em que se verifica um constante apelo a posturas mais repressivas para o sistema penal, misturadas em tentativas de amenização do sofrimento, como a inserção do modelo de penas e medidas alternativas.

²² CNI-IBOPE. RETRATOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA: SEGURANÇA PÚBLICA, outubro 2011. Disponível em < http://www4.ibope.com.br/download/111019_cni_seguranca.pdf> Acesso em 20 de abril de 2016.

²³ ÁLVAREZ, Gladys Stella, **La Mediación y el Acceso a Justicia**, ed. Rubinzal – Culzoni, Rosario, 2003. Trecho original: “Se advierte una opinión general predominantemente negativa (40% regular, 49% mala o muy mala). La gran mayoría de la población no encuentra aspectos positivos en la justicia argentina (80%). Los aspectos negativos para un 35% son la lentitud e la burocracia, mientras que para el resto además no es justa, es parcial, privilegia a los ricos, es corrupta, es impune, es dependiente, politizada, hay amiguismo, existen leyes blandas, poco severas, desactualizadas (entre el 9% y 4%). El 65% indicó como problemas perentorios la excesiva lentitud/demora en resolver las causas judiciales y la corrupcion (57%).”, p. 15.

²⁴ Paulo Cesar Busato destaca que as ações simbólicas para contenção da violência não só são aceitas, como ganham força na atualidade, em especial pela ação dos meios de comunicação. Assim, ressalva que “A chamada opinião pública, absolutamente dominada pelos meios de comunicação de massa, pede por mais Direito penal e recebe do governo exatamanete isso”. BUSATO, Paulo Cesar. Modernas Tendências de Controle Social. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ-04-03/2007. ISSN 1808-494X

²⁵ ALVAREZ, Marco Cesar. Punição, Sociedade e História: algumas reflexões. **MÉTIS: história & cultura** – v. 6, n. 11, p. 93-105, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/826/583>> Acesso em: 10 jul 2016, p.94.

Deste modo, a reflexão que ora se inicia está em compreender as construções que levam a manutenção de um sistema que não consegue se desvincular da punição, ainda quando se mostra aberto ao novo.

De certo modo, percebe que as políticas extremamente punitivistas continuam ilustrando o cenário brasileiro e seguem uma tendência de “naturalizar” o pensamento de que, no Direito Penal, só haja espaço para uma lógica punitiva aflitiva, haja vista que a intervenção vem sendo construída com base na censura do castigo.

1.2 CONTROLE SOCIAL E SANÇÃO

A convivência humana em qualquer sociedade é marcada por divergência e oposição entre seus membros, de modo que há situações extremas que tendem a resultar em um conflito²⁶, o que pode deixar em risco o funcionamento e a própria existência do grupo social. A preocupação quanto à maneira de lidar com relações conflituosas se fortalece, em especial quando envolvem questões de alta gravidade.

Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁷ dissertam que a resolução dos conflitos permite uma “certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte é difusa”. Os autores explicam que esta estrutura de poder é que vai ser responsável por realizar um controle sobre a conduta dos indivíduos pertencentes a mesma.

É importante que se atente para a forma como esta estrutura de controle costuma ser apresentada: com grupos mais centralizados ao poder e outros mais marginalizados, o que proporciona em extrema desigualdade entre os grupos²⁸. Isto implica em considerarmos questões políticas e econômicas para análise da forma como este poder é controlado, haja vista

²⁶ Importante ressaltar que os estudos sobre conflito ganham força na seara jurídica, a exemplo das obras de Luis Alberto Warat. Referido autor entende que a “construção do futuro das sociedades deve ser sustentada pela alteridade, homens diferentes e autônomos. Os grandes heróis, as grandes narrativas, os objetivos sociais grandiosos não estão mais no espaço do imaginário do século XXI. É a hora dos atores e dos conflitos, de um mundo novo, que se auto-componha para se expressar e se transformar.” (p.11-12), razão pela qual defende a “mediação preventiva” como um espaço possível de incorporação de cidadania no mundo do Direito, além de considerar que “a politização do Direito passa por uma desprofanização dos conflitos convertidos em litígios, que por sua vez permita aos autores de um conflito escutar-se a si mesmos.” WARAT, Luis Alberto. **EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E EXCLUSÃO SOCIAL: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação** (p.17) Zaffaroni e Pierangeli, ao tratarem de delito, descrevem-no como “uma construção destinada a cumprir certa função sobre algumas pessoas e acerca de outras e não uma realidade social individualizável.” ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique **Manual de direito penal brasileiro** v.1: RT parte geral, 2010, p.58.

²⁷ Ibidem, p. 58.

²⁸ Ibidem, loc. cit.

que países mais pobres ou em desenvolvimento, marcados por desigualdades sociais tendem a ter uma distância mais elevada entre os grupos.

Semelhantemente é o entendimento de Nilo Batista, ao considerar o controle social como “a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social”, daí porque entendido também como uma função conservadora.²⁹

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo aponta que a definição clássica da teoria de controle social inspirada nos estudos da sociologia é encontrada no pensamento de Tony Parsons, ao defini-la como a “análise dos processos do sistema social que tendem a contrarrestar as tendências desviadas, e das condições em que operam tais processos”, tendo como ponto de referência teórico o equilíbrio estável do processo social interativo. Daí que se percebe que esta teoria busca harmonizar as tensões oriundas da relação entre os processos de socialização.³⁰

Prossegue o autor retratando uma evolução a partir da década de 60 do último século com as teorias do conflito, em que o controle social ganhou nova interpretação. Baseada em Foucault, para quem a “sociedade é vista como um campo de forças conflitual, em que se enfrentam diferentes estratégias de poder” e em colaborações da nova criminologia crítica que se desenvolvia, apoiada no interacionismo simbólico e no paradigma da reação social, conclui o autor que “a partir de uma perspectiva conflitual da ordem social, o controle social passa a ser conceituado como o conjunto de mecanismos tendentes a naturalizar e normalizar uma determinada ordem social, construída pelas forças sociais dominantes.”³¹

Para conseguir esta naturalização e normalização almejadas, o controle social atua informalmente, com setores ligados à instância da sociedade cível, como família, mídia, escola, opinião pública, etc, bem como através do controle formal, o qual se apresenta “com a atuação do aparelho político do Estado”. É nesta segunda que se dá o trabalho da Polícia, do Ministério Público, agências e profissionais da Justiça, Administração Penitenciária, etc, ou seja, é aqui que atuam as agências e setores pertencentes ao sistema criminal, no qual presente está o Direito Penal.

Salomão Shecaira, ao tratar da segunda forma de controle social, na qual se encontra o Direito Penal, sustenta que sua atuação se dá coercitivamente em cima daqueles que desrespeitam a ordem e o processo de socialização, e explica que:

Este controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento. Ademais, é ele estigmatizante, desencadeando desviações secundárias

²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22

³⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 90

³¹ *Ibidem*, p.91-92

e carreiras criminais (...). A efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais. É isso que explica, por exemplo, ser a criminalidade muito maior nos grandes centros urbanos do que nas pequenas comunidades (onde o controle social informal é mais efetivo).³²

Zaffaroni et al, entende que o poder punitivo institucionalizado pelo Estado se desenvolve a partir do processo de criminalização³³, o qual representa uma seleção de um número de pessoas submetidas à sua coação com o intuito de serem impostas à pena. Assim como Shecaira, vê este controle ser exercido de forma seletiva e promovendo estigmatização e acrescenta que o discurso jurídico, ao invés de limitar o poder punitivo, legitima o direito penal, ao naturalizar a criminalização secundária, optando pela mais pela coerção/repressão do que pelo poder de vigilância preventivo³⁴.

Refletindo sobre a relação entre controle social informal e Direito Penal, Winfried Hassemer³⁵ verifica a existência de elementos em comum entre ambos, quais sejam, a orientação por normas que tem função de dar coesão à sociedade e a necessidade de uma resposta em caso de seu descumprimento costuma ser na figura de uma sanção, seja no sentido de “corrigir”, quanto na busca pela preservação do sistema e a não repetição, ou seja, baseado em “prevenir” que não aconteça ou que não se repita.

Assim, Hassemer entende que a opção sancionatória existe em qualquer tipo de controle social, mas a diferença é que no Direito Penal há uma preocupação maior com a previsão mais restrita do que deve ser protegido, bem como com o estabelecimento de limites para o poder punitivo. Por esta razão, Hassemer posiciona-se contra a abolição do direito penal, pois, mais que uma necessidade de punir, ele é o meio que garante aos cidadãos limites sancionatórios, o qual passa a ser encarado como um instrumento a favor do acusado. Para o autor, o controle social sem limites, por exemplo exercido pelos pais e pela comunidade, pode ser mais nocivo ao indivíduo e é neste momento que o Direito Penal surge como a “Carta Magna do delinquente”.

A sanção se mostra presente nos sistemas de controle e, particularmente no Direito Penal, tem uma orientação privilegiada para a pena privativa de liberdade como consequência

³² Cf. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 2.ed São Paulo, SP : Revista dos Tribunais, 2008, p.42

³³ Entende-se por criminalização primária como a própria elaboração da lei penal, ou seja “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, enquanto a criminalização secundária é colocada como uma “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, praticada por agências policiais, judiciais ou execução de pena. Esta segunda é altamente marcada por uma concreta orientação seletiva de seus agentes em face de pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Direito penal brasileiro v.1: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.43

³⁴ Cf. SCHECAIRA, op.cit, p.70-71.

³⁵ Cf. HASSEMER, Winfried. *Contra el abolicionismo: acerca del por qué no se debería suprimir el derecho penal*. **Separata de Respona iurisperitorum digesta**, volume IV, p 215-231

jurídica ao delito. A pena, em regra concretizada na prisão ou encarceramento do indivíduo é o meio mais utilizado para demonstração de autoridade para manutenção do sistema (e do poder dos grupos de controle) e desde o seu surgimento vem acompanhada de críticas, em especial quanto à sua ineficácia e falta de justificação ideológica e social.

A instituição do sistema de penas legais é um dos instrumentos de controle social dentre outras instituições de socialização³⁶, de modo que sua prevalência em face às demais vem de discursos de justificação de suas finalidade e legitimação do poder punitivo.

1.3 DIREITO PENAL E RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Não há, na doutrina, uniformidade quanto à função do Direito Penal e a finalidade da pena, sendo muitas teorias desenvolvidas, bem como divergências entre os autores. Para Claus Roxin, “la misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre e pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente”³⁷ e, baseado em sua teoria dialética da pena³⁸ a função do direito penal é a proteção subsidiária dos bens jurídicos.

A proposta de Roxin, de um modo geral, é que a pena seja orientada por finalidades preventivas, e utilize a culpabilidade apenas como limite e medida de pena. A teoria de Roxin se diferencia das demais teorias unitárias, pois aqui ele preserva os pontos de destaque de cada teoria preventiva, as quais são combinadas no sistema de pena, não podendo ser usadas de maneira aleatória, mas conforme melhor adequar à fase penal. Assim, a própria definição do Direito Penal, bem como suas categorias normativas são construídas orientadas pelos fins preventivos da pena.

Diferente é a postura de Jakobs que vislumbra uma função do direito penal voltada à estabilização do sistema normativo. Partindo da ideia de prevenção geral positiva e com base funcionalista, entende que a função do Direito Penal é a proteção da norma do sistema jurídico com a reafirmação da norma em caso de violação. Para ele, a pena possuiria, portanto, a função de reafirmação desta norma.

³⁶ Cf. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, Andre. **Teoria da Pena e Execução Penal** - Uma Introdução Crítica. 1ª edição, Curitiba: Lumen Juris, 2011, p. 140.

³⁷ ROXIN, Claus. El concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2013, num 15-01, p. 01:2

³⁸ Idem. Sentido e Limite da Sanção Penal. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª edição, Vega, 1998. p. 30

Sob uma perspectiva agnóstica defendida por Zaffaroni e outros autores, o direito penal “cumpre uma fundamental função de segurança jurídica: esta é sempre segurança dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes”, sendo importante reconhecer a necessidade de contenção e limitação do poder punitivo para preservação do Estado de Direito,³⁹ daí que sustenta ao Direito Penal uma função política.

A pena assume para o Direito Penal e o sistema penal uma grade importância, pois, não apenas uma resposta sancionatória à violação da norma, ela é a responsável por construir e legitimar o seu sistema. Deste modo, importante trazer as reflexões de Álvaro Pires de como o sistema penal vem sendo pensado nos últimos séculos, no que ele denomina de racionalidade penal, ou seja, “uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo”, e carrega a adjetivação de moderna por contemplar a racionalidade construída a partir da segunda metade do século XVIII,⁴⁰. De acordo com o autor:

a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria.⁴¹

Dois efeitos podem ser apontados desta racionalidade descrita pelo autor: a naturalização da estrutura normativa eleita pelo sistema penal, e o outro é a naturalização da pena privativa aflitiva enquanto sanção privilegiada.

Quanto a naturalização da estrutura, entende o autor que é comum o Direito Penal tratar crime e pena de forma dependente, como se a norma de comportamento não pudesse ser pensada sem a norma de sanção. Com isto, percebe-se que a doutrina costuma conceituar o direito penal como uma parte do sistema jurídico responsável por constituir um conjunto normativo que determina quais são as infrações penais (normas de comportamento) e suas formas de sanção, com a função de proteger os bens jurídicos penais essenciais à sociedade. É a chamada função telescópica da norma, a qual impede pensar o sistema penal de outra forma, haja vista que sua estrutura fora construída já pensando em não poder ser modificada⁴².

Derivada desta estrutura, tem-se a naturalização da associação entre crime e pena aflitiva, pontada sempre como uma identificação necessária, a qual é justificada pela

³⁹ Cf. Zaffaroni et al. Op. Cit., p.110.

⁴⁰ Cf. PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os direitos Humanos. **Revista Novos Estudos**. CEBRAP, n. 68, março de 2004, p.40

⁴¹ Ibidem, loc.cit

⁴² Cf. Ibidem, loc. cit

obrigatoriedade que o sistema tem em vincular normas de comportamento e de sanção, e pelo entendimento comum (jurídico ou não) de que a sanção que afirma a norma penal deve ser estritamente negativa. A pena passa a ser encarada como único instrumento de controle para conter e dar resposta a uma ofensa, razão pela qual pensar em outro meio de responder a uma norma de comportamento é um obstáculo que precisa ser enfrentado.

A censura só é admitida se puder causar algum tipo de aflição. Deste modo, Pavarini e Giamberardino compreendem que o discurso punitivo sustenta a inflação como consequência inevitável da função de censura do direito penal, ou seja, para censurar é preciso agir com a lógica de castigar, de causar um mal, de aplicar uma pena com caráter negativo, que represente aflição, caso contrário não é considerada pena, nem resposta efetiva ao crime. Isto porque, costuma-se defender que “apenas o direito penal possuiria a força simbólica capaz de produzir, através das sanções criminais, censura social, o que não seria ameaçado pela elevada falta de efetividade das sanções”⁴³.

A necessidade de punir é apontada por Pires como um dos obstáculos à humanização do direito penal. Sendo assim, os discursos punitivos, legitimados ao longo dos séculos pelas Teorias da Pena, não apenas justificam a necessidade de responder punitivamente a um comportamento que violou uma norma, como também impedem o pensamento criativo e inovador, haja vista que a estrutura telescópica do sistema impede que o mesmo seja pensado para além da sanção, bem como, para além da aflição⁴⁴. Neste sentido, entende o autor que

(...) O sujeito que sofreu o dano dispõe de outras possibilidades igualmente jurídicas de resolver seu problema, como a de se satisfazer com uma reação atenuada ou simbólica, ou ainda, perdoar o dano sofrido, especialmente quando o autor do dito dano se mostra arrependido ou o repara, desde que isso seja possível.⁴⁵

O lugar que a pena aflitiva ocupa no sistema de justiça penal é privilegiado, de modo que podemos associar a uma posição hierárquica, no tocante à forma que o direito optou por dar resposta ao crime, pela punição aflitiva em face de outros tipos de sanção, o que impede, ou dificulta, pensar que o controle social pode ser realizado de outras formas.

Apesar de ser vista como indispensável, esta relação naturalizada é desmistificada por alguns estudiosos, consoante remissão feita por Scheerer:

“Foucault datou o “nascimento da prisão” entre 1760 e 1840. A prisão não teria existido desde sempre. Achter datou o nascimento da pena” no século XII. A instituição do castigo público, entendido em sentido semelhante ao atual, seria,

⁴³ Cf. PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 159-160

⁴⁴ PIRES, 2004, p. 41

⁴⁵ PIRES, Álvaro. ALGUNS OBSTÁCULOS A UMA MUTAÇÃO “HUMANISTA” DO DIREITO PENAL. **SOCIOLOGIAS**. Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan/jun 1999, p. 83

portanto, algo antigo, porém jamais eterno. (...) Logo, seria o nascimento do direito penal um correlato do surgimento do Estado e também um fenômeno mais recente do que se imagina. Se a prisão, a pena e o direito penal não formam um complexo atemporal, mas são “invenções” determinadas por constelações sociais, então é simplesmente incorreto, como o faz Baumann, estilizar o direito penal e a pena criminal como formas de controle universais. Na anarquia regulada (Max Weber) da sociedade sem dominação que há muito tempo caracterizou a história da humanidade, havia de fato comportamentos anômalos e sanções contra a transgressão à norma, mas não existiam o direito penal e a pena criminal.”⁴⁶

A herança penal moderna não permite qualquer forma de deslocar a posição que a punição e a pena privativa de liberdade ocupam na atual racionalidade punitiva. Ao analisar as formas de punição ao longo da história, é possível perceber que as formas punitivas não são universais e imutáveis.

As experiências ao longo da história demonstram que a afluência e a pena privativa de liberdade nem sempre estiveram presentes como parte da punição e resposta ao crime. O controle à violência e criminalidade foi tratado desde a Antiguidade sob diversos formatos. Assim como Guilherme Câmara⁴⁷, concordamos que não é possível tratar a “historiografia do Direito Penal” de forma linear, o que nos leva a perceber que a relação no tocante ao processo e resposta ao crime, não há uma linha absoluta de ações.

Nas civilizações antigas a vingança foi considerada o modo principal de resolução do conflito penal⁴⁸, cabendo aos particulares o papel de reagirem contra as ofensas praticadas, de maneira que a ausência (ou insuficiência) de normatização sobre o tema gerava uma onda de violências entre os grupos, consoante expõe Câmara. Neste tipo de reivindicação, a ofensa ultrapassava a figura do próprio indivíduo, atingindo também o grupo ou clã no qual aquele pertencia, razão pela qual o papel da vítima, embora tivesse destaque, não era pleno, de modo que a vingança aqui pertencia a toda uma coletividade que se sentia atingida⁴⁹.

Com o Princípio de Talião o processo foi se alterando. A previsão de caráter retributivo permitiu que a sanção fosse dosada de acordo com o grau da ofensa sofrida, abrindo caminho para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Além disso, a solução do conflito

⁴⁶ SCHEERER, Sebastian. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. - Ano 23, n. 117 (nov./dez. 2015) p.366.

⁴⁷ CAMARA, Guilherme. **Programa de Política Criminal. Orientado para a Vítima do Crime**. Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2008., p. 22 Ver Nota de Rodapé nº 7.

⁴⁸ Ibidem, p. 22-23

⁴⁹ Guilherme Câmara trata da vingança como um “direito grupal”, ao determinar que: “Donde, a vingança ilimitada, vingança de sangue por excelência representava, não raro, o mais puro arbítrio da vítima e de seu clã na *dosimetria* da retribuição a que abstratamente faria jus o agressor, repercutindo, não raro, para além do responsável direto pelo fato. Para dizer em termos mais gráficos: *a vingança primitiva era ilimitada e realimentava a espiral da violência*. Vistas as coisas por esse prisma, ainda que não se possa estabelecer uma regra geral, é de reconhecer-se que “*A vítima efetivamente não foi sempre a pessoa que padecia, mas a pessoa que se vingava*”.” Ibidem, p.24

passou a ser oportunizada, em alguns casos (crimes menos graves), com base num processo compensatório, consoante orienta Camara.⁵⁰

O direito penal germânico, por outro lado, utilizou-se da sanção tanto da vingança, quanto da reparação, constituindo “um verdadeiro direito subjetivo da vítima” e, no tocante às condutas extremamente desvaliosas, prevalecia o instituto da perda da paz, o qual possuía um caráter mais de direito público⁵¹. Conforme indicado por Camara, a expansão das comunidades tornou disfuncional o modelo feudal, perdendo força a iniciativa privada, para ceder lugar a uma intervenção estatal nos problemas ligados à criminalidade que começavam a ser ampliados⁵².

Esta breve exposição dos períodos históricos acima tratados revela um dos pontos que estamos abordando acerca da punição, quanto a troca de hierarquias e possibilidade de decomposição da estrutura privilegiadamente eleita pelo sistema⁵³.

Vê-se que, ao analisar cada momento exposto, consoante seu contexto, nota-se uma alteração na forma de encarar o crime, o que revela que a racionalidade punitiva não é, e nunca foi, imutável, mas se modificava conforme as transformações da sociedade. Nas palavras de Câmara, observa-se que:

D’outra raia, de constatar-se que vingança privada ilimitada e vingança privada restrita coexistiram durante dilatado lapso temporal; assim como, de igual modo, época houve em que justiça pública e justiça privada atuavam em um mesmo espaço territorial. Curial reconhecer que se não pode mesmo desenhar um quadro absolutamente estanque e compartimentado dos acontecimentos, uma vez que não raro uma fase penetra na outra, para em seguida dominá-la e, então, fazer girar um novo movimento, uma nova tendência.⁵⁴

A mudança do paradigma teocrático para o antropocêntrico fez com que as instituições feudais perdessem seu papel e poder para o Estado, o qual passou a se centralizar no poder, assumindo destaque em vários âmbitos, notadamente no Direito Penal.

⁵⁰ Ibidem, p. 28-29.

⁵¹ Consoante expõe Camara, a prática de um delito grave gerava um direito ao clã sobre o qual a ofensa havia sido recaída, de modo que a punição física ao outro clã era possível de ser determinada. No entanto, em caso de compensação, um acordo financeiro poderia evitar a punição física, renunciando ao direito de vingança. O autor reforça ainda que em casos de delitos mais leves, a utilização da compensação era obrigatória. Apenas em casos gravíssimos que se optava pela perda da paz, a qual resultava “na dissolução de todo e qualquer vínculo social e familiar, alcançando tanto a pessoa (proscrição) como seus respectivos bens (confisco); no entanto, em alguns casos podia ser remida, mercê pagamento de uma multa (*Fredus*)” Ibidem, p.35.

⁵² Ibidem, p. 37

⁵³ A desconstrução proposta por Jacques Derrida é o meio em que se busca a decomposição de termos, conceitos, conhecimentos sem o fim de reduzi-los a uma sentença fechada, mas com o intuito de aproveitar a viabilidade de contextos que podem surgir ao realizar este processo, o qual resulta uma diversidade de possibilidades de sentidos presentes que, de algum modo, foram ignoradas diante da opção hierarquicamente privilegiada. Balkin, Jack M., "Deconstructive Practice and Legal Theory" (1987). **Faculty Scholarship Series**. Paper 291. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291> Acesso em 21 de junho de 2015.

⁵⁴ CAMARA, 2008, p. 37

A transferência ao Estado do papel de intervenção no crime e a adoção da pena privativa de liberdade podem ser vistas como meios que, à época, foram capazes de dar um caráter mais humano para sanção penal, tendo em vista a ausência de proporcionalidade adotada no período da vingança privada, bem como a violência extrema e desmedida de determinadas respostas punitivas, como a vingança de sangue e a pena capital e os suplícios⁵⁵.

Assim é que Salo de Carvalho aponta a redução da punição, diante da presença da figura do Estado como uma das grandes conquistas da Modernidade:

Não se pode olvidar, quando da avaliação de tais proposições, que uma das principais conquistas da modernidade foi a redução das malhas punitivas em uma única figura: o Estado. O monopólio estatal do direito de punir, na configuração do Estado moderno, é *conditio sine qua non*, de seu direito de resolver o conflito individualmente (autotutela), confere este poder a um terceiro (imparcial) que atua como seu substituto. Daí porque jurisdição nada mais é que “atividade substitutiva da dos membros da comunhão social, pelo Estado, através dos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais.”⁵⁶

Não obstante, é preciso ressaltar que a transformação ocorrida desde a Modernidade vem ignorando uma série de consequências da concentração do poder punitivo no Estado, a exemplo do afastamento das partes envolvidas no conflito, o que afasta do processo as atenções para uma figura bastante esquecida, a vítima.

Consoante ensina Nils Christie, neste cenário de dominação estatal quanto a intervenção punitiva, os conflitos são “confiscados” e “ocultados”, passando a ser “propriedades de advogados”⁵⁷ e demais agentes estatais, reduzindo a vítima a um papel insignificante no processo penal.⁵⁸

A transição entre penas capitais e penas degradantes para pena privativa de liberdade também apresentou um grande problema no tocante ao sistema carcerário. Acerca do tema, Christie ressalta que:

⁵⁵ Neste sentido, Alvarez orienta que: “Assim, Foucault mostra que, se o suplício tornou-se rapidamente intolerável, a partir da segunda metade do século XVIII, o que permitiu efetivamente sua supressão, ao menos como ritual público de punição, foi a transformação das práticas de poder no interior da sociedade e a conseqüente generalização do poder disciplinar, baseado na vigilância dos indivíduos, no adestramento dos corpos e na normalização dos comportamentos.” ALVAREZ, Marcos. Poder, punição e resistência. **O legado de Foucault**. Unesp: 2006, p.56

⁵⁶ CARVALHO, 2007, p. 91

⁵⁷ CHRISTIE, Nils. Les Conflits: Des Biens Usurpés? In: GAILLY, Philippe. **La Justice Restauratrice**, Larcier: 2011, p. 57-58

⁵⁸ Segundo o autor, tanto a criminologia antiga quanto a nova não dão importância a esta situação da vítima. A primeira, ao se concentrar no autor do delito, elege o mesmo como objeto de estudo, enquanto a segunda, explica a criminalidade como resultado de graves conflitos econômicos. No original, disserta “Si l’a ancienne criminologie expliquait la criminalité criminologie expliquait la criminalité par les défauts personnels ou les handicaps sociaux, la nouvelle la presente comme le résultat de larges conflits économiques. L’ancienne criminologie perd les conflits, la nouvelle transforme les conflits interpersonnels em conflit de classes, ce qu’ils sont... aussi.” Ibidem, p.58

Mas esta transição criou novos problemas. O primeiro, e mais importante, foi a pressão que exerceu sobre o sistema carcerário, Em vez de ser uma entre muitas formas de punição, a prisão passou a ser a principal reação ao crime. As penitenciárias e outras instituições penais se encheram ao ponto de estourar. De 1814 a 1843, o número diário de presos na Noruega subiu de 550 para 2.325. Isto representou um aumento de 61 para 179 por cem mil habitantes, triplicando no curso de 30 anos. Até que algo de novo ocorreu. Desde 1842 até a virada do século uma série de emendas ao código penal apontou para a redução das penas ou para evitar o encarceramento. Demorou cerca de 60 anos para a taxa retornar aos níveis de 1814. Desde então, a taxa de encarceramento na Noruega vem-se mantendo relativamente estável.⁵⁹

Ao comparar os dados de alguns países europeus juntamente com população carcerária norte-americana, Christie concluiu que o número de pessoas presas não pode “ser explicado pelo número de delitos cometidos em determinada sociedade”, de modo que as respostas ao cometimento de crime variam entre os países, ainda que possuam características econômicas parecidas, como, a industrialização da época.

Exemplos como Noruega e Holanda são expostos pelo autor exaltando a maneira como as formas de lidar com a criminalidade e o sistema prisional se diferenciaram de outras nações. No primeiro país, as discussões acerca da quantidade de presos por cela foram feitas com um público diversificado, envolvendo membros governamentais, mídia, representantes populares e acadêmicos, bem como os próprios presos.⁶⁰

A Holanda tem a tendência de escolher um sistema mais tolerante. Esse país se caracteriza por ter convivido com bastante conflitos externos e internos, o que propiciou que o povo aprendesse a lidar com as divergências. Uma das formas de lidar com estas divergências foi com negociação como importante alternativa para solucionar estes conflitos, delegando-se “o poder de decisão a quem está no topo do sistema”.⁶¹

Consoante expõe Christie, algumas ameaças são possíveis de serem vislumbradas para países que, com baixo número de presos invertam sua lógica, ou seja, passem a ter um aumento no índice carcerário. Dentre estas ameaças, a primeira é a pressão sobre a “identidade de princípios éticos e morais responsáveis pela política penal”⁶² por parte de grupos que se voltam para um endurecimento das condições penais. A outra ameaça está na internacionalização acerca da produção de dor, a qual atinge “profissionais das prisões, do serviço de *probation*, e à polícia.”⁶³, os quais podem rechaçar os teóricos que esboçam outras formas de lidar com o

⁵⁹ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs** em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. FORENSE: 1998, p. 18

⁶⁰ Ibidem, p.35.

⁶¹ Ibidem, p. 36

⁶² Ibidem, p.50

⁶³ Ibidem, p.51

problema. Por fim, o autor traz a ideologia empresarial como forma de impulsionar a cultura punitiva, independente da sociedade tratada.

A evolução do pensamento penal se baseia em fatores, ideologias e transformações da sociedade. Atualmente prevalece o pensamento de que o papel do direito penal é o de “justificar a punição e promover obstáculos aos meios de substituição e a filosofias de intervenção que não exigem obrigação de punir”⁶⁴, consoante expõe Pires. Desconstruir esta forma de pensar é um desafio que se mostra presente nos campos de discussão do sistema de justiça criminal e cresce com movimentos que buscam encarar o crime a partir de outra racionalidade que não baseada na punição e resposta aflitiva.

Para Scheerer, o papel do Estado em lidar com o crime necessita ser mais democrático e isto significa exercitar um controle social mais justo, necessitando passar por uma mudança:

Em razão de sua capacidade de selecionar e cometer crimes, o Estado tem sido questionado cada vez mais e de forma persistente, a fim de exercitar um controle social apropriado e justo. Em um estado democrático não se pode admitir que rituais penais reproduzam e ampliem, reiteradamente, a luxúria narcisista do Estado. Em uma comunidade democrática (o que ainda não é, pode vir a ser) o “direito penal” seria gradualmente (novamente) um direito de mediação de conflitos. E poderia ser direito privado. O assim chamado período do direito penal privado não foi necessariamente pior do que o do direito penal público. Qualquer coisa seria melhor do que o monopólio penal na mão do Estado. O século XIX foi o século da esperança em relação ao Estado, o século XX foi o do fracasso e o dos crimes do Estado. Talvez o século XXI venha a se tornar o século de uma sociedade civil consciente, que confia e, si e que regulará seus conflitos autonomamente e sem atrocidades.⁶⁵

Com isto, acreditamos que para uma importante alteração do sistema de justiça criminal, é imprescindível uma mudança de pensamento e não apenas medidas não penais ou alternativas, mas que preservem a lógica aflitiva do sistema. Trata-se de uma preocupação que pode ser encontrada nas disposições acerca da nova “Política de Alternativas Penais”, em que os responsáveis em apresentar os Postulados e Princípios da Política Criminal de Alternativas Penais, orientam que:

Às alternativas penais deve-se agregar novos paradigmas, radicalmente opostos àqueles colados ao aprisionamento, sobretudo garantindo o protagonismo e responsabilização das pessoas envolvidas, a reparação de danos quando possível e a restauração das relações quando desejável pelas partes, de forma que a adequação da pena ou medida e o cumprimento da mesma se traduzam na real resolutividade do conflito para as pessoas envolvidas no caso trazido à esfera penal. Para que tais objetivos sejam possíveis, importante se torna a inserção da mediação e do enfoque restaurativo no escopo da política de alternativas penais.⁶⁶

⁶⁴ PIRES, Alvaro. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. 1998, In Debuyst, Christian et al., **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques, p.12

⁶⁵ SCHEERER, 2015, p.370-371

⁶⁶ BRASIL, 2016b, p. 22

Assim, as inovações apresentadas como possibilidades de alternativas para a crise do sistema de justiça criminal, quando orientadas por paradigmas punitivista, tendem a se tornar medidas reformistas e de ampliação do poder punitivo, pois “além da ampliação dos mecanismos penais ou sancionadores tradicionais, são acrescentados mecanismos de intervenção preventiva, buscando atuar sobre as causas geradores de riscos sociais.”⁶⁷

As reflexões acima, em especial no tocante da necessidade de se agregar novos paradigmas a qualquer proposta alternativa ao sistema, importam para analisar as limitações e os enfrentamentos necessários para lidar com a intervenção em âmbito penal, especialmente pela opção de trabalhar com a justiça restaurativa sob análise do ordenamento jurídico pátrio.

⁶⁷ Trecho de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo em apresentação da obra de ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

2 FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A proposta de estudar a justiça restaurativa decorrente do ordenamento jurídico brasileiro nos obriga a apresentar o que ela significa e de que forma é realizada. Assim, serão estudados os seus modelos que se destacam na literatura e nas experiências adotadas por países que a incorporaram, de alguma forma, em seus sistemas de justiça penal. Para tanto, buscaremos analisar as principais questões que fundamentam e caracterizam a justiça restaurativa, apoiando-nos das diversas proposições sobre o tema, em especial naquelas contrastantes.

Primeiramente busca-se um esforço para apresentar as principais discussões que norteiam o campo da justiça restaurativa, desde sua natureza, finalidades, à relação com o sistema de justiça criminal.

Não se parte, pois, pela eleição de um único modelo para estudo e análise da legislação interna, mas pelo necessário enfrentamento dos pontos de discordância encontradas no campo teórico e empírico, haja vista que a adoção da justiça restaurativa varia consoante diversos fatores, desde aspectos jurídicos, como geográficos e sócio-culturais, razão pela qual a pluralidade é uma característica marcante quando se fala em técnicas, métodos, princípios, valores e na própria concepção de resultados restaurativos.

2.1 O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA

Nas últimas décadas, a justiça restaurativa vem se tornando um tema que desperta interesse em diversos países, independentemente do sistema de justiça adotado, seja orientado pela tradição anglo-saxã, seja pela herança continental europeu.

Kathleen Daly entende que a justiça restaurativa apresenta alguns limites concernentes aos seus objetivos e práticas, a começar pela ausência de definição de seu termo, que pode ser percebida a partir de quatro eixos de desacordo entre os teóricos: 1) a forma de ver a justiça restaurativa (se deve funcionar como processo ou resultado); 2) os tipos de práticas (se autênticas, não autênticas, ou mistas); 3) a forma como deve ser encarada: como um conjunto de valores, como um processo ou conjunto de práticas, ou até se deve incluir ambos; 4) como a justiça restaurativa pode ou deve ser articulada com o sistema de justiça criminal⁶⁸.

⁶⁸ DALY, Kathleen. The limits of restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry - **The Handbook of Restorative Justice- A Global Perspective**, 2006. p.135

De um modo geral, estes pontos serão explorados de alguma forma neste trabalho, alguns com menor ou maior profundidade, haja vista que a forma de compreender a justiça restaurativa e seu alcance é uma das implicações que permite identificar uma variedade de meios de aplicá-la quando da ocorrência de um crime, sendo apresentados alguns conceitos que ilustram a diversidade entre os teóricos⁶⁹.

Para Walgrave, a justiça restaurativa se prejudica na “imprecisão ou mesmo confusão sobre o conceito”, tendo em vista que se torna “um problema para a sua credibilidade social e para a investigação”⁷⁰. A falta de clareza pode incentivar a associação do termo justiça restaurativa com concepções que não se afastam da lógica tradicional da justiça penal punitiva, ao mesmo tempo em que uma correta definição de justiça restaurativa, bem como a limitação dos conflitos criminais associados a ela decorre “também da necessidade de proteção da justiça penal”. Por outro lado, um conceito rígido pode representar um obstáculo ao desenvolvimento e implementação desta justiça⁷¹.

Lode Walgrave, ao ser partidário de uma concepção voltada para as finalidades restaurativas⁷² e não pelos valores do processo, entende que a justiça restaurativa é “uma opção para fazer justiça após a ocorrência de um crime que é primariamente orientada para reparar o dano individual, relacional e social causado pela ofensa”⁷³. Com semelhante entendimento, Mylène Jaccoud concebe por justiça restaurativa toda “*aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por*

⁶⁹ Sobre a diversidade na justiça restaurativa, a obra de Raffaella Pallamolla é uma das pioneiras na literatura nacional a tratar do tema, englobando desde a teoria quanto a prática. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009.

⁷⁰ WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Cullompton: Willan Publishing, 2008, p.1

⁷¹ Neste sentido, ver FROESTAD, Jan.; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 79.

⁷² Para Jaccoud, na literatura restaurativa os autores costumam ter concepções da justiça restaurativa com ênfases diversas: finalidades, processos ou processos e finalidades. No primeiro caso, a justiça restaurativa volta-se para as finalidades, de modo que os processos passam a ser secundários. No segundo caso, a ênfase está no processo, de modo que as finalidades podem ser ou não restaurativas, o que tornam perigosas as experiências neste formato, pois podem produzir resultados punitivos. No terceiro, processos e finalidades, um modelo mais restrito em que “que a justiça restaurativa é definida, às vezes, através de processos negociados e através de finalidades restaurativas”, JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005 p.171.

⁷³ *Ibidem*, p. 21. Tradução nossa “an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm caused by that offence”. Anteriormente o autor utilizava uma definição formulada junto com Bazemore, pela qual compreendiam a justiça restaurativa como toda “toda ação que é primariamente orientada para a justiça, ao restaurar o dano causado por um crime.” *Idem*, Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In **Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança**. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

*ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.”*⁷⁴

Apoiados em uma concepção⁷⁵ que enfatiza a reparação e processo, Daniel Van Ness e Karen Strong entendem a justiça restaurativa como “uma teoria de justiça que enfatiza a reparação do dano causado pelo comportamento criminoso”, salientando que “é melhor conseguida através de processos cooperativos que incluem todos os envolvidos.”⁷⁶

No tocante a estes processos⁷⁷, os autores alertam para a importância que sejam orientados por, pelo menos, quatro valores para que sejam identificados enquanto restaurativos, quais sejam encontro, reparação, reintegração e inclusão.⁷⁸

A maior parte dos teóricos apresenta um conceito que valoriza, tanto os resultados, quanto o processo de condução e desfecho do ocorrido. Deste modo, Howard Zehr assim orienta a concepção que entende mais próxima do que significa justiça restaurativa:

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 na ofensa, com o fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.⁷⁹

Neste conceito é possível visualizar os cinco princípios ou ações-chave que norteiam a justiça restaurativa, segundo o autor supracitado: 1) Foco nos danos e nas necessidades dos envolvidos, 2) Tratamento das obrigações resultante dos danos; 3) Utilização de processos

⁷⁴ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p.169

⁷⁵ Baseados na sugestão de Johnstone and Van Ness, os autores acreditam ser possível que a justiça restaurativa pode ser melhor definida se observadas três concepções que ajudam a determinar o foco do objetivo principal defendido por cada teórico. Assim, a justiça restaurativa pode ser definida com ênfase na reparação, consoante é a definição por eles proposta, bem como pode ser pelo encontro, quando tem como ênfase o encontro entre envolvidos (geralmente vítima, ofensor, membros da comunidade), diferenciando-se do processo penal tradicional, o qual coloca a condução do processo e seu desfecho nas mãos de terceiros. A terceira concepção é a transformação, a qual é prevista por aqueles que defendem a justiça restaurativa tratar de questões maiores que os danos causados pelo crime, mas deve lidar com relações quebradas em níveis superiores da sociedade, a exemplo de casos envolvendo racismo e sexismo. VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring justice: an introduction to restorative justice**. LexisNexis Group, Cincinnati, 2010 (p.41-41) Esta perspectiva também pode ser consultada na obra de PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 53-59.

⁷⁶ Ibidem, p.43. No original: “is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behavior. It is best accomplished through cooperative processes that include all stakeholders.”

⁷⁷ Tradicionalmente, compreendem-se por processos, também chamados de práticas ou técnicas restaurativas, os de Mediação Vítima Ofensor, Conferências de Família, Círculos restaurativos, bem como outros que serão analisados no próximo tópico.

⁷⁸ Ibidem, p.47. No item 2.3 será estudada com maior profundidade esta questão.

⁷⁹ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p.49.

inclusivos e cooperativos; 4) Envolvimento de todos que tenham legítimo interesse na situação e 5) Correção dos males causados.⁸⁰

O primeiro princípio é o foco nos danos e necessidades dos envolvidos, englobando vítima, comunidade e ofensor. Diferentemente da justiça retributiva⁸¹ em que a ênfase está na culpa do ofensor e na necessidade de punição pela violação à norma, na justiça restaurativa, o foco está em identificar os danos e necessidades gerados pela prática de um crime. Aqui a inclusão não é apenas da vítima, por se entender que todas as partes possam vir a ter satisfeitas suas necessidades, inclusive o ofensor, sendo uma preocupação que costuma ser ignorada da lógica da justiça tradicional.

É importante observar a desconstrução feita acerca da compreensão de crime a depender de qual lente seja utilizada para resolver um conflito. Segundo o referido criminólogo norte-americano, ao optar por uma lente retributiva, o crime passa a ser entendido como “uma violação contra o Estado, definido pela desobediência à lei e pela culpa.”⁸² A Justiça Penal trabalha para determinar a culpa do ofensor, a fim de ter substrato para definir o *quantum* punitivo a ser aplicado, presa essencialmente em regras normativas pré-fixadas e impedidas de serem alteradas.

Sob uma lente restaurativa, Zehr sustenta⁸³ que o crime deve ser compreendido como uma violação de pessoas e relacionamentos, criando a obrigação de corrigir os erros e se responsabilizar pelos danos causados por ele. Deste modo, tem-se um processo que opta não por graduar a culpa, mas identificar os danos e quem deu causa, devendo o mesmo ser responsabilizado.⁸⁴

No entanto, orienta o autor que esta responsabilização é feita através do envolvimento dos atingidos pelo conflito, valorizando a participação destes, de modo a buscar soluções que promovam “reparação, reconciliação e segurança”⁸⁵. É aqui que observamos o segundo princípio elencado pelo autor, que é o de tratar das obrigações resultantes dos danos. A defesa pela justiça restaurativa não está em negar a responsabilização do ofensor, mas visualizar outro meio; necessariamente que não o punitivo, para tal. Em alguns momentos, considera-se também

⁸⁰ Cf. *Ibidem*, p.44-46.

⁸¹ Termo frequentemente usado pelo autor para diferenciar da justiça restaurativa.

⁸² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Pala Athena, 2008. p.170. A culpa a que se faz referência é quanto à culpabilidade.

⁸³ Cf. *Ibidem*, p.170.

⁸⁴ Apesar de Zehr ter se destacado por propor uma diferenciação entre os fins da justiça restaurativa e justiça retributiva, é certo que na atualidade os discursos não são totalmente excludentes e opostos entre ambas, de modo que, é possível perceber defesas desde a concepção que ambas podem apresentar funções próximas, bem como vir acompanhadas enquanto resposta ao crime. Assim, é que Zehr explica que, “embora acredite que tais comparações ainda sejam úteis como ferramentas, não me valho mais de dicotomias tão marcadas”, *Op. cit.*, p.259.

⁸⁵ Cf. *Ibidem*, p. 171.

o papel de responsabilidade da comunidade, que pode ajudar a suprir as necessidades, tanto da vítima como, do ofensor.

Este meio representa o terceiro princípio levantado por Zehr, qual seja, a utilização de processos inclusivos e colaborativos. Estes processos abarcam o quarto princípio, que trata do envolvimento dos que tenham legítimo interesse na situação, sendo possível se vislumbrar a participação de membros da comunidade e não apenas da vítima e ofensor, embora esta seja a relação principal.

Um processo inclusivo é aquele que permite aos atingidos por uma ofensa a fazerem parte, de forma mais ativa possível, quanto à resolução do conflito, de modo que suas necessidades são consideradas e há uma revalorização de cada indivíduo pela oportunidade em ter voz e poder de decisão.

Fazendo uma comparação com a justiça tradicional, as partes envolvidas em um crime dificilmente atuam como protagonistas. As vítimas além de não terem suas necessidades consideradas, costumam ter participação mínima, quiçá insignificante para a lide, atuando, apenas, no que for considerado importante para a acusação, cuja preocupação está somente em comprovar a culpa do ofensor. Este, por outro lado, tem sua participação condicionada pelos contornos que seu advogado realiza no processo para se concentrar na absolvição dele. O membro da comunidade, quando possível, tende a atuar como testemunha, igualmente intercalando na defesa ou acusação do ofensor.

A resposta dada por um terceiro imparcial, embora seja vista como uma das garantias do processo penal, nem sempre reflete o desejo das partes em conflito, mas tal somente a resposta punitiva do Estado, novo interessado ao conflito diante da proteção ao bem maior, que é a própria sociedade. Esta forma de pensar que legitima o poder punitivo para proteger os interesses da sociedade é uma das construções da racionalidade penal moderna, a qual impede pensar que determinados conflitos poderiam e deveriam ser resolvidos pelos próprios envolvidos, com resultados mais satisfatórios, que possibilitem ter efeitos jurídicos para fins penais, como a pacificação.

Finalmente, o quinto princípio da justiça restaurativa, para o autor norteamericano, é o de corrigir os males causados pelo crime. De um modo geral, Zehr trabalha com a ideia de “endireitar as coisas”, ou o que pode ser feito a partir da identificação das necessidades que o dano gera, ao mesmo tempo em que prevê a obrigação de tratar das causas e dos efeitos causados pelo dano, através do engajamento de todos os envolvidos. Valoriza-se a construção de uma solução através da colaboração e participação entre autor, vítima e quando possível e preciso, de membros da comunidade.

Outra possibilidade de conceituação é proposta por Claudia Cruz Santos

A justiça restaurativa deve ser vista como um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter) subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à (s) vítima (s) relacionada com uma auto-responsabilização do (s) agente (s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução.⁸⁶

De acordo com os ensinamentos da referida autora portuguesa, a justiça restaurativa se diferencia da justiça penal tradicional em sua função e finalidades. Enquanto aquela consagra a função de pacificação dos conflitos em matéria criminal através da reparação e tem, por finalidade, a reparação do dano e autorresponsabilização do agente, a justiça penal se orienta para a proteção de bens jurídicos penais importantes para a manutenção da convivência social de forma pacífica, bem como se utiliza de uma resposta punitiva para alcançar este fim, a qual é legitimada pela retribuição ou prevenção enquanto resposta privilegiada de lidar com o crime.

Lode Walgrave insiste para a necessidade de restringir no máximo possível a concepção de justiça restaurativa, ao mesmo tempo em que encara que a restauração deve ser compreendida como meta, enquanto o processo voluntário como ferramenta.⁸⁷ Ademais, o autor considera que o dano existente, antes da prática do crime, não deve ser prioridade da justiça restaurativa, tendo em vista que esta costuma ser reativa, pois seu foco é reparar o dano causado pela ofensa.⁸⁸

As construções teóricas acerca da justiça restaurativa são feitas com base em um conjunto de influências frequentemente associadas com práticas de povos comunais e nativos, juntamente com tendências mais modernas, associadas a movimentos que defendem o desencarceramento, direitos das vítimas, feminismo, emancipação de populações indígenas, justiça juvenil, comunitarismo, contestação do sistema penal, etc⁸⁹.

Neste cenário, cada movimento contribuiu para o desenvolvimento e formação do conceito de justiça restaurativa, o que propicia que a concepção de justiça restaurativa tende a se diferenciar a depender da base e da importância dada a cada influência. Assim, é possível

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª Edição, Lisboa: Coimbra Editora, 2014, p.304-305

⁸⁷ WALGRAVE, 2008, p.22.

⁸⁸ Neste aspecto, ele assume se diferenciar da proposta oferecida por Van Ness e Strong. Ademais, a perspectiva de justiça restaurativa do autor compreende que o dano a ser considerado para reparação “inclui o dano material, todas as formas de sofrimento infligido na vítima e seu ambiente imediato, agitação social e indignação da comunidade, a incerteza sobre a ordem jurídica e sobre a capacidade das autoridades para garantir a segurança pública e os danos sociais que o ofensor tenha causado a si mesmo por sua ofensa.”. Ibidem, p.25.

⁸⁹ Ibidem, p. 14-16.

perceber que os ideais abolicionistas podem chocar com a postura de grupos feministas que reivindicam o endurecimento do sistema penal, quando atos de violência são praticados contra o público em questão, de modo que, para determinados crimes, a abordagem restaurativa pode não ser adequada a depender da corrente prevalecente nos discursos por sua implementação.

Observa-se que, por todas as definições expostas, o elemento central para configuração da justiça restaurativa é a reparação do dano decorrido do crime, sendo defendido por boa parte da doutrina que esta finalidade deva ser acompanhada por um processo que carregue uma série de valores, os quais permitam se diferenciar do processo penal tradicional. Com isto, a justiça restaurativa, além da finalidade central reparatória, também pode ser pensada, de forma variada por seus defensores, visando a reintegração social do ofendido, responsabilização do agente, paz social, etc.

Ademais, importante ressaltar que, por se tratar de um termo que pode significar “coisas diferentes para pessoas diferentes”⁹⁰, inclusive, sendo defendida por grupos de posicionamentos diversos, pois, diante de seus propósitos variados, a justiça restaurativa apresenta pontos que agradam tanto grupos formados por liberais, quanto conservadores. Neste sentido, Braithwaite orienta que:

O apelo de justiça restaurativa para os liberais é um sistema de justiça menos punitiva. O apelo para os conservadores é a sua forte ênfase na capacitação vítima, em capacitar as famílias (como em "conferências de grupo familiar"), em laminar responsabilidades domésticas, e sobre a poupança fiscal como resultado da utilização parcimoniosa da punição. Quando a justiça restaurativa é aplicada a crimes de colarinho branco, os políticos pró-negócios também tendem a encontrar a abordagem mais atraente do que uma abordagem retributiva quanto a irregularidade negocial.⁹¹

Não obstante a indefinição teórica, a justiça restaurativa ainda se mostra indefinida quanto à sua própria natureza, podendo ser associada a um processo, filosofia ou movimento, bem como podendo se voltar “à ocorrência de um crime ou, muito além disso, a quaisquer situações (problemáticas ou não) do cotidiano”⁹². Trata-se do que Rosenblatt apresenta como uma campanha minimalista e maximalista⁹³, sendo a primeira encabeçada por aqueles que

⁹⁰ FATTAH apud ROSENBLATT, Fernanda, p.3. **EM BUSCA DAS RESPOSTAS PERDIDAS – UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>> Acesso em: 20 mar 2016

⁹¹ Tradução feita pela autora, assim como todas as passagens que virão da referida obra. BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University; 2002. p.10.

⁹² ROSENBLATT, op. cit, p.4. Para nós, a justiça restaurativa será encarada com um movimento de constante expansão e desenvolvimento prático-teórico.

⁹³ Não se assemelham às tendências explicadas por Jaccoud, já que que se diferencia é quanto à natureza e proposta de abranger outras áreas, como direito empresarial, familiar, etc (maximalista) ou se concentra-se apenas no penal (minimalista).

defendem a justiça restaurativa voltada apenas para o crime, enquanto o segundo grupo, é formado por apoiadores do ideal restaurativo maximizado para todas as situações do dia-a-dia.

Um importante autor que reconhece o poder transformativo e expansivo da justiça restaurativa é o australiano John Braithwaite⁹⁴. Para ele, a justiça restaurativa possui um grande potencial na construção de um mundo mais livre da criminalidade, capaz de contribuir para um melhor funcionamento do ordenamento jurídico.

2.2 PRÁTICAS RESTAURATIVAS

A principal tentativa de unificar conceitos e sistematizar princípios e valores da justiça restaurativa se apresenta na Resolução 12/2002 das Nações Unidas, a qual foi editada em 24 de julho de 2002 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e traz informações a respeito da terminologia, uso da justiça restaurativa e operacionalidade com o sistema penal⁹⁵.

Segundo esta resolução, um programa de justiça restaurativa é todo aquele que “use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”, sendo que por processo restaurativo se compreende aquele “no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.”, exemplificando com “mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)”.⁹⁶

Estes exemplos não são taxativos e ao longo das últimas décadas novas experiências surgiram ou foram aperfeiçoadas de acordo com a realidade local, de modo que Lode Walgrave apresenta uma lista mais ampla que a oferecida pela Resolução da ONU: apoio à vítima; mediação vítima-ofensor, conferência restaurativa; círculos de sentença e círculos de cura;

⁹⁴ BRAITHWAITE, John, 2002, prefácio, p.X-XI. Nos termos do autor: (...) restorative justice has the potential to contribute not only to the creation of a more crime-free society but also to a society where our whole legal system works more efficiently and fairly, to a society where we do better at developing the human and social capital of our young and to a more peaceful world”, idem

⁹⁵ Referida Resolução não tem o condão de estabelecer normas fixas a respeito da utilização, concepção e operacionalidade da justiça restaurativa, mas, se apresentada como um material capaz de orientar aqueles Estados que se interessam pela utilização da justiça restaurativa em seus sistemas, a partir de um conjunto de indicações que foram desenvolvidas com base em determinados encontros envolvendo especialistas sobre o tema, a exemplo do trabalho feito pelo Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 12/2002** da ONU. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 2002. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0%22%20%5C1%20%22.Vuaxt5MrLVo#.VyDzgzArLIU>> Acesso: 10 jan de 2016

⁹⁶ Parágrafos 1 e 2 da resolução. É importante notar que a definição de processo restaurativo se confunde com a própria justiça restaurativa, de modo que, a Resolução valoriza uma orientação para o processo para definição.

comitês de paz, conselhos de cidadãos, serviço comunitário, dentre outras que serão tratadas a seguir.

2.2.1 Agências de Apoio à Vítima

O apoio à vítima é, nas palavras de Walgrave, “a forma mais completa de ajudar vítimas do crime que regimes de indenização das vítimas que incidem sobre interesses materiais”⁹⁷, de modo que parece ser restaurativo o modelo deve ter serviço e apoio à vítima sempre disponível, independente do infrator ter sido apreendido ou não.

A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa sem a participação do autor do crime se dá porque Walgrave compreende que a justiça restaurativa não se rege por finalidades punitivas nem reabilitativas, mas tão somente reparatórias⁹⁸. Sendo assim, razão não há, para o autor, desconsiderar esta prática como restaurativa, haja vista que “reparar a vítima é o primeiro e mais importante ação de realizar a justiça”, de modo que o “se o ofensor não é conhecido, não está preso, indisposto ou incapaz de colaborar com a reparação, a sociedade e a comunidade devem contribuir diretamente para a reparação”⁹⁹.

No entendimento de Walgrave, a justiça restaurativa tem a capacidade de trazer para o centro de atenção do sistema penal as agências de apoio às vítimas, que costumam ser colocadas à margem do mesmo, pois costumam lidar “especialmente com problemas de bem-estar ligados à vitimização”. Oferecer uma abordagem maximamente restaurativa às vítimas é o que ele considera “ser a primeira preocupação da intervenção pública após a ocorrência de um crime e não um adendo ornamental.”¹⁰⁰

Esta perspectiva não prospera quanto aos princípios e valores básicos definidos pela Resolução 12/2002, haja vista que nela consta a necessidade da existência de “prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor”, razão pela qual preza por um processo que se guie pela voluntariedade e consensualidade, tanto na participação, quanto na formação dos acordos, os quais devem ser guiados por obrigações razoáveis e proporcionais¹⁰¹.

⁹⁷ WALGRAVE, 2008, p. 32

⁹⁸ Com isto, aqueles autores que vislumbram a justiça restaurativa com estes fins citados não compreendem este tipo de prática enquanto restaurativo, ou pelo menos com um certo potencial de restauração.

⁹⁹ Ibidem, p. 32

¹⁰⁰ Ibidem, p. 33

¹⁰¹ É o que determina o artigo 7º da Resolução 12/2002. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002.

De outro lado, é possível perceber que a opção pela consideração desta prática, como restaurativa, resolve algumas questões limitadas pela adoção da justiça restaurativa orientada pelo resultado e processo, como a ausência de voluntariedade, desistência do processo e incapacidade penal para tanto, a exemplo dos inimputáveis, que nem sempre terão condições de serem representados por responsáveis aptos e dispostos a se envolverem em um processo restaurativo.

Portugal possui a experiência próxima deste programa com a APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, que se apresenta como uma organização nacional, sem fins lucrativos de solidariedade social, cuja missão é a de “apoiar as vítimas de crime, familiares e amigos, prestando-lhes serviços de qualidade, gratuitos e confidenciais, e contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas, sociais e privadas, centradas no estatuto da vítima”¹⁰².

A Constituição Federal Brasileira determina em seu artigo 245 que “lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”, de modo que se encontra em tramitação no Senado Federal projeto de lei nº 518 de autoria do Senador Pedro Taques quanto a criação do Estatuto da vítima e de seus Dependentes, o qual tem, como objetivo, regulamentar o dispositivo constitucional¹⁰³ que trata da assistência às pessoas que foram vitimadas por crimes dolosos.

¹⁰² Além da APAC, em Portugal há oferecimento de serviços de saúde, de segurança nacional e proteção às vítimas dos crimes. Informações importantes para vítima como seus direitos, a características de um processo criminal e os participantes do mesmo podem ser encontrados no site: <<http://www.infovitas.pt>> Acesso em: 28 abr de 2016.

¹⁰³ A explicação quanto ao objetivo do projeto é de que “Regulamenta o art. 245 da Constituição Federal, para estabelecer o estatuto da vítima de crimes e seus dependentes, e dá outras providências; dispõe que recebida a ação penal, o juízo criminal determinará a comunicação da vítima ou, quando for o caso, de seus representantes legais ou herdeiros; no curso da ação penal, havendo fundados indícios de materialidade e autoria e comprovação de incapacidade da vítima para o desempenho de suas atividades habituais por mais de 15 (quinze) dias em decorrência do crime, ela poderá solicitar ao juiz criminal o arbitramento de alimentos provisionais que deverão ser pagos pelo réu; o valor dos alimentos provisionais será fixado conforme a necessidade da vítima e a capacidade econômica do réu; em caso de morte da vítima, os alimentos provisionais serão fixados em benefício de dependentes que comprovem dependência econômica; a autoridade policial deve esclarecer a vítima e seus dependentes a respeito do direito aos alimentos provisionais; a vítima ou, quando for o caso, seus representantes legais, herdeiros ou dependentes terão direito a conhecer todos os termos do processo, independentemente de se constituírem como assistentes da acusação, salvo decretação de segredo judicial; proferida condenação, o juiz fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima; determina que o Estado prestará assistência às pessoas vitimadas por crime doloso que comprovem carência econômica; no caso de decisão de pronúncia ou decisão condenatória recorrível por crime que cause a morte da vítima, os dependentes carentes da vítima terão direito ao recebimento do valor de um salário mínimo mensal, por prazo não superior a cinco anos; dispõe que a vítima, seus dependentes e herdeiros, tem direito à duração razoável do processo criminal, podendo requerer preferência, solicitar medidas correicionais ou provocar o controle externo do Poder Judiciário; o texto da presente Lei deve ser afixado nas delegacias de polícia, fóruns, tribunais e sedes das defensorias e dos Ministérios Públicos, bem como ser divulgado nas páginas eletrônicas dos governos federal, distrital, estadual e municipal.” BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 518 de 2013. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115749?o=t>> Acesso em: 30 mar 2016.

Atualmente, é possível perceber uma maior preocupação quanto à proteção à vítima e testemunhas ameaçadas, em especial pelas disposições previstas na Lei 9.807/99, que prevê a criação e manutenção de programas com os referidos fins. Observa-se, no entanto, que o tratamento marginalizado é conferido às vítimas em geral, haja vista que o programa aqui é voltado para uma vítima em situação específica, qual seja, a que está ameaçada, não sendo possível atribuir a estes programas a centralidade restaurativa que Walgrave aponta como necessária para o sistema penal.

2.2.2 Mediação Penal

A mediação penal¹⁰⁴ é uma das principais práticas restaurativas, sendo considerada a pioneira no tocante ao surgimento da justiça restaurativa no último século¹⁰⁵, especialmente através do programa de mediação vítima ofensor, nomeado também como Conferência Vítima Ofensor ou Encontro Vítima Ofensor. Utilizados em diversos países, Pelikan e Trenczek definem este programa baseados na definição de mediação penal adotada pelo Comitê de Ministros da Europa, a partir da Resolução n. 99-19:

(...) como um processo que é oferecido às partes de um litígio decorrentes do compromisso de um crime, para falar (de preferência cara a cara) sobre e como lidar com o comportamento ofensivo. Com o auxílio de um terceiro neutro (o mediador), as partes identificam as questões em disputa, desenvolvem opções, consideram alternativas e se esforçam para chegar a um acordo (a restituição). O mediador não tem papel consultivo ou determinante no conteúdo da disputa ou no resultado da sua resolução.¹⁰⁶

Os autores indicam, pelo menos, três elementos que são importantes para a definição europeia desta abordagem restaurativa. O primeiro é o elemento “Mundo da Vida”¹⁰⁷, abordagem esta que pode ser percebida na forma que a justiça restaurativa encara a definição

¹⁰⁴ Importante salientar a crítica sustentada por Christa Pelikan e Thomas Trenczek, acerca do termo mediação penal. Para os autores, a justiça restaurativa “não é um processo que visa a penalização. Não é “mediação penal”, como é chamado erroneamente como tradução dos franceses “mediation pénal”, mas mediação em matéria penal, o que significa conflitos que se tornaram relevante dentro o sistema de justiça criminal.”. Diante da tradição doutrinária e dos documentos legais internacionais que continuam com o termo, o manteremos, mas com a ressalva que deve ser visto sob o viés apresentado pelos referidos autores. PELIKAN, Christa, TRENCZEK, Thomas. Victim offender mediation and restorative justice: the European landscape. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry - **The Handbook of Restorative Justice- A Global Perspective**, 2006, p.67.

¹⁰⁵ WALGRAVE, 2008, p.33, informa que as primeiras experiências modernas da justiça restaurativa ocorreram com base nos programas de reconciliação vítima-ofensor, em Ontario (Canadá), desenvolvendo-se também nos Estados Unidos.

¹⁰⁶ Tradução nossa. Ibidem. p. 64

¹⁰⁷ Por mundo da vida, termo determinado por Habermas e que pode ser compreendido como, “o horizonte não-teoricamente dado, não questionado, em que os participantes de comunicação se movem comumente, quando se referem tematicamente a algo no mundo”. ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. apud ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo Silva da. A legitimação do Direito em Habermas. **DIKÉ Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Ano VIII – Anual, Editus, 2006, p. 145.

de crime, não mais na violação da norma jurídica, abstratamente, mas encarando que o crime causa danos para aquele que fora vítima. Trata-se da clássica diferenciação realizada por Howard Zehr, em sua obra pioneira sobre o tema, em que o autor se concentrou em demonstrar a oposição na forma de lidar com o crime entre a justiça restaurativa e a justiça penal tradicional.

O foco do crime está no problema entre as pessoas diretamente envolvidas: vítimas e ofensores. Deste modo, os autores visualizam uma aproximação do que Nils Christie tratou a respeito da necessidade de devolução do conflito às partes que têm maior interesse em resolvê-los, que costumam ser, na grande maioria, substituídas por outras figuras.

O segundo elemento para esta prática é a participação ativa dos envolvidos. Ao focar na resolução do conflito, a justiça restaurativa apresenta como um objetivo central a facilitação da participação dos envolvidos, o que leva a mediação a produzir uma “solução mais compreensiva para o problema provocado pelo ofensor ou pela ofensa que o sistema de justiça pode resolver sozinho.”¹⁰⁸

Como a mediação oferece espaço e a liberdade para as partes decidirem sobre as consequências dos crimes, a participação ativa é fundamental para que ocorra da melhor forma o processo de decisão. Para os autores, a participação ativa na mediação é conseguida através do empoderamento de vítima e ofensor, e da capacidade do mediador de lidar com situações que podem prejudicar o andamento ou resultado do processo, como relação de dependência entre as partes, abuso de poder, riscos e casos de violência, de modo que a verificação de elementos que impeçam o tratamento igualitário e respeitoso entre os participantes deve ser levando em conta para uma possível interrupção ou até mesmo cancelamento do processo¹⁰⁹.

Estas características podem ser encontradas na Resolução 12/2002 da ONU, a qual estabelece, no artigo 9,º a necessidade de serem levadas em considerações, em um processo restaurativo, as disparidades que implicarem em desequilíbrios, diferenças culturais entre as partes, bem como deve ser observada e garantida a segurança aos envolvidos, consoante determina o artigo 10. Além disso, o artigo 11 prevê que “quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga”.

Por fim, a mediação apresenta, como importante elemento, o reparador, de modo que, pelos danos causados pelo crime, o ofensor tem a obrigação de corrigir o erro, aceitando sua

¹⁰⁸ Cf. PELIKAN; TRENKZEC, 2006, p. 65. O texto original prevê: “Thanks to its participatory nature, mediation is likely to produce a more comprehensive solution to the problems arising from the offence or which have led to the offense than the criminal justice system can do alone (...).”

¹⁰⁹ Cf. Ibidem, p.66.

responsabilidade por suas ações e criando formas de reparar os danos de forma equilibrada, seja com uma ação material ou simbólica, tendo em vista que a reparação não se vincula à dimensão material ou financeira.¹¹⁰

Não obstante, é importante ressaltar que a mediação não possui um formato rígido, tendo em vista que as práticas tendem a sofrer modificações para se encaixar na realidade de cada local. Assim é que variações podem ocorrer, sendo possível realizar mediações em que não há efetivamente o encontro entre as partes, mas a comunicação indireta, na qual o mediador fica encarregado de passar as informações às partes em encontros separados¹¹¹. Além disso, Walgrave orienta que há mediações que priorizam a “compensação material”, enquanto outras têm como foco a “cura espiritual”, divisão aproximamos de reparação material x reparação simbólica..

Deste modo, observa-se que a mediação, em sentido lato e não apenas voltada para matéria penal, pode ser classificada a partir de três tipos de abordagem: satisfativa, narrativa e transformativa.

Desenvolvida pela Escola de Havard, a mediação satisfativa ou o método de resolução de conflitos com foco para a formação de um acordo, utiliza-se de técnicas e princípios negociais, de modo que prioriza “o conflito objetivo (o problema concreto), com vistas ao acordo negociado”¹¹². Trata-se de uma prática que trabalha com a negociação, a qual pode utilizar-se de modelo integrativo ou distributivo, os quais são aplicados em distintos momentos, consoante expõe Carlos Eduardo de Vasconcelos:

O modelo integrativo é aquele, normalmente, adotado nas parcerias, alianças, relações de interdependência, em que manter ou conseguir um relacionamento de longa duração é importante. O modelo distributivo é o adotado nas negociações episódicas, sem perspectiva de geração de rede ou parcerias, alianças, relações de interdependência, etc. A mediação seria um terceiro modelo de negociação cooperativa, denominado negociação com apoio de terceiros.¹¹³

Mas além do foco no acordo, a mediação pode ter ênfase também na própria relação, e aqui se destacam dois tipos de modelos: mediação narrativa-circular e mediação transformativa. No primeiro modelo, como o nome revela, a importância está na narrativa, razão pela qual “a obtenção do acordo deixa de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência

¹¹⁰ Cf. *Ibidem*, p.66.

¹¹¹ Cf. *Ibidem*, p.80-81. Trata-se de uma opção para casos em que as partes não se sintam confortáveis em estarem presentes diante da outra, ou quando impossível a realização entre todos os envolvidos. Crimes graves e ocorridos com violência podem gerar danos que ultrapassam a dimensão material, razão pela qual a presença do ofensor pode ser suficiente para causar mais transtornos à vítima, com riscos de ocorrer revitimização. Os encontros realizados de forma separada podem trazer uma maior sensação de segurança e conforto.

¹¹² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Prática Restaurativa**. São Paulo: Método, 2008, p. 73

¹¹³ *Ibidem*. p. 74

do processo circular-narrativo.”¹¹⁴ Trata-se de um processo que se conduz pelas conversas dos mediandos, o que acaba promovendo uma desconstrução ou desestabilização das narrativas iniciais¹¹⁵, enquanto o modelo satisfativo costuma ser orientado para a obtenção de um acordo, o que desestimula a circularidade entre as falas e ações dos mediandos.

A mediação transformativa, por outro lado, tem o foco inicial na “autoafirmação” dos mediandos, de modo que a esses atores é dado a oportunidade de recuperem reflexivamente seu próprio poder restaurativo. Consoante explica Vasconcelos, Joseph Folger e Barush Bush foram responsáveis por fortalecer este modelo que buscava enfrentar a visão individualista prevalecente nas práticas de mediação dos Estados Unidos, ao passo que enfatizavam a importância para a “capacitação (autodeterminação)” das partes e “empatia (reconhecimento)”, razão pela qual o mediador tem o papel de observar os pontos levantados pelas partes na resolução dos conflitos, mostrando a eles que são capazes para tanto, ao mesmo tempo em que se valoriza as situações em que o outro é reconhecido de forma positivamente¹¹⁶.

A autodeterminação equivale a ideia de “empoderamento”, valor defendido por muitos autores, a exemplo de Van Ness e Strong, pois considerado fundamental para a condução de um processo restaurativo, já que revela a oportunidade única em poder fazer parte de um processo de decisão, bem como a poder influenciar efetivamente na resposta.

Importante destacar que, mediação penal, segundo entendimento de Jacques Faget (*apud* Ana Miria Carinhana), pode ser compreendida a partir de algumas escolas de pensamento, e não de forma uniforme:

A mediação é o produto da combinação de três escolas ideologicamente díspares de pensamento. O primeiro denuncia o efeito devastador da intervenção do sistema penal sobre a trajetória dos criminosos. O segundo amplia, virado para a fratura dos órgãos tradicionais de regulação, a imagem de uma comunidade perdida que devemos reconstruir e fortalecer. O terceiro, sem dúvida o mais influente, é para fazer justiça à vítima, o grande esquecido o debate criminológico desde a construção do Estado moderno.¹¹⁷

Como vimos anteriormente, a mediação se orienta por princípios de ordem satisfativa (ou negocial), narrativa ou transformativa. Deste modo, a mediação tende a se orientar por um pensamento que, ora se volta contra os efeitos do sistema para o ofensor, ora busca se apoiar nos princípios comunitários, e, ora se foca na figura da vítima, enfatizando a reparação e

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁵ Cf. *Ibidem*, p. 84

¹¹⁶ Cf. *Ibidem*, p. 86-87

¹¹⁷ FAGET (p.186) *apud* CARINHANA, Ana Miria dos Santos Carvalho. **LA MÉDIATION EN MATIÈRES PÉNALES EN BELGIQUE: L'évaluation de la pratique de Médiateur à partir de la représentation sociale de ses médiateurs.** Mémoire. Université Catholique de Louvain. 2014, p.34

restituição dos danos. Isto faz concluir que a mediação pode funcionar, de forma variada, conforme qual foco deseja perseguir: se mais voltado para ofensor, vítima ou comunidade; se utilizada como um meio solucionador de um problema, ou se compreendida como meio capaz de oferecer transformação para as partes, que veem ali, um processo capaz de ir além de soluções práticas para o caso.

Esta divisão é importante, pois permite demonstrar que o processo de mediação é diverso e plural, composto de modelos cujas técnicas são utilizadas para um determinado fim baseado no acordo ou nas relações, cada um com seus aspectos positivos e negativos para determinado caso. Deste modo, em matéria penal, as técnicas dos três modelos podem ser utilizadas de acordo com a ênfase dada à justiça restaurativa, se mais voltada para a reparação e o foco no acordo ou a resolução do conflito entre as partes (reconciliação), sendo o foco nas relações pessoais.

Para Walgrave, o programa referido possui uma série de limitações. A primeira é que ele trata, apenas, da disputa entre vítima e agressor, deixando de lado as dimensões públicas do crime. A segunda limitação é que este programa se restringe a processos voluntários, só podendo ocorrer quando ambos as partes se mostrarem dispostos a cooperar, o que, nas palavras do autor “reduz drasticamente o seu alcance à forma ou diversão dos casos dispostos”¹¹⁸.

Ao defender uma versão maximalista da justiça restaurativa, o autor compreende ser possível e necessário a ampliação das práticas restaurativas inseridas no sistema penal, de modo que este assuma a restauração enquanto novo paradigma, razão pela qual depender exclusivamente de processos voluntários limitaria a sua atuação a casos de diversão processual, tomando direção contrária às determinações da referida Resolução da ONU. Acerca do tema, teceremos maiores comentários ao longo do texto.

2.2.3 Conferência Restaurativa

A versão original desta prática se refere à “Conferência de Grupos Familiares” e foi adotada pela Nova Zelândia em sua legislação, qual seja o “Children, Young Persons and Their Families Act (CYPFA)”, em 1989, o qual previa que o Tribunal só poderia impor uma sanção a um jovem ofensor em casos em que, primeiramente, tenha ocorrido uma tentativa de resolução do conflito por uma Conferência de Grupo Familiar, salvo para os casos de homicídio.¹¹⁹

¹¹⁸ WALGRAVE, 2008, p. 34

¹¹⁹ Ibidem, p. 35

O programa se constitui em uma conferência que “é facilitada por um imparcial moderador e consiste num processo inclusivo que reúne vítima, ofensor e seus apoiadores, a fim de encontrar uma solução socialmente construtiva para os problemas e danos causados pela ofensa” e costuma se direcionar aos jovens.¹²⁰

Importante salientar que, conforme orienta Walgrave, originariamente, estas conferências não foram introduzidas com uma perspectiva essencialmente restaurativa, mas, trata-se de um programa que “foi planejado como um esquema para dar resposta a crimes juvenis de acordo com as tradições dos povos indígenas, os Maoris, que estavam sobre-representados nos processos judiciais juvenis. Mas os enormes potenciais restauradores foram logo descobertos”¹²¹, o que fez com que o processo se estendesse para o âmbito dos adultos.

Walgrave apresenta algumas peculiaridades do programa neozelandês que diferem das variações espalhadas por outros países e que se associaram à justiça restaurativa¹²². A primeira é que esta conferência original não se trata de uma prática diversionista do sistema punitivo, mas uma prática integrante do mesmo. Com isto, este programa costuma ser utilizado antes da resposta punitiva tradicional e, há obrigatoriedade da participação das partes participarem neste formato, para, só após ter completado esta fase, o Tribunal Juvenil poder impor uma sanção.

123

É preciso observar que, consoante lições de Walgrave, a integração do programa voltada para a conferência junto ao sistema de justiça partiu das autoridades, e ocorreu como uma tentativa de apaziguar as contestações de grupos tradicionais que reivindicavam uma maior participação e relevância no processo penal, tendo em vista que não consideravam este como a melhor maneira para se ter uma resposta ao crime. Ademais, volta-se a análise quanto a voluntariedade, que é minimizada ao caso, tendo em vista que, além da obrigatoriedade em fazer parte deste procedimento anterior ao judicial, a não resolução do caso, pela via da conferência, condicionará que o processo seja levado para as vias judiciais tradicionais.

Em segundo lugar, o autor belga lembra que os policiais têm importante participação na conferência, atuando como informantes e guardiões da ordem pública, “de modo que a dimensão pública do crime é explicitamente representada na deliberação.”¹²⁴ Esta participação ampliada não se resume apenas aos policiais; o terceiro ponto de destaque revela que os

¹²⁰ Ibidem, p. 34.

¹²¹ Ibidem, p. 35.

¹²² Cf. Ibidem, p. 35-36

¹²³ Cf. Ibidem, p.35.

¹²⁴ Ibidem, p. 35.

advogados costumam ser convidados a fazerem parte da conferência, ampliando deste modo a concepção de participação dos envolvidos.

A formação proposta pelo programa em comento, é uma inovação que prevê a presença de atores do sistema de justiça criminal e não apenas daqueles envolvidos diretamente na ofensa.

A presença destes atores tradicionais do sistema penal em um processo restaurativo não é ponto de convergência entre os teóricos. Para alguns teóricos, o trabalho dos advogados é incompatível com a proposta restaurativa, já que suas presenças e posturas podem dificultar o processo dialógico, haja vista a prevalência da figura combativa e adversarial que é moldada para os profissionais da área jurídica. No entanto, há posicionamentos pela participação do advogado, em qualquer momento, pela observância das garantias e direitos dos envolvidos¹²⁵, mas respeitando a característica e finalidade do processo restaurativo.

Para Walgrave, a experiência neozelandesa é uma das mais poderosas para encarar a justiça restaurativa enquanto uma opção maximalista¹²⁶. As suas características peculiares permitem a utilização em crimes mais graves, bem como seu procedimento pode ser realizado sem a presença da vítima, ao afirmar que “se a vítima não estiver presente, a polícia e os outros participantes podem dar atenção a aspectos de vitimização, o que não é possível no caso de uma simples mediação.”¹²⁷

2.2.4 Círculos Restaurativos

Dentre as práticas restaurativas que costumam ser associadas às formas de resoluções de conflitos com princípios e valores de comunidades tradicionais, encontra-se o formato dos círculos, os quais são preferenciais para grupos que vislumbram uma forma particular de lidar com as ações criminosas, diferentes do formato judicial.

Dois tipos de círculos restaurativos se destacam na perspectiva restaurativa: os círculos de cura e os círculos de sentença. Na definição de Walgrave, temos que:

Os círculos de cura são destinados especialmente para restaurar a paz dentro da comunidade indígena afetada por problemas particulares, tais como incesto ou violência familiar. Os círculos de sentença são uma espécie de co-decisão da comunidade no processo de justiça criminal e tem lugar na presença de um juiz oficial.

¹²⁵ Consoante explica Pallamolla, baseada nos valores de accountability e appealability: “Qualquer pessoa envolvida em um caso penal ou de outra esfera do direito deve ter o direito de optar por um processo restaurativo ao invés do processo judicial tradicional; a opção contrária também deve ser admitida”. PALLAMOLLA, 2009, p. 63

¹²⁶ Cf. WALGRAVE, 2008, , p. 36.

¹²⁷ Ibidem, p 36.

Ambos os tipos envolvem a comunidade local como um todo para lidar com as consequências de um crime; é fortemente baseada na comunidade e tem como objetivo restabelecer a paz através de reparação e cura (McCold 2001; Van Ness e forte 2002). O processo deliberativo é muito intensivo e pode levar várias reuniões¹²⁸.

Apesar de terem influenciado, fortemente, a justiça restaurativa na contemporaneidade, estas práticas convivem com algumas críticas e riscos quando observada sua praxis. A primeira é que a depender do tipo de círculo, pode-se não priorizar, necessariamente, a busca de resultados restaurativos afastados da retribuição, de modo que o processo pode levar a um produto consensual punitivista, consoante expõe Jaccoud¹²⁹.

Para a autora, em determinadas situações, os círculos de sentença, embora se utilizem de processos deliberativos, com efetiva participação das partes (vítima, comunidade, e possíveis interessados) no caso, podem vir acompanhados de finalidades retributivas, como a adoção da pena de prisão enquanto sanção acordada entre o grupo.

Em seu entendimento, um programa deste tipo é classificado como um modelo de justiça restaurativa baseada no processo, no qual as finalidades são secundárias e a participação nos processos, seja através de negociações, consultas ou qualquer envolvimento seja suficiente para configurar um processo como restaurativo, postura que é combatida pela autora, para quem um modelo que se coloque como restaurativo não pode ser guiado por finalidades retributivas¹³⁰.

Ademais, Walgrave aponta a dificuldade na expansão desta prática na modernidade, tendo em vista que os “protagonistas em crimes urbanos transcendem da comunidade local”, enquanto os círculos necessitam de uma comunidade ativa e partes dispostas a investirem no processo, o que não é tão visível na sociedade moderna, em especial a urbana, caracterizada pela intensidade do dia-a-dia e pouca atenção para interações sociais.

Apesar destes pontos, ressalta o autor que “tais círculos realmente mantêm fortes potenciais no desenvolvimento das comunidades carentes e lidam além das consequências da ofensa”.¹³¹

¹²⁸ Tradução nossa, no original: “Healing circles are meant especially to restore peace within the native community affected by particular problems, such as incest or family violence. Sentencing circles are a kind of community co-judgment in the criminal justice procedure, and take place in the presence of an official judge. Both types involve the local community as a whole in dealing with the aftermath of a crime, are strongly community-based and aim at restoring peace through reparation and healing (McCold 2001; Van Ness and strong 2002). The deliberative process is very intensive and may tak several meetings.” Ibidem, p.35

¹²⁹ JACCOUD, 2005, p.171

¹³⁰ Ibidem, p.171.

¹³¹ WALGRAVE, 2008, p. 27.

2.2.5 Comitês de Paz

Diverso dos programas tradicionais, o alcance do comitê de paz é apontado por Walgrave como algo que transcende a prática de justiça restaurativa em seu sentido estrito. Para o autor, estes comitês, originários da África do Sul com a experiência no modelo de “Zwelethamba”, têm como missões a pacificação e a construção da paz. Na primeira, busca-se resolver as disputas particulares nas comunidades locais, enquanto a segunda missão tem, como fim, a resolução de problemas mais genéricos.¹³²

Por um lado, o autor alerta que estes comitês possuem proximidades com os círculos de sentença, quais sejam a integração em comunidades locais, o intensificado envolvimento dos membros da comunidade e a participação deliberativa no procedimento. Por outro lado, é possível encontrar diferenças significativas. Consoante dispõe Walgrave: “eles parecem ser parte de uma estratégia deliberada para desenvolver uma governança nodal local de segurança numa sociedade de transição onde o governo é relativamente fraco”.¹³³ Além disso, o alcance de iniciativa é um diferencial entre os dois modelos, pois aqui, tanto os fóruns de pacificação, quanto o de construção de paz são envolvidos em uma estratégia deliberativa para serem sustentados com frequência¹³⁴.

O destaque para estes comitês, segundo Walgrave, é o tratamento construtivo que podem oferecer para os problemas de segurança, tendo em vista que as respostas construtivas buscam ser para além de eventos específicos, mas “utilizados ao mesmo tempo como oportunidade para oportunizar a comunidade a ser atualizar em geral.”¹³⁵

¹³² Baseado nas lições de Shearing, 2001. Ibidem. (p.37)

¹³³ Segundo Catherine Slakamon e Philip Oxhorn, “As estruturas de governança nodal têm uma conformação descentralizada, em que o poder e a responsabilização são distribuídos de acordo com uma relação de parceria baseada no conhecimento entre os atores estratégicos (ou “nós”). As capacidades e técnicas específicas de cada nó são mobilizadas por meio de estruturas de compartilhamento do poder que favorecem o uso do conhecimento local para maximizar a eficiência da administração e processamento de questões específicas.” SLAKAMON; Catherine. OXHORN, Philip. O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil” **Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança**. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p.34

¹³⁴ WALGRAVE, 2008., p.37

¹³⁵ Ibidem, p. 38

2.2.6 Conselho de Cidadania

Outra possível experiência restaurativa retratada por Walgrave se refere aos conselhos de cidadania, nos quais há uma valorização da participação dos membros da comunidade em processos de negociações, a exemplo do programa “Reparative Probation Program” de Vermont (EUA) e do programa Youth Offender Panel, da Inglaterra.

O programa americano é voltado para condenados por crimes de menor gravidade a quem são permitidos participar de uma reunião para negociar um contrato reparativo, “o qual pode conter pedidos de desculpas, serviço comunitário ou tratamento”. O programa inglês, composto por três membros, sendo dois cidadãos da comunidade local, busca um encontro para discutir a culpa do jovem infrator com primeira passagem pelo Tribunal e formar um contrato por meio de um caminho não adversarial, consoante os princípios restaurativos.

Apesar dos defensores destes conselhos entenderem que a participação comunitária fortalece os princípios restaurativos em face da diminuição do papel dos profissionais da Justiça, Walgrave aponta para um distanciamento do objetivo restaurativo neste formato, ao constatar que, nem sempre, a presença de não-profissionais é certeza de uma garantia de representação da comunidade, bem como a vítima tende a ter uma limitada ou inexistente participação e a reparação, nem sempre, seja objeto do acordo. Para ele, atualmente os conselhos estão mais voltados para a promoção dos ideais restaurativos, de modo que a “natureza reparadora parece variar consideravelmente de acordo com as situações e práticas locais”, mas ainda é uma preocupação do autor deixar a decisão final nas próprias mãos dos membros deliberativos.¹³⁶

No tocante ao programa inglês, Fernanda Rosenblatt informa que se trata de uma experiência baseada nas conferências de grupo familiar da Nova Zelândia, e fora adequada para envolver a comunidade no processo restaurativo e pode ser ilustrada a seguir:

No modelo inglês, o juiz, por meio de sentença, determina que um mínimo de *dois voluntários leigos* (necessariamente treinados em práticas restaurativas) se encontre com o infrator (e, se possível, com a vítima e as respectivas “comunidades de apoio” de ambas as partes), para desenhar (e, depois, monitorar) um plano restaurativo (quer dizer, um plano de reparação de danos à vítima e/ou à comunidade), tudo isso sob a supervisão de um profissional do sistema de justiça. O chamado *youth offender panel*, portanto, é um painel composto por pelo menos *dois membros leigos e voluntários da comunidade* (quer dizer, eles não recebem remuneração) e por um *membro do “time” de profissionais* que é responsável, na Inglaterra, pela execução das medidas socioeducativas (esse “time” recebe o nome de *youth offending team* ou *YOT*).¹³⁷

¹³⁶ Ibidem, p. 38

¹³⁷ ROSENBLATT, Fernanda. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa. **REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO** Volume 1, Número 2, 2014^a, p. 75.

Apesar de destacar pontos positivos, a autora conferiu que a experiência inglesa apesar de estar bem “amarrada” no tocante aos valores restaurativos, era realizada de forma “teatralizada”¹³⁸, em que

as partes celebram um contrato que, na verdade, é um “copiou-colou” do relatório escrito pelos profissionais que entrevistaram o adolescente antes da reunião “restaurativa” acontecer – e o adolescente infrator, que também lê o relatório antes da reunião, sai do painel sem entender a importância daquele encontro com uma dupla de “estranhos”.¹³⁹

Por esta razão, orienta que se trata de um programa “inspirado pelo discurso ou pela retórica restaurativa, mas que, na verdade, tem pouco de restaurativo.”¹⁴⁰ Deste modo, requer a reflexão para não apenas esta, mas que todas as experiências sejam avaliadas e analisados enquanto o que se propõe na teoria e o que se faz na prática.

2.2.7 Serviço Comunitário

Walgrave entende que o serviço comunitário, sob uma perspectiva restaurativa, pode ser compreendido como um “trabalho não remunerado realizado pelo ofensor em benefício da comunidade ou de suas instituições, entendido como uma compensação (simbólica) pelo dano causado pelo ofensor àquela comunidade”¹⁴¹, independente de ser resultado de um processo deliberativo ou de uma sentença ou decisão judicial.

Dentre os processos até então tratados como restaurativos, o serviço comunitário é aquele que mais gera controvérsias entre os autores, visto que tende a ter como resultado um encargo ao ofensor, diante da possibilidade de ser imposto através de um procedimento judicial, com isto, imposto pelo Estado. Para Walgrave, ainda que imposto judicialmente, o serviço comunitário pode ser considerado uma “sanção com vista à reparação”, pois apresenta aspectos em comum com o processo restaurativo, tais como:

- * uma definição do crime como um prejuízo para as vítimas (individual e social), que é bastante diferente da definição da justiça penal tradicional de crime como uma transgressão da lei;
- * uma intervenção primariamente orientada para a reparação desse prejuízo, que é diferente do apriorismo predominantemente punitivo;

¹³⁸ Cf. *Ibidem*, p. 76

¹³⁹ *Idem*, p. 76

¹⁴⁰ Cf. *Ibidem*, p. 78.

¹⁴¹ WALGRAVE (1999, p.139) *apud* WALGRAVE, 2008, p. 38

* uma concepção do agressor como sendo responsável, envolvendo-lhe ativa e diretamente na ação restauradora, enquanto as respostas de retribuição ou de reabilitação reduzem o infrator a um objeto passivo de retribuição ou tratamento.¹⁴²

Em sentido semelhante, Jim Dignan sustenta ser possível adaptar algumas penas¹⁴³, a exemplo da ordem de serviço comunitário, a fim de permitir que ela produza finalidades mais restaurativas¹⁴⁴.

Com base no pensamento de Tony Bottoms, Dignan sustenta que o serviço comunitário pode assumir uma forma punitiva quando requer ao ofensor a assunção de “tarefas sem sentido e, por vezes humilhantes, que não estão relacionadas ao crime”. Ao mesmo tempo, entende que, sob uma perspectiva restaurativa, o serviço comunitário pode ser conceituado como

“(…) uma forma de empreendimento mais construtivo significativo com a infração original; ou com uma potencial intervenção restaurativa ou reintegrativa, por exemplo, onde a tarefa está relacionada com habilidades de interesse do ofensor, ou se destina a reforçar o senso de autoestima do ofensor, proporcionando um serviço significativo e de valor para os outros.”¹⁴⁵

Nem todos os autores¹⁴⁶, todavia, compreendem que esta distinção entre uma sanção construída baseada na punitividade, e outra construída com elementos de participação e finalidades restaurativas. Diante da importância da voluntariedade, valorizam enquanto restaurativos, os programas que são realizados por processos colaborativos, sem aceitar a interferência da decisão judicial.

¹⁴² Ibidem, p. 39-40. Ver texto no original: “a definition of crime as an injury to victims (individual and societal), which is quite different from the traditional penal justice definition of crime as a transgression of law; an intervention primarily oriented towards reparation of that injury, which is unlike the predominantly punitive apriosism; a conception of the offender as being accountable, involving him actively and directly in the restorative action, while the retributive or rehabilitative responses reduce the offender to a passive object of retribution or treatment”.

¹⁴³ Veremos em momento posterior que Walgrave difere do pensamento de Dignan exatamente por este prever a possibilidade da pena ser restaurativa, enquanto o primeiro opta por trabalhar com “sanção reparadora”.

¹⁴⁴ DIGNAN, JIM. Towards a Systemic Model of RestorativeJustice: Reflections on the Concept, its Contextand the Need for Clear Constraints. In: VON HIRS, Andrew et al. **Restorative Justice and Criminal Justice Competing or Reconcilable Paradigms?** HART PUBLISHING OXFORD AND PORTLAND, OREGON 2003 p. 149

¹⁴⁵ Ibidem, p. 149-150. Tradução nossa. No original: “Thus, as Tony Bottoms (2000) has recently pointed out, the community service order can be, and often is, conceptualised in an unambiguously punitive manner as a ‘fine on the offender’s time’, as where an ofender is required to undertake meaningless and sometimes demeaning tasks that are unrelated to the crime.However, it can also be conceptualised either in a straightforwardly reparative manner as a more constructive and meaningful undertaking that is more closely related to the original offence; or as a potentially restorative or reintegrative intervention, for example where the task is related to the offender’s skills or interests, or is intended to reinforce the offender’s sense of self-esteem by providing a meaningful and worthwhile service to others.”

¹⁴⁶ Neste sentido, Achutti informa concordar com Pallamolla de que os processos devem ter a voluntariedade como elemento central na justiça restaurativa.

2.2.8 Painéis de Impacto

Karen Strong e Daniel Van Ness apresentam um formato de prática restaurativa que costuma ser feita após a fase de sentença, conhecida como “Painel de Impacto” ou “Painel Vítima-Ofensor”, o qual “é composto por um grupo de vítimas e um grupo de delinquentes que estão ligados por algum tipo comum de crime, embora eles não sejam vítimas ou agressores "uns dos outros" e tem como propósito “ajudar as vítimas resolverem e exporem aos infratores os danos causados a terceiros pelo seu crime, produzindo assim uma mudança de atitudes e comportamentos do ofensor.”¹⁴⁷

Trata-se de um programa que busca explorar os impactos proporcionados em encontros entre vítimas e ofensores e, diversamente dos explorados anteriormente, tem sua utilização em fase de execução penal.

Uma das experiências mais conhecidas é o programa Sycamore Tree Project (Programa Árvore de Sicômoro – PAS), o qual é gerido pela Prison Fellowship e está presente em vários países¹⁴⁸. Neste programa, há uma preparação com os presos onde se discutem questões de “responsabilidade, confissão, arrependimento, perdão, restituição e reconciliação” em um período de 6-12 semanas, para posteriormente ter um encontro direto¹⁴⁹.

Assim, tem-se aqui uma opção específica na qual pode ser utilizada a justiça restaurativa junto a prisão.

2.3 AVALIAÇÃO DA RESTAURATIVIDADE

Nem todos os teóricos referem-se às práticas restaurativas apenas associadas aos tradicionais programas que envolvem a mediação vítima-ofensor (também conhecida como encontro vítima-ofensor), conferências de família e círculos restaurativos. Há uma parcela que

¹⁴⁷ VAN NESS; STRONG, 2010, p.71

¹⁴⁸ Segundo a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, o programa funciona da seguinte maneira “Vítimas e ofensores se reúnem para discutir o impacto do crime e tem a oportunidade de partilhar suas histórias pessoais. - Durante o curso do programa, os participantes discutem os temas: o impacto do crime, a responsabilidade, a confissão, o perdão, o arrependimento e a reconciliação. - Um facilitador cristão, ajuda os participantes a criar um sentido de comunidade, regida pelos princípios de respeito, igualdade, confidencialidade, participação ativa e de escuta dos demais. - A aprendizagem se dá, na maioria das vezes, através da discussão guiada, entre os participantes, na qual todos estão autorizados e convidados a contribuir. - Aos prisioneiros participantes é dado uma oportunidade de oferecer atos simbólicos de restituição, ao fim do programa. - O programa termina com uma celebração em que outros são convidados, proporcionando aos participantes (tanto vítimas quanto ofensores), a oportunidade de falar do que eles aprenderam e experimentaram. - Aos participantes é dito que este programa está baseado nos ensinamentos e na pessoa de Jesus Cristo.” FBAC. **Programa Árvore de Sicôro**. 31 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/noticias-site/106-formacao/698-programa-arvore-sicomoro>> Acesso: 19 mai de 2016.

¹⁴⁹VAN NESS; STRONG, op. cit., p.72.

foca apenas em processos deliberativos, e por isso tende a aceitar estas como as únicas formas (ou ideais) para realizar a justiça restaurativa, enquanto há um outro grupo que compreende serem possíveis outros métodos, ainda que não se utilizem de processos cooperativos, mas que promovam a reparação, promovendo resultados que possuem graus parcialmente ou totalmente restaurativos.

Paul McCold e Ted Watchel¹⁵⁰ desenvolvem uma tipologia das práticas restaurativas em até três graus, consoante o envolvimento das partes pertencentes ao processo (vítimas, ofensores e comunidade secundária) e para isto apresenta três dimensões em que são postas as necessidades dos envolvidos: “reparação às vítimas”, reconciliação por comunidades de assistência e responsabilidade do agressor. A participação em maior ou menor grau de cada grupo definirá se a prática utilizada ser encarada como “totalmente restaurativa”, “na maior parte restaurativa” e parcialmente “restaurativa”, consoante a figura a seguir:

Figura 1 – Tipos e Graus de Justiça Restaurativa por McCold e Watchel



Fonte: MCCOLD, WATCHEL, 2007.

¹⁵⁰ MCCOLD, Paul, WACHTEL, Ted. Em busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa, 2003, p.3. Disponível em < http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf > Acesso em: 28 abr de 2016.

Os modelos considerados totalmente restaurativos para estes autores são aqueles contemplados pelo engajamento cooperativo entre os envolvidos, elemento este considerado essencial para a justiça restaurativa. Deste modo, percebe-se que os três programas considerados totalmente restaurativos são aqueles que oferecem a reparação à vítima, a oportunidade de reconciliação, envolvendo a comunidade, bem como não ignora a responsabilidade do agressor. Os demais programas, nesta avaliação, tendem a apresentar um ou dois elementos das três bases para determinar o processo enquanto restaurativo.

Howard Zehr, ao tratar das práticas também opta por uma continuidade que pode abarcar abordagens parciais ou potencialmente restaurativas, considerando relevante esta análise diante da possibilidade do termo “justiça restaurativa” vir a ser empregado por abordagens que se distanciam da mesma. Sobre o tema, o autor ensina e exemplifica que:

Dentro da justiça restaurativa, vejo um contínuo que vai do totalmente restaurativo numa ponta até o não restaurativo na outra. Entre esses dois pólos teremos variadas opções com qualidades restaurativas. Algumas serão parcialmente restaurativas e algumas potencialmente restaurativas. Algumas abordagens – como os serviços de atendimento às vítimas – são essenciais dentro de um sistema restaurativo, mas não podem, sozinhas, dar conta de todos os critérios de um sistema restaurativo, visto que não podem tratar adequadamente de questões relativas ao ofensor. Outras abordagens, como os programas de restituição dos serviços comunitários, podem ser restaurativos se adequadamente concebidos e implementados, embora a maioria dos programas existentes não sejam restaurativos. Essa precisão analítica e terminológica ganha importância à medida que o termo “justiça restaurativa” se transforma num chamariz utilizado por várias abordagens, algumas das quais não são nem um pouco restaurativas.¹⁵¹

É certo que a avaliação do grau de restauração é diferente para cada teórico, bem como os objetivos necessários para determinação do que seja justiça restaurativa. Acerca do tema, Daniel Van Ness e Karen Strong entendem que “Um sistema totalmente restaurativo seria aquele no qual princípios e valores da justiça restaurativa prevaleçam e, como resultados, seus processos e finalidades sejam experimentados como restaurativos por seus participantes.”¹⁵²

Neste sentido, os valores mínimos para considerar um processo restaurativo são, como dito anteriormente, os de encontro, reparação, reintegração e inclusão, os quais possuem os seguintes elementos:

Encontro: reunião, narrativa, emoção, entendimento, acordo.

Reparação: pedido de desculpas, mudança de comportamento, restituição, generosidade.

Reintegração: segurança, respeito, ajuda prática e material, assistência moral e espiritual.

¹⁵¹ ZHER, 2008, p. 261

¹⁵² VAN NESS; STRONG, 2010. p. 163. No original: “A fully restorative system would be one in which the principles and values of restorative justice prevail and, as a result, its processes and outcomes are experienced as restorative by their participants.”

Inclusão: convite, reconhecimento de interesses, aceitação de abordagens alternativas¹⁵³

Um processo totalmente restaurativo, de acordo com esta abordagem, é aquele que, além de prever todos os quatro valores, comporta ainda todos estes elementos anteriormente citados, o que não costuma ocorrer com tanta frequência. Por isso, considerando que um dos princípios da justiça restaurativa é a oportunidade de participação e envolvimento de vítimas, ofensores e membros da comunidade, o valor de inclusão é aquele que deve ter todos seus elementos contemplados. Com isto, às partes devem ser oferecida uma oportunidade para fazer parte de um processo restaurativo, bem como é neste processo em que devem ser percebidos os interesses e necessidades de cada um, e por fim, as partes precisam aceitar as abordagens alternativas que possam a vir a surgir no processo.¹⁵⁴

Ademais, entendem que cada elemento tem o seu peso, de modo que a presença de um ou de mais de um pode ser mais restaurativo do que outro, salvo o de inclusão que deve ter todos os elementos. Por exemplo, no tocante ao valor encontro, temos como elemento de maior valor o de reunião, seguido por comunicação e acordo. Um encontro que envolve um acordo, mas sem ser em uma reunião em que tenha havido processo comunicacional é menos restaurativo do que aquele que tenha ocorrido reunião com comunicação entre as partes, mas sem resultar em um acordo¹⁵⁵.

Para Walgrave, os resultados de um processo restaurativos devem ser medidos em resultados imediatos, intermediários e de longa-duração. Os primeiros são “medidos imediatamente após o encontro e refletem como os participantes perceberam o evento”. Já os intermediários são aqueles medidos um pouco depois do encontro, no que ele considera ser mais adequado ocorrer quando do cumprimento do acordo. Já os resultados restaurativos ainda focam nos atingidos pela ofensa, mas também ampliam seus objetivos a nível comunitário e da sociedade.¹⁵⁶

¹⁵³ Ibidem, p. 163.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 163-164.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 165. Os autores ilustram com três tabelas as maneiras de visualizar a restauração em um processo, dividindo-se entre totalmente restaurativo, parcialmente restaurativo e minimamente restaurativo. (p.169-171)

¹⁵⁶ WALGRAVE, 2008 p. 124-125.

3 VARIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Os programas anteriormente analisados revelam que a justiça restaurativa possui características que, ora são comuns e, em outros momentos, distanciam-se exponencialmente, em especial no tocante ao formato, composição, operacionalidade e finalidade.

Apresentaremos algumas propostas teóricas de autores que buscam relacionar a justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal e, deste modo, promovem posições amplamente diferentes.

Diante desta análise posterior, a proposta maior deste capítulo é utilizar a diversidade encontrada no estudo teórico e prático da justiça restaurativa, identificando os principais pontos que distinguem as formas de pensar e fazer a justiça restaurativa. Com isto, teremos a oportunidade de mostrar que alguns elementos distintivos formam dimensões da justiça restaurativa que permitem demonstrar a sua variabilidade no sistema de justiça.

3.1 POSIÇÃO E PARTICIPAÇÃO: PROFISSIONAIS X NÃO PROFISSIONAIS

A informalidade é um dos princípios que, em maior ou menor medida, guia a justiça restaurativa, pois esta costuma se utilizar de métodos informais de resolução de conflito, os quais tendem a ser compostos por agentes não profissionais, ou não pertencentes à Justiça, de modo que se afastam de procedimentos burocráticos e solenes, o que não significa que não haja regimentos próprios. Neste sentido, importante a transcrição da definição proposta por Renato Sócrates Gomes Pinto:

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.¹⁵⁷

Baseado em alguns programas discutidos anteriores, o estudo proposto pela ONU identificou que a justiça restaurativa, no tocante à posição em relação ao processo tradicional, pode ser encarada “fora do sistema”, ou como “parte do sistema, mas um programa

¹⁵⁷ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p 20.

diversionista”, ou “integrado como uma resposta do sistema de justiça”¹⁵⁸. Ou seja, pode ser realizada por instituições que não fazem parte do sistema, ou fazendo parte dele pode vir a ser utilizada como “diversão, ou então ser usada de forma integrada nos próprios institutos processuais do sistema tradicional.

Dentre os estudos voltados para o sistema de justiça para verificar a realidade da atuação dos principais atores nele participantes, bem como seu funcionamento, é possível verificar que, para alguns teóricos, o sistema de administração dos conflitos deve ter uma orientação mais baseada na participação de não profissionais do que agentes estatais, daí porque Nils Christie defende que, a organização de um modelo de justiça “ideal” deveria ser orientado para vítima e ter uma “orientação leiga”¹⁵⁹.

Deste modo, sob uma perspectiva abolicionista, Daniel Achutti¹⁶⁰ entende que a justiça restaurativa apresenta importantes meios de descentralização da administração dos conflitos, ampliando os meios de participação das vítimas e ofensores interessados no conflito, a partir de uma abordagem que acompanha uma nova linguagem e uma participação mais ativa e significativa da comunidade, realizada por meio de modelos de administração comunitários, de modo que se aproxima dos ensinamentos de Luke Hulsman e Nils Christie.

Para esta perspectiva, a abordagem da justiça criminal para casos que envolvam a dimensão individual do conflito é questionada, tendo em vista a mensagem simplista que busca passar com a responsabilização individualizada e padronizada, diferente da abordagem comunitária, a qual pode vir acompanhada de conhecimentos não possíveis, ou desejáveis dos funcionários do Tribunal. Acerca do tema, expõe Achutti que

(...) a burocratização e a divisão do trabalho não permitem que os seus funcionários tenham dimensão das consequências do trabalho que desenvolvem nos gabinetes e nos cartórios, de forma que a responsabilidade no manuseio de cada processo seja sempre diluída – ou dissolvida – por conta disso. Ao contrário, nos tribunais comunitários os próprios membros da comunidade participarão das deliberações,

¹⁵⁸ UNITED NATIONS. **Handbook on Restorative Programmes. Criminal Justice Handbook Series**, New York: United Nations, 2006. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf> Acesso em: 10 jul 2012 p.15-16. Em 2006 a ONU publicou um livro denominado Handbook of Restorative Justice, produzido por Yvon Dandurand e revisado por experts, que se encontraram em Viena para o United Nations Office on Drugs and Crime, sendo eles: Ivo Aertsen, Hazem Aly, Elias Carranza, Borbala Fellegi, Kittipong Kittayarak, Paul McCold, Chino Obiagwu, Christa Pelikan, Ann Skelton, Adam Stapleton, Pavel Stern, Daniel Van Ness e Martin Wright. Ibidem, p.4.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Ana; FONSECA, André. Conversa com um abolicionista minimalista **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 6, n. 21, p. 13–22, jan./mar São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. Explica o autor, que a primeira orientação não seria, necessariamente no estágio inicial, de modo que, o modelo ideal iniciaria com a verificação da autoria e materialidade do crime. Em segundo momento, deveria ser verificado “o que poderia ser feito para a vítima principalmente pelo ofensor. Depois, o que poderia ser feito pela vizinhança e depois o que poderia ser feito pelo Estado.” No terceiro estágio, haveria a decisão pela punição e no quarto momento haveria um estágio a ser adicionado, a fim de prestação de serviço ao ofensor. p.15-16.

¹⁶⁰ ACHUTTI, 2014, p. 118-120.

evitando que a falta de conhecimento sobre o caso seja motivo para eventuais isenções de responsabilidades.”¹⁶¹

Assim, de acordo com este posicionamento, a atividade jurídica tende a ignorar elementos dos problemas oriundos de um conflito, os quais podem ser melhor identificados por pessoas que tenham alguma vinculação com os agentes, como os membros da comunidade, ou aqueles que sejam preparados para tal, a exemplo dos mediadores e facilitadores capacitados. Isto leva a compreender a preferência por leigos na condução dos processos e até mesmo na própria capacitação dos terceiros condutores, a exemplo das Organização Não Governamentais, distanciando-se o máximo possível da intervenção de profissionais jurídicos.

Ao tratar dos excessos que as mediações podem produzir, Salo de Carvalho faz um alerta quanto à possibilidade de participação de agentes estatais, ao determinar que:

Neste aspecto (e exclusivamente neste aspecto), talvez seja justificada uma participação residual dos operadores do direito nos procedimentos restaurativos – atuação que poderia ficar reduzida, exclusivamente, a uma posterior análise do conteúdo do acordo, como forma de evitar ofensas à legalidade e garantir minimamente a razoabilidade das soluções propostas.¹⁶²

No entanto, a utilização de voluntários leigos nos processos restaurativos levanta alguns questionamentos. Para Fernanda Rosenblatt¹⁶³, as pesquisas de experiências restaurativas ainda não conseguem identificar as consequências e influências para a comunidade, de modo que esta falta de informação resulta que não seja possível compreender “o que existe de tão “bom” no envolvimento de leigos nas práticas da justiça criminal”.

A autora sustenta ainda que “a noção generalizada de que membros *leigos* da comunidade podem ser mais eficazes do que os profissionais da justiça criminal no processo de resolução de conflitos e reparação de danos está enraizada numa série de pressuposições incomprovadas”¹⁶⁴. Para ela, faltam dados empíricos que atestem os reais efeitos do envolvimento dos representantes comunitários neste tipo de intervenção.

Assim, o que se percebe é que a participação de profissionais da justiça é tradicionalmente afastada, em especial pelos defensores de um modelo purista ou “diversionista do sistema judiciário principal”, no qual Jaccoud aponta como minimalista¹⁶⁵. Neste modelo, outros aspectos são verificados, consoante leciona a autora, notadamente a obrigatoriedade dos

¹⁶¹ Ibidem, p. 120.

¹⁶² Comentário em Prefácio de ACHUTTI, Daniel. op. cit., p.26

¹⁶³ ROSENBLATT, Fernanda. **EM BUSCA DAS RESPOSTAS PERDIDAS – UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.** (sem data) Ver em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>>, p. 10.

¹⁶⁴ Ibidem, p.10.

¹⁶⁵ JACCOUD, 2005, p. 172

processos serem realizados de forma deliberativa entre as partes, primando pelo consenso e ignorando práticas que não são frutos de processos voluntários, como arbitragem e sanção imposta por um juiz. Para a autora, a tendência minimalista tende a restringir a atuação da justiça restaurativa, já que trabalha com medidas não jurídicas (em regra medidas civis), não admitindo resposta judicial.¹⁶⁶

A preferência de Jaccoud é por um modelo de justiça restaurativa que se orienta pelas finalidades, de modo que o processo passa a ter papel secundário, já que a voluntariedade não se coloca como um elemento central, embora preferencial. Assim, tem-se o modelo maximalista, no qual busca-se ampliar o campo de atuação, aceitando “que os processos possam ser impostos, sobretudo sob a forma de sanções restaurativas”¹⁶⁷, o qual é bastante criticado pelos minimalistas, ao alertarem que “o impacto dos processos restaurativos é reduzido se as partes não forem voluntárias e se elas não puderem negociar os modos de reparação no ambiente de encontros diretos”¹⁶⁸.

Atualmente o que se vem percebendo é uma mistura dos elementos de cada modelo, como se observa das experiências analisadas anteriormente, quanto a programas utilizados em diversas fases. Aponta a autora, no entanto, para o risco que “a inclusão de iniciativas restaurativas dentro do sistema penal contribui para obscurecer o limite e os objetivos da justiça restaurativa”¹⁶⁹, de modo que a autonomia das práticas pode vir a ser reduzida ou perdida, quando instrumentalizada pelo sistema, com ampliação da rede de controle e aumento de intervenção.

3.2 DIVERSIONISTA X JUDICIAL: OS MOMENTO DE APLICAÇÃO

Os programas analisados até então permitem identificar que os momentos de iniciação de um processo restaurativo podem ser utilizados, desde a fase pré-processual até a execução penal, razão pela qual as Nações Unidas orientam que “a intervenção restaurativa pode ser utilizada em qualquer estágio do processo de justiça criminal, embora em algumas instâncias seja recomendada a criação de alguma legislação”¹⁷⁰. É possível visualizar várias portas para iniciar uma abordagem restaurativa, consoante a seguinte sistematização do estudo da ONU¹⁷¹.

¹⁶⁶ Cf. *Ibidem*, p.170-172

¹⁶⁷ Cf. *Ibidem*, p. 172

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 172.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.172.

¹⁷⁰ UNITED NATIONS, 2006, p.13.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 16.

FIGURA 2 – Os momentos de encaminhamento de programas de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal



Fonte: UNITED NATIONS, 2006, p.20

Deste modo, é possível visualizar a justiça restaurativa em diversas fases processuais e encaminhamentos diversificados, sendo possível seu início se dar numa fase pré judicial, como judicial e em momentos de execução penal. Experiências em países como Bélgica, Canadá, Estados Unidos demonstram esta variedade.

Esta variável faz constatar que a justiça restaurativa não se limita a uma única abordagem, tendo meios de ser empregada, em diversos momentos do processo, e inclusive, nem chegar a iniciá-lo, razão pela qual seu uso e seu fim podem ter natureza diferente, a depender da fase em que é começada. O processo restaurativo pode vir a fazer parte de todo o processo de enfrentamento à situação criminal, bem como pode vir associado a uma ou mais fases, a exercer.

Para analisar este tópico, optamos por trazer a experiência desenvolvida na Bélgica, local em que a justiça restaurativa é regulamentada, tanto no seio da justiça juvenil, como da

justiça de adultos. Especificamente à Justiça de Adultos, três modalidades de reparação se destacam: a “mediação penal”, a “mediação para a reparação”; e a mediação na fase policial¹⁷².

Consoante se percebe do estudo de Achutti, a mediação na Bélgica foi implementada contemplando diferentes fases, formas de direcionamento e efeitos.

A mediação penal belga foi instituída legalmente em 1994, prevista no artigo 216 do Código de Processo Penal, e sua ocorrência se dá em âmbito do Ministério Público, que pode “ofertá-la às partes durante ou após a investigação policial, mas sempre antes do oferecimento da denúncia, em casos cuja pena não supera os dois anos de prisão”¹⁷³. A realização do processo de mediação, que tem como base o programa de mediação vítima-ofensor é feita pelos assistentes de mediação¹⁷⁴, ou seja, apresenta aspectos formais por utilizar funcionários do órgão de acusação.

Consoante orienta Achutti, na Bélgica, a mediação pode ocorrer ainda na fase policial, embora sua realização seja feita por “servidores públicos civis, especialmente em casos de pequenas ofensas ao patrimônio (eventualmente praticados com violência), em que há clareza sobre danos materiais ou financeiros e quando um acordo pode ser alcançado para resolver um conflito.”¹⁷⁵ Utiliza-se, portanto, em fase investigativa, limitados a casos mais simples, de natureza patrimonial e com tendência a ser resolvido sem intervenção punitiva.

A terceira modalidade e que se destaca das demais é a “mediação para reparação (*mediation for redress*)”, que foi introduzida no Código de Processo Penal belga em 2005, no artigo 553 e seguintes¹⁷⁶, realizada por duas ONGs: *Suggnome e Médiante*, as quais são supervisionadas por uma Comissão Deontológica sobre a Mediação¹⁷⁷. Neste tipo de mediação os momentos de iniciar um processo restaurativo são diversos, contemplando “qualquer fase do processo penal ou até mesmo depois da sentença, durante a execução da pena.”¹⁷⁸ Sobre a determinação legal acerca da mediação, Achutti assim descreve o processo:

Pautado pelos princípios da voluntariedade e da confidencialidade, o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Processual belga dispõe que a mediação é um processo que permite que as partes envolvidas em um conflito possam participar, de forma ativa, voluntária e em total confidencialidade, para resolver as dificuldades oriundas de um delito, com a ajuda de um mediador neutro, que deverá facilitar a comunicação entre

¹⁷² As informações a respeito das experiências belgas no tocante à justiça restaurativa terão como base os trabalhos empíricos desenvolvidos por Daniel Achutti (2014), em sua tese de Doutorado, e Ana Míria Carinhonha (2014), em dissertação de Mestrado desenvolvida na Universidade de Louven.

¹⁷³ ACHUTTI, Daniel, 2014. p.203

¹⁷⁴ Ibidem, p. 202

¹⁷⁵ Ibidem, p. 202.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 202; CARINHANHA, 2014, p. 33

¹⁷⁷ ACHUTTI, op. Cit. p.203

¹⁷⁸ Ibidem, p. 202.

as partes e ajuda-las a atingir um acordo por conta própria. O objetivo do acordo deve abarcar a pacificação do conflito e a restauração da relação entre os envolvidos.¹⁷⁹

Consoante aponta Carinhanha, a mediação penal oferecida pelo Ministério Público tem, como objetivo, ser uma alternativa à acusação, a exemplo de outras medidas e segue uma lógica próxima da “negociação baseada em princípios”, na qual o acordo tem papel de grande importância”,¹⁸⁰ razão pela qual entendemos que o modelo se volta para uma mediação do tipo satisfativa, em que a solução do conflito prevalece mais que a busca pela oportunidade comunicacional entre as partes, o que não representa que ambas não possam existir, mas a ênfase em determinado fim tende a marcar o processo enquanto satisfativo ou transformativo.

Para Tinneke van Camp e Anne Lemmone, segundo Daniel Achutti, a mediação penal belga está “prevista, ao lado de outras medidas diversionárias apenas como mais uma possibilidade de encerrar o caso, e não como uma possibilidade de mediar o conflito”, constatação que ajuda a justificar a insatisfação por parte de alguns entrevistados pelo autor brasileiro acerca deste modelo de justiça restaurativa. Ademais, entendeu que a ausência de resultados mais satisfatórios na mediação promovida pelo Ministério Público é que “ (...) ao ser instituída como uma forma de melhorar a administração interna do Judiciário e de reprimir prontamente os pequenos delitos, passou a ser utilizada como uma ferramenta para o arquivamento maciço dos casos, e não para aumentar a qualidade do sistema judicial.”¹⁸¹

Deste modo, aponta o autor brasileiro que a “mediação para reparação” cuidada pelas ONGs possui resultados mais positivos, consoante verificação realizada por Van Camp e Lemonne, quais sejam:

(...) o nível de satisfação das vítimas era elevado, pois eram envolvidas de forma efetiva na condução do processo, e mesmo que o acordo não fosse possível ao final dos encontros restaurativos, ainda assim se constatou um alto índice de satisfação por parte das vítimas, justamente por terem sido escutadas e consideradas no procedimento. Os direitos do ofensor, por sua vez, não eram afetados, e a forma de condução dos encontros igualmente permitiu que tivessem participação ativa na resolução do conflito, ainda que ao final não tenha sido verificada a formalização do acordo.¹⁸²

Portugal também contempla a justiça restaurativa pela mediação penal de forma institucionalizada, mais precisamente a partir da Lei 21/2007 de 12 de junho¹⁸³, a qual foi

¹⁷⁹ Ibidem, p. 203

¹⁸⁰ CARINHANHA, 2014, p.137

¹⁸¹ ACHUTTI, 2014, p. 219.

¹⁸² Ibidem, p. 218-219.

¹⁸³ Cf. PORTUGAL. **Lei 21/2007** de 12 junho. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de/downloadFile/file/L_21_2007.pdf?nocache=1183462846.55> Acesso em 30 mai 2016.

alterada pela Lei n.º 29/2013 de 19 de abril¹⁸⁴, e é regulamentada pelas Portarias 68-A/2008¹⁸⁵, 68-B/2008¹⁸⁶, 68-C/2008¹⁸⁷, com alteração da Portaria n.º 732/2009¹⁸⁸. Ademais, a legislação portuguesa ainda prevê na Lei n.º 29/2013 de 19 de abril, os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada neste país, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

O uso da mediação penal em Portugal foi considerado como prioridade pelo Ministério da Justiça por ser apontada como uma “forma de ajudar a descongestionar os tribunais e proporcionar às partes meios mais próximos, rápidos e baratos de resolver conflitos”, apresentando, por esta leitura, uma maior preocupação com objetivos eficientistas e satisfativos do que com a potencialidade transformativa do instituto. Embora a Lei de Mediação Penal não apresente um conceito sobre o processo, a Portaria n. 732/2009 assim o apresenta:

A mediação penal é um meio informal, flexível, gratuito, de carácter voluntário e confidencial, conduzido por um terceiro imparcial — o mediador —, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de obter um acordo que permita a reparação dos danos causados às vítimas e contribua para a restauração da paz social.¹⁸⁹

A lei de mediação penal portuguesa, trata, em seu artigo 1º, do âmbito de casos passíveis de serem enviados para a mediação penal. Assim, a mediação penal é possível em “processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular”, e “só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património”¹⁹⁰. Há ainda proibição expressa na lei para os casos em que, independentemente da natureza do crime: “a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; d) O ofendido seja menor de 16 anos; e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.”¹⁹¹

¹⁸⁴ Lei n.º 29/2013. Disponível em: < <http://dre.pt/pdf1sdip/2013/04/07700/0227802284.pdf>> Acesso em: 22 jul 2016.

¹⁸⁵ Portaria n.º 68-A/2008, de 22 de janeiro. Disponível em: < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/portaria-n-68-a-2008-de/downloadFile/file/Port%2068-A.2008.pdf?nocache=1200993295.16>> Acesso em: 22 jul 2016

¹⁸⁶ Portaria 68-B/2008 Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/portaria-n-68-b-2008-de/downloadFile/file/Port%2068-B.2008.pdf?nocache=1200993391.57>> Acesso: 22 jul 2016.

¹⁸⁷ Portaria n.º 68-C/2008. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/portaria-n-68-c-2008-de/downloadFile/file/Port%2068-C.2008.pdf?nocache=1200993480.77>> Acesso: 22 jul 2016

¹⁸⁸ Portaria 732/2009. Disponível em < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/portaria-n-732-2009-de-8/downloadFile/file/Port%20732.2009.pdf?nocache=1247060754.67>> Acesso 30 mai 2016

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Artigos 1º-1 e 1º-2 da Lei 21/2007.

¹⁹¹ Artigo 3º da Lei 21/2007 de 12 junho. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de/downloadFile/file/L_21_2007.pdf?nocache=1183462846.55> Acesso: 30 mai 2016.

Ademais, prevê a lei ainda que a remessa pode ser feita em qualquer fase do inquérito, pelo Ministério Público, observando alguns requisitos, consoante determina o artigo 3-1 da supracitada lei:

Art 3º 1- Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.o e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo.

O que se percebe da leitura do referido artigo e das informações anteriores, é que no âmbito temporal, a justiça restaurativa portuguesa opta pela limitação, tendo ocorrência apenas em fase inquisitorial, de modo que se coloca, apenas, como forma de diversão, diferentemente do cenário belga.

Com isto, percebe-se que a justiça restaurativa, quando iniciada na fase pré-processual, seja por influência da autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público, tende a ter importante papel de se tornar uma medida diversionista do processo judicial.

Do exposto das referidas experiências, percebe-se que a justiça restaurativa pode ocorrer não apenas em fase pré-processual, mas durante a fase processual, podendo se dar paralelo a este, interrompendo, portanto, a continuidade da intervenção penal, em caso de resultado positivo do processo restaurativo, enquanto que após a sentença, pode vir acompanhada da medida de execução. Em âmbito informal, a justiça restaurativa pode ser iniciada em qualquer fase por meio de ONGs ou entidades capazes de realizar o processo restaurativo, considerando que as passagens entre as fases são constantes e flexíveis, de modo que as tentativas pela restauração não se limitam a um único momento no processo.

3.3 GRAVIDADE DO CRIME

A justiça restaurativa, embora prevista em algumas legislações, costuma sofrer limitações no tocante ao âmbito material. Tomando como exemplo a legislação portuguesa, percebe-se a restrição no tocante ao encaminhamento de um caso criminal para um processo restaurativo, notadamente a mediação penal, quanto aos crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de peculato, corrupção ou tráfico de influências, etc.

Os argumentos contrários à utilização da justiça restaurativa contra crimes graves, segundo Walgrave, indicam “uma perigosa visão etiológica do crime, como se a gravidade do crime diretamente expressasse a insensibilidade do ofensor”, tendo em vista que, os autores de

crimes graves, também podem ser sensíveis, sentir remorso, bem como terem disposição para compensar pelo ato que cometeu¹⁹².

Uma ofensa grave, prossegue o autor, deve ser respondida com uma resposta coercitiva pública, o que não significa que esta resposta deva vir acompanhada de dor e sofrimento, mas deve ser primeiramente orientada para a possibilidade de reparação.¹⁹³ Por esta razão, sustenta que gravidade do crime, não pode ser um argumento a priori para excluir a justiça restaurativa como forma de intervenção. Neste sentido, orienta que:

Pelo contrário, o paradigma da justiça restaurativa faz com que a quantidade de dano e sofrimento causado pelo crime seja um argumento a favor de ações com uma visão restaurativa. Vítimas de crimes graves e membros de comunidades onde estes crimes ocorrem provavelmente sofrem mais dor que aquelas envolvidas em crimes triviais. Eles são os que mais necessitam de restauração. Isto pode ser difícil na prática, mas é contraditório aos princípios restaurativos excluir a priori as vítimas de crimes graves de ações restaurativas.¹⁹⁴

Acerca do tema, o posicionamento de Nils Christie assemelha-se ao do teórico belga, ao defender a possibilidade do uso da mediação para casos violentos:

Mas eu entendo que até mesmo casos que envolvam violência podem ser objeto de mediação. Nestes casos pode ser mais útil que uma parte encontre a outra do que naqueles casos em que o ofensor se vê diante de uma grande organização ou de vítimas não identificáveis, como nos crimes de colarinho branco, fraudes em seguradoras, crimes ambientais, etc. O impacto do encontro pessoa a pessoa é muito mais intenso do que aquele causado pelo encontro de uma pessoa com o representante de uma firma.¹⁹⁵

Claudia Cruz Santos assume posição semelhante quanto a negativa de excluir de imediato a justiça restaurativa para crimes graves, tendo em vista que estes podem apresentar, tanto uma dimensão pública, como privada¹⁹⁶, constituindo-se por questões de interesse individual (vítima), quanto interesse público (Estado).

A justiça restaurativa busca satisfazer os danos causados pelo crime, em especial sob uma dimensão privada, enquanto a justiça tradicional foca na dimensão pública que o crime apresenta. Seguindo esta interpretação, é possível prever que a resposta restaurativa seja suficiente para conseguir a pacificação social, conseqüentemente, o fim da pena, enquanto em outros ela pode ser utilizada como atenuante. Acerca deste último efeito, destaca-se posição de Selma Santana:

Evidentemente que há casos não suscetíveis à reparação, como ocorre com as hipóteses de homicídios ou outros delitos violentos e brutais. Aqui a pena tem o seu

¹⁹² WALGRAVE, Lode, 2008, p. 132

¹⁹³ Ibidem, p. 133.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 132.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Ana; FONSECA, André, 1998, p.20

¹⁹⁶ SANTOS, Claudia, 2014, p. 592.

lugar, como acontece, por exemplo, com os delitos patrimoniais graves ou com os delinquentes reincidentes. No entanto, faz-se importante ressaltar que, nos delitos mais graves, os esforços de reparação podem desenvolver um efeito de atenuação da pena.¹⁹⁷

Não obstante, importante a ressalva feita pelos autores quanto aos riscos da intervenção restaurativa nestes crimes. Enquanto Walgrave atenta para os riscos de revitimização, Claudia Santos assevera também para a possibilidade de “aguzidar um conflito já muito intenso”, bem como para a “segurança dos participantes”.¹⁹⁸

3.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA COERCITIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA NÃO COERCITIVA

Em regra, os documentos internacionais que tratam da justiça restaurativa colocam a voluntariedade como requisito fundamental para sua validade, adotando a doutrina majoritária referido entendimento. É o que se observa da Resolução da ONU e do Recomendação do Conselho da Europa, bem como a definição do processo de mediação penal portuguesa.

Segundo Pallamolla, a voluntariedade é uma característica fundamental para o processo restaurativo, pois é um das principais diferenças do processo retributivo e reabilitativo, de modo que a justiça restaurativa, para se diferenciar das intervenções dos sistemas de justiça anteriores, precisa tê-la obrigatoriamente em seus processos “sob pena de ‘objetificar’ o ofensor, transformá-lo num meio para atingir o fim reparador e, talvez, comprometer o caráter da reparação.”¹⁹⁹

Não entanto, parcela da doutrina entende que a voluntariedade²⁰⁰ pode vir a ser um elemento limitador à implementação e abrangência da justiça restaurativa em face ao sistema de justiça criminal, sendo Walgrave um dos principais expositores, consoante se observa do trecho abaixo:

Na versão maximalista da justiça restaurativa, os procedimentos judiciais e as sanções também são considerados a partir da perspectiva restaurativa. As sanções restaurativas incluem a imposição de restituição formal ou de compensação, pagamento de uma multa, ou a prestação de serviço em benefício de um fundo para a vítima e/ou serviço comunitário. Outros elementos de privação de liberdade, como por exemplo a permanência forçada em um ambiente fechado, são usados para impor o cumprimento

¹⁹⁷ SANTANA, Selma. Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 238

¹⁹⁸ SANTOS, 2014, p. 592.

¹⁹⁹ PALLAMOLLA, 2009, p. 84.

²⁰⁰ Neste grupo estão Mylene Jaccoud e Jim Dignan. Para a autora belga, “(...) um sistema de justiça estatal que mude para valorizar a reparação dos danos causados à vítima convidando o ofensor a contribuir com isto em detrimento da pena. Este sistema não é mais retributivo, mas sim restaurativo. Mesmo se o nível de constrangimento for elevado e mesmo se, subjetivamente, o ofensor possa vivenciar a imposição de uma sanção objetivando a correção do dano como punição.” JACCOUD, 2005, p. 173

das sanções restaurativas ou para prevenir atos infratores por parte de infratores considerados de alto risco à segurança pública.²⁰¹

O desenvolvimento das bases da justiça restaurativa realizado por Walgrave se baseia, consoante descrito no início do capítulo, na perspectiva da máxima abrangência da restauração no sistema de justiça, tendo em vista que o autor defende a adoção dos princípios restaurativos como novo paradigma de enfrentamento ao crime, em substituição do paradigma punitivo, o qual não se justifica sob valores ético sociais punitivos.

Sob lastro da teoria republicana de Braithwaite e Pettit²⁰², Lode Walgrave se aproveita do conceito de domínio para desenvolver suas bases teóricas restaurativas. Para o autor, “domínio” deve ser entendido como um “princípio de garantias e direitos fundamentais”, cuja noção “representa o território mental e social do qual todos nós dispomos livremente, conforme garantido pelo Estado e pelo ambiente social”²⁰³, de modo que ser livre é estar ausente de dominação. No tocante a importância da preservação do domínio em âmbito criminal, ressalta o autor que:

O crime é visto como uma intrusão nesse domínio e a justiça criminal deve agir para reparar esse dano (Walgrave, 2000). Esse ato intrusivo, acima de tudo, fere a garantia do domínio. Um roubo, por exemplo, é um problema público e privado. Estritamente falando, a restituição ou a compensação da perda concreta sofrida pela vítima pode ser vista como um problema privado que será solucionado por meio do direito civil. Mas há também uma dimensão pública expressa na perda da garantia do domínio. O roubo não fere apenas a confiança da vítima em relação à garantia de que sua privacidade e posses serão respeitadas pelos seus concidadãos: a vítima em si torna-se um exemplo do risco que pode ser imposto a qualquer cidadão. Caso as autoridades não tenham agido nesse incidente particular, pode ser que a confiança dos cidadãos nos seus direitos à privacidade e propriedade seja comprometida.²⁰⁴

Deste modo, “a meta da justiça restaurativa como modelo de intervenção pública é restaurar a garantia de direitos e liberdades como elementos essenciais à recuperação da integridade do domínio invadido”, comunicando uma mensagem que informa da invasão do domínio e que as autoridades são capazes de responder à vítima e comunidade em suas necessidades, ressaltando, ainda que, para transmitir a mensagem sobre a garantia de direitos e liberdades pertencentes a um domínio seguro e protegido, “é preciso censurar a violação e, se possível, engajar o infrator em ações que visem a reconstituição do domínio”.²⁰⁵

²⁰¹ WALGRAVE, Lode. 2008, p. 433.

²⁰² Segundo Braithwaite “A liberdade como não-dominação é a mesma concepção republicana de liberdade como um estatuto de cidadania que Braithwaite e Pettit (1990) chamaram de domínio. Liberdade como não-dominação é contrastada com a liberdade como não-interferência, que está no cerne da tradição liberal.” BRAITHWAITE, 2002, p. 127

²⁰³ WALGRAVE, op. cit., p. 444

²⁰⁴ Ibidem, p. 445

²⁰⁵ Ibidem, p.445.

Sob a tendência restaurativa maximalista, percebe-se que a intervenção coercitiva não é a forma principal de responder ao crime, mas uma opção que não deve ser desprezada quando da impossibilidade de responder voluntariamente. Para Walgrave, a justiça criminal tem como função a desaprovação social do ato criminoso, e deve ser aceita por todas partes, o que não significa que esta desaprovação tenha que vir acompanhada de uma censura de sofrimento, mas, deve-se inverter para uma desaprovação baseada em valores éticos e comunitários da justiça restaurativa.²⁰⁶

Ademais, o autor entende que deve o juiz se guiar com parcimônia, de modo a preferir e incentivar os processos orientados pela colaboração entre as partes e, em caso de resistência ou impossibilidade, deve se guiar por uma ética comunitária, correspondente aos princípios éticos restaurativos, pautados pelo respeito, solidariedade e responsabilidade ativa.²⁰⁷ Tendo em vista estes valores, e a função da justiça restaurativa defendida, o autor orienta que a coerção só pode ser utilizada para fins reparatórios, nunca dissuasórios²⁰⁸.

Deste modo, a justiça restaurativa coercitiva proposta por Walgrave invoca a necessidade de mudança do sistema não apenas quanto à forma ou em determinados momentos do processo, mas a começar por seu paradigma de desaprovação social, deixando de lado o desejo pela infligência da dor proposital. A adoção de sanções coercitivas como parte da justiça restaurativa só se aparenta possível em um sistema no qual a lógica restaurativa seja colocada em primeiro plano e todos os participantes deste sistema pensem e atuem baseado numa ética comunitária.

²⁰⁶ Ibidem. p. 443

²⁰⁷ Ibidem p.442. Com relação a estes princípios, o autor ressalta que no modelo retributivo “o respeito em relação à vítima é inexistente (...). A prática retributivista está focada no infrator. (...) O infrator não é respeitado como um ser integral com seus interesses pessoais e opiniões, incluindo aqui a possibilidade de querer compensar a sua má ação. Ao término do processo, o infrator é forçado a submeter-se a uma punição proporcional ao dano” (p.442). Da mesma forma, entende que a solidariedade não é um atributo oferecido no modelo retributivo, diferente do restaurativo, em que “é evidente a manifestação de solidariedade em relação a vítima, mas ela também está presente em relação ao infrator. Ao invés de ser excluído, ele é encorajado a reparar o seu erro de conduta, a fim de preservar a sua posição enquanto membro integrado à coletividade” (p.443). Por fim, a responsabilidade é considerada incompleta na visão da justiça retributiva, pois “significa apenas aceitar as conseqüências negativas do ato, mas não inclui a tentativa de engendrar uma solução construtiva para os problemas criados”, de modo que “a justiça restaurativa faz com que o infrator tenha a chamada “responsabilidade ativa” (Braithwaite; Roche, 2001), incluindo a obrigação de contribuir para a reparação do dano. A vítima é encorajada, mas jamais obrigada a assumir a responsabilidade geral de cidadã, na tentativa de encontrar soluções pacíficas. A justiça restaurativa também defende o princípio de coletividades responsáveis que compartilham as obrigações de buscar respostas socialmente construtivas, dentro dos limites da lei.” (p.443)

²⁰⁸ WALGRAVE, 2008, p. 152

3.5. POSICIONAMENTOS DIVERSOS

De um modo geral, os documentos internacionais apresentam a justiça restaurativa como um complemento do sistema de Justiça Criminal, oportunizando às partes um procedimento de escolha diferente. É o que acontece com boa parte das experiências, segundo Daniel Van Ness e Karen Strong, ao comentarem que:

(...) eles são uma alternativa às partes poderem escolher em vez de prosseguir com os processos de justiça criminal contemporânea. Estas alternativas podem estar disponíveis apenas em certos pontos do processo de justiça (por exemplo, pelo Ministério Público), ou eles podem estar disponíveis por toda parte. Se as partes não escolhem uma alternativa restauradora, em seguida, sua matéria é tratada no habitual sistema de justiça (tribunais, etc.). O resultado do processo restaurador pode ou não influenciar decisões feitas no contemporâneo processo de justiça criminal. Os casos são arquivados, acompanhadas e monitoradas por o sistema e justiça contemporânea são enviados para programas restaurativos apenas com o conhecimento e consentimento de um decisor do sistema.²⁰⁹

Todavia, alguns autores buscam ampliar um pouco mais esta relação e deste modo, apresentaremos algumas alternativas. É o que veremos nesta seção a partir de algumas propostas.

3.5.1 Proposta de Christa Pelikan

Para Christa Pelikan, o Direito Penal, tem como sua principal função a de “confirmação da norma, ou melhor, a reivindicação legítima da parte prejudicada relativamente à violação da norma”,²¹⁰ baseada na teoria de Niklas Luhman. Para ela, a definição desenvolvida pelo sociólogo, ao determinar que “a norma protegida pela lei não implica a promessa de um comportamento dentro da lei, mas protege aqueles que o esperam”²¹¹, termina por dar mais ênfase e proteção à vítima, diferente da orientação tradicional, que é apenas ao autor.

Diante de sua posição, a autora entende que a justiça restaurativa pode, através da mediação vítima-ofensor, suprir as insuficiências do processo criminal, o qual é orientado para

²⁰⁹ VAN NESS; STRONG; 2010, p. 159. Trata-se do denominado Augment Model, consoante classificação teórica desenvolvida pelos autores. No original “That is, they are an alternative the parties may choose instead of proceeding with contemporary criminal justice processes. These alternatives may be available only at certain points in the justice process (e.g., by prosecutors), or they may be available throughout. If the parties do not choose a restorative alternative, then their matter is handled in familiar criminal justice fashion (courts, etc.). The results of the restorative process may or may not influence decisions made in the contemporary criminal justice process. Cases are filed, tracked, and monitored by the contemporary justice system and are sent to restorative programs only with the knowledge and consent of a decisionmaker.”, p. 159-160.

²¹⁰ PELIKAN, Christa. Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Seminário Internacional Dikê. 2003, APAV, p. 73

²¹¹ Ibidem, p.73.

a vítima, sendo apta a “transmitir a mensagem de que a reivindicação legítima da vítima é apoiada pela sociedade”, ressaltando que, na maioria das vezes, o direcionamento da justiça restaurativa tende a ser para que “todo o esforço e ideias subjacentes almejam ir além da orientação para o agressor e além da orientação para a vítima”²¹².

Como forma de relacionar com o sistema, a autora aponta para um modelo alternativo, praticado na Justiça Juvenil, em que se caracteriza pela “autonomia condicional (ou temporária)” do sistema, o qual permite constituir “um território no qual regras e fundamentações lógicas diferentes reinam”.²¹³ Deste modo, a autora entende ser possível a existência de dois sistemas com lógicas próprias, no qual o sistema de justiça possui autonomia no tocante ao seu campo, com suas regras e fundamentações próprias, sem interferência da lógica punitiva tradicional.

Ela aproxima sua posição com a de Leo van Garsse, o qual “definiu a posição semi-interna, exemplificada pelo projecto belga Mediation for Redress, (diferindo da posição interna e externa)”. Ou seja, entende ser possível que as intervenções restaurativas e tradicionais atuem de forma paralela, justificando que:

Ambas as noções (e ambas se baseiam na observação e análise de uma prática existente) atribuem grande importância ao facto de que o processo de Justiça Restaurativa conserve a sua autonomia e que siga a sua própria fundamentação lógica, que difere da do procedimento penal tradicional. Não obstante, este modo de relacionar os processos de Justiça Restaurativa com o sistema de Justiça Criminal implica a conservação deste e, assim, a preservação das suas principais virtudes.²¹⁴

Assim, o modelo proposto pela autora valoriza os princípios e as finalidades da justiça restaurativa, dando a esta a autonomia necessária para desenvolver sua abordagem sem (ou com mínima) interferência do modelo punitivo, conservando, as principais virtudes do modelo Tradicional em um outro sistema. Neste formato, é possível visualizar possibilidades dos sistemas se relacionarem de forma paralela²¹⁵.

²¹² Ibidem, p. 74.

²¹³ Ibidem, p.76.

²¹⁴ Ibidem, p.77

²¹⁵ Cf. Ibidem, p.77

3.5.2 Proposta de Braithwaite

Aliado à concepção republicana de liberdade, John Braithwaite propõe uma teoria de justiça restaurativa que leva em conta as noções de regulação responsiva com o sistema de justiça criminal. Para o teórico australiano, o sistema de justiça criminal deve ser guiado a partir do escalonamento das diversas formas de intervenção, desde a persuasão até a incapacitação. Deste modo, a regulação responsiva permite que os cidadãos sejam capazes de tomar respostas frente a um sistema que tradicionalmente é guiado com respostas predeterminadas, ou no que Álvaro Pires remonta para o sistema criminal, com a consequência jurídica privilegiada para privação de liberdade.

Desta relação entre justiça restaurativa e regulação responsiva, Braithwaite apresenta uma idealização de pirâmide regulatória do ordenamento jurídico, a qual coloca a persuasão como primeira escolha para lidar com um determinado problema, sendo um espaço deliberatório, no qual serão encontradas as abordagens restaurativas. Apesar desta fase de escolha, revela o autor que, para os ofensores, a justiça restaurativa guarda um certo grau coercitivo no sentido de estarem sobre a sombra da possibilidade de serem condenados por uma pena privativa de liberdade em um processo tradicional. Deste modo, defende o autor que a discussão deve se basear em “como evitar a escalada da coerção e de ameaça”²¹⁶, já que se objetiva a responsabilidade ativa do autor do crime.

A respeito desta postura, a teoria restaurativa de Braithwaite comporta ainda a ideia de uma “vergonha integrativa”²¹⁷ como medida mais respeitosa para o ofensor e de caráter mais preventivo que a estigmatização. Assim, as consequências quanto ao crime podem vir acompanhadas com reprovação amparada numa vergonha estigmatizante, ou a partir de uma desaprovação comunicada de maneira respeitosa, o que favorece que o ofensor se responsabilize pelo ocorrido²¹⁸, de modo que a vergonha integrativa promove a internalização da auto-responsabilização do sujeito²¹⁹, o que facilita a resolução do caso neste momento de persuasão.

²¹⁶ Cf. BRAITHWAITE, 2002, p. 34.

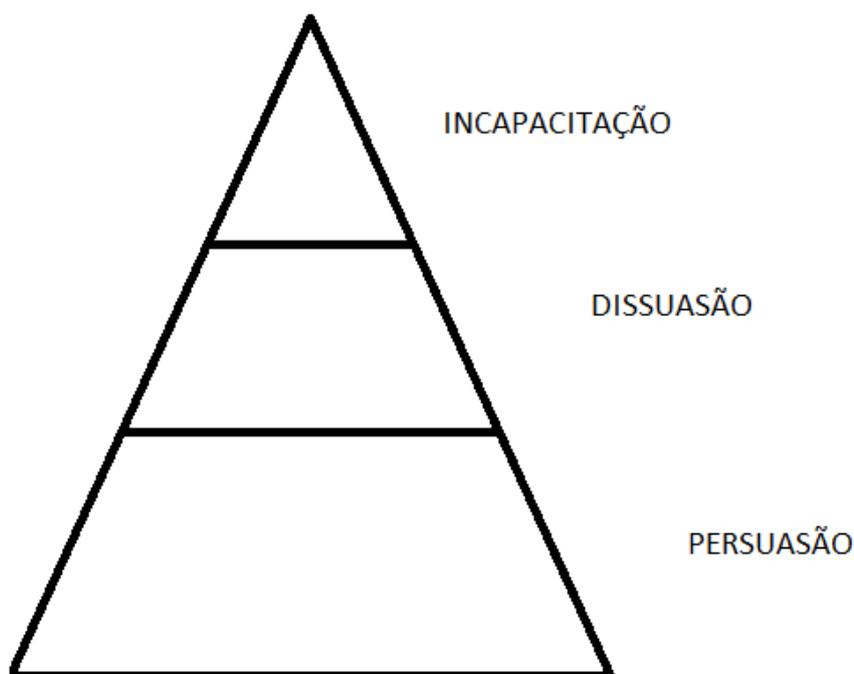
²¹⁷ A *reintegrative shaming* proposta por Braithwaite é alvo de muitas críticas, pois corre o risco de ser construída de forma dolorosa e punitiva.

²¹⁸ Neste sentido, entende o autor que “a ideia de vergonha reintegrativa é que a desaprovação é comunicada dentro de um continuum de respeito pelo ofensor. A maneira fundamental para mostrar respeito é ser justo, ouvir, capacitar as pessoas com controle no processo e de se abster de viés em razão da idade, sexo ou raça.” BRAITHWAITE, op. cit, p.78

²¹⁹ BENEDETTI, Juliana. A Justiça Restaurativa em face da criminologia da reação Social *in* Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 505

Continuando a análise da escalada piramidal, em caso de insucesso da abordagem persuasória, a exemplo da recusa das partes para esta modalidade, passa-se para a fase de dissuasão, na qual será possível utilizar-se de mecanismos menos agressivos que a prisão, como sanções administrativas e cíveis. Em momento último, o qual deve ser sempre evitado, segundo o autor, tem-se a adoção de medida mais punitiva como último recurso ao caso²²⁰, consoante a seguinte ilustração:

FIGURA 3 – Pirâmide de Braithwaite orientada à integração entre Restauração, Dissuasão e Incapacitação



Fonte: Braithwaite, 2002, p. 32.

O que se percebe do sistema proposto pelo autor é uma possibilidade de responder ao crime fazendo um caminho que inicia com o menor nível de intervenção, ao maior, consoante for os impedimentos e obstáculos para a resposta restaurativa. Consoante levanta Juliana Benedetti, este formato não distancia do direito penal como *ultima ratio*, ressaltando que:

Ocorre que o caráter de última instância do direito penal é comprometido pela existência de respostas pré-determinadas a situações de antemão selecionadas. A partir do momento em que a reação deixa de ser previamente estipulada, torna-se possível, então, relegar soluções mais severas apenas para casos efetivamente mais graves, e a punição deixa de ser um imperativo iniludível.²²¹

²²⁰ BRAITHWAITE, 2002, p. 34

²²¹ BENEDETTI, 2006, p. 504.

Propõe-se um escalonamento dinâmico, orientado pela teoria da regulação responsiva, que inicia pela persuasão e, em caso de insucesso das práticas restaurativas e dissuasórias, vai até a incapacitação. Para ele, este formato facilita com que os sujeitos tenham liberdade de escolher a forma de lidar com o crime, o que não representa uma ausência de resposta quanto ao crime, visto que a punição, para a justiça restaurativa, aparece em segundo plano, não podendo a ameaça vir em primeiro plano.²²²

3.5.3 Proposta de Walgrave

A estrutura piramidal também é adotada por Lode Walgrave para montar o seu “sistema de justiça criminal restaurativo”²²³, mas inspirada na adaptação feita por Digan, que comporta quatro componentes, e não três, como na anterior. Segundo Walgrave, a base da pirâmide é composta por casos tratados por meio de uma “inclusiva deliberação respeitosa”, que não são, necessariamente, de natureza criminal, mas trazem conflitos, tensões ou ilícitos de outros tipos que podem prejudicar a qualidade de vida do seio da comunidade, caso sejam prolongados com o tempo²²⁴. Tratam-se de iniciativas comunitárias para a resolução de um conflito, que, possa vir a causar efeitos mais graves para os envolvidos, por grupos ligados à associação de vizinhança, escola, etc.

Deste modo, o autor sustenta que, casos como vandalismo e brigas de rua, que envolvem pessoas residentes na localidade atingida, podem ser resolvidos por determinadas agências sem interferência com o Estado, de modo que a atuação da polícia ou uma resposta judicial pode causar uma consequência contra produtiva para os moradores e envolvidos. Assim, entende que os centros comunitários são aptos a realizar um trabalho mais adequado para estes casos, a partir da resolução de conflitos de forma deliberada e informal, utilizando diplomacia, diálogo e respeito, o que resulta no desenvolvimento de um senso comunitário e de solidariedade para todos os participantes²²⁵.

Acima da base estão os processos de justiça restaurativa, cuja principal diferença dos casos tratados anteriormente está no seu foco em resolver as consequências (diretas e concretas) da infração. Nestes processos estão presentes a ideia de domínio e de interesse público nesta

²²² BRAITHWAITE, 2002, p. 34

²²³ Trata-se de um sistema teórico formulado pelo autor, para ser pensado com uma orientação restaurativa.

²²⁴ WALGRAVE, Lode. 2008, p. 145. Conforme já apresentamos, Walgrave faz parte do grupo que não compreende a justiça restaurativa para outros casos que não tenha consequências para o Direito Penal. Neste caso, a abordagem não é para lidar com as consequências, mas futuros problemas oriundos de confusões triviais.

²²⁵ Ibidem, p. 147-148.

resolução, razão pela qual, mais do que um acordo entre vítima e ofensor, é necessário que seja repassado publicamente que os direitos e liberdade sejam levados a sério. É o espaço para realizar o processo de forma cooperativa, em que as autoridades são levadas a adotarem uma postura de incentivo por processos deliberativos²²⁶. A preservação do domínio só se perceberá se houver a constante oportunidade das partes levarem seus casos para uma abordagem fora do sistema de justiça tradicional.

Importante destacar a postura do Estado nestes processos. Para Walgrave, o Estado não pode se afastar completamente do processo, devendo permanecer em plano de fundo e ainda possui algumas responsabilidades, como: a) verificação do processo deliberativo; b) garantir o equilíbrio de poder na deliberação e c) exercer uma “pressão” ao ofensor. Neste último ponto, o Estado é visto como uma “sombra” capaz de incentivar a participação dos ofensores em processo deliberativos, pelo receio de responder no Tribunal, ou ter uma pena mais “dura”, bem como pela pressão familiar e da comunidade²²⁷.

No terceiro nível, temos o processo judicial, concentrando a fase em que os casos que não foram possíveis ser resolvidos pela diversão²²⁸. Orienta o autor que “uma vez que o procedimento tenha começado, todos os estágios devem facilitar saídas para uma regulação informal e voluntária do crime”. Ou seja, diante da orientação para restauração, ainda que o processo tenha iniciado judicialmente, entende o autor que é possível permitir que os processos restaurativos sejam ofertados e até incentivados (em caso de serem possíveis e adequados).

Este formato se diferencia da pirâmide de Braithwaite por aceitar a justiça restaurativa em nível judicial de forma mais *integrada*. Enquanto o autor australiano opta pela adoção de intervenções dissuasórias e de incapacitação em caso de falha da abordagem restaurativa, Walgrave, inspirado em Digan, busca colocar a restauração dentro dos processos judiciais, diferenciando-se deste último apenas por optar por uma sanção reparadora e não uma pena restaurativa²²⁹. A sanção, embora coercitiva, pois reconhece que somente pode vir de autoridade

²²⁶ Ibidem, p.150

²²⁷ Ibidem, p. 150.

²²⁸ Além da hipótese quanto à falta de voluntariedade ou não possibilidade de realizar o acordo, Walgrave lista que determinados casos não são propícios a serem adotados em processo restaurativo, como a gravidade, repetição e outras circunstâncias, o que indicariam o mesmo ao encaminhamento para o formato processual tradicional. No original, o autor sustenta “There are several reasons why an appeal to the public juridical system may be necessary. Often, the voluntary process cannot be achieved, because the victim or the offender refuses to participate in their encounter or because an agreement cannot be reached. Some particular offences may provoke such public turmoil because of their seriousness, repetitiveness or other circumstances that a public response is considered vital to restore social peace.” (p.151) A continuidade do processo no tribunal, no entanto, deve ser justificada, seja com argumentos “demonstrando que é do interesse das vítimas ou necessários para preservar a paz da comunidade ou para a segurança ou a ordem pública”, *idem*.

²²⁹ Ibidem, p. 152-153.

judicial, será reparadora porque construída com finalidade restaurativa, sem intencionar aflição e dor.

A última fase é a de incapacitação, indicada para casos em que a justiça restaurativa esgote seus limites, sendo importante para as vítimas potenciais e para a garantia pública, assim como protege os acusados de serem vitimizados, com ações de vingança, por exemplo.

Walgrave aponta uma diferença teórica entre os termos incapacitação e punição, por considerar que, no primeiro caso, o ofensor é preso pela necessidade de segurança da população, enquanto no segundo, a prisão se dá pelo mero cometimento de um crime, no qual se estabelece a culpa e há o merecimento da punição²³⁰. Reconhecendo não se tratar da maneira mais adequada de lidar com o problema, Walgrave admite que referido modelo se assemelha com o modelo atuarial, mas assume que não vislumbra outra solução²³¹ quando falharem os processos restaurativos e as sanções reparadoras, sendo necessária a incapacitação do sujeito.

Por fim, orienta o autor que, mesmo nesta fase, a justiça restaurativa pode estar presente, através de mediações nas prisões e o encorajamento à reparação por parte do detento²³².

3.6 SÍNTESE DOS ELEMENTOS DISTINTIVOS

Até o momento, a etapa de reunião das principais leituras sobre a justiça restaurativa demonstra que alguns elementos constitutivos deste novo movimento tendem a ser ou desprezados por alguns discursos, o que dificulta a sua uniformização teórica.

No entanto, é possível verificar que, independente do discurso, são indiscutíveis para a justiça restaurativa, alguns elementos, como: respeito, segurança nos processos, tratamento igualitário entre as partes, confidencialidade, etc. Outros, no entanto, tendem a sofrer algumas variações, a exemplo da posição do processo restaurativo no sistema penal, o momento de utilização, os efeitos jurídicos do resultado restaurativo, o grau de participação, as possibilidades de envio do processo, entre outros.

Neste momento, nosso esforço é para sintetizar, teoricamente, as principais dimensões constitutivas da justiça restaurativa, a fim de entendermos as possibilidades de sua realização. Com isto, neste momento busca-se apresentar e compreender as dimensões, deixando para momento posterior verificar o ordenamento jurídico brasileiro, e ver se há alguns encontros.

²³⁰ Ibidem, p. 154

²³¹ Ibidem, p. 155.

²³² Idem.

- Local de Aplicação

Assim, foi percebido que um dos questionamentos mais frequentes, e divergentes na doutrina, relaciona-se quanto à localização da justiça restaurativa junto ao sistema de justiça criminal²³³. Deste modo, ao se questionar onde a justiça restaurativa pode ser trabalhada, é possível verificar que pode ser *fora* ou *dentro* do sistema de justiça criminal, o que gera a classificação proposta por justiça restaurativa interna e justiça restaurativa externa.

TABELA 1 – Posição da Justiça Restaurativa

POSIÇÃO	INTERNA	EXTERNA
Dentro		
Fora		

Fonte: própria autora.

Por justiça restaurativa interna consideramos aquela que é instituída, mantida e realizada pelo próprio sistema de justiça criminal, independente do órgão e da fase utilizada. Assim, é possível compreender a experiência de Portugal, na qual a mediação penal é realizada pela própria instituição. Isto não impede que, profissionais de outras áreas possam vir a fazer parte dos processos, ou até mesmo que sejam criados núcleos para desenvolver um procedimento restaurativo.

A justiça restaurativa externa pode estar totalmente afastada do sistema criminal, como também não exerce qualquer influência dele. Neste caso, visualizamos de forma bastante limitada sua aplicação, principalmente em âmbito de adultos, mas possível de ocorrer com mais frequência em âmbito juvenil, notadamente nas práticas restaurativas em escolas²³⁴.

É preciso destacar que, os processos realizados por instituições que não pertencem ao sistema de justiça tradicional, podem, de alguma forma, sofrer supervisão do sistema, em especial do Poder Judiciário. Aqui, pontuamos a possibilidade de um acordo restaurativo promovido em âmbito externo vir a ser contemplado pela Justiça Criminal, a partir de uma

²³³ Baseada na classificação de Vera Regina de Andrade, utilizaremos a noção de sistema de justiça criminal a partir de sua “dimensão normativa e institucional-instrumental, cuja dimensão e imagem é a da Lei e das Instituições formais de controle, ou seja, a sua dimensão *stricto sensu* (...): polícia, Ministério Público, justiça, sistema penitenciário (...). Aqui o Estado se faz onipresente em nível Legislativo, Executivo e Judiciário (...).” Deste modo, quando nos expressarmos por sistema de justiça criminal, não serão incluídas a “dimensão integrativa de controle social informal”, bem como a “dimensão ideológica-simbólica”. Op. Cit, p. 76.

²³⁴ Como dito anteriormente, nosso interesse se dá no estudo da justiça criminal e portanto, em âmbito dos adultos. Não excluiremos, no entanto, comentários que se mostrem pertinentes à análise e comparação do universo da justiça juvenil.

homologação de alguma autoridade competente, em regra geral, pelo Juiz. A inspiração para esta classificação se dá pela análise do modelo belga, particularmente na mediação para reparação realizada pelas ONG's pertencentes a universidades, caracterizando-se numa posição intermediária, próxima da levantada por Leo van Garsse. Assim, embora inicialmente externa ao sistema, pode-se prever a possibilidade de relacionar com o mesmo.

- Momento de aplicação e Efeitos Jurídicos

Para a constituição da abordagem restaurativa, questiona-se, também a respeito do momento em que o processo pode ser iniciado. De igual forma, a resposta não é unânime e, assim como o anterior, não é exclusiva, podendo se dar em mais de um momento, com retornos entre o processo tradicional e restaurativo, consoante disposição legal.

Outro ponto que caracteriza os processos restaurativos está na valorização, ou não, dos efeitos jurídicos oriundos do acordo. A imputação de consequências jurídicas diante de um programa restaurativo pode vir ou não a acontecer.

Para alguns, a justiça restaurativa deveria ser utilizada apenas em momentos que permitisse um diversionismo do processo penal, evitando, assim, a sobreposição dos efeitos penais e dos efeitos de processos restaurativos²³⁵. Não obstante, diante da literatura e experiências encontradas, o resultado restaurativo pode servir como substituição ou atenuação da pena, quando na determinação da sentença. Em fase de execução, é possível adotar alguns efeitos, como remição da pena, progressão de regime, suspensão da pena, etc.

TABELA 2 – Momentos de Aplicação

MOMENTOS				
INVESTIGAÇÃO	DENÚNCIA	INSTRUÇÃO	SENTENÇA	EXECUÇÃO

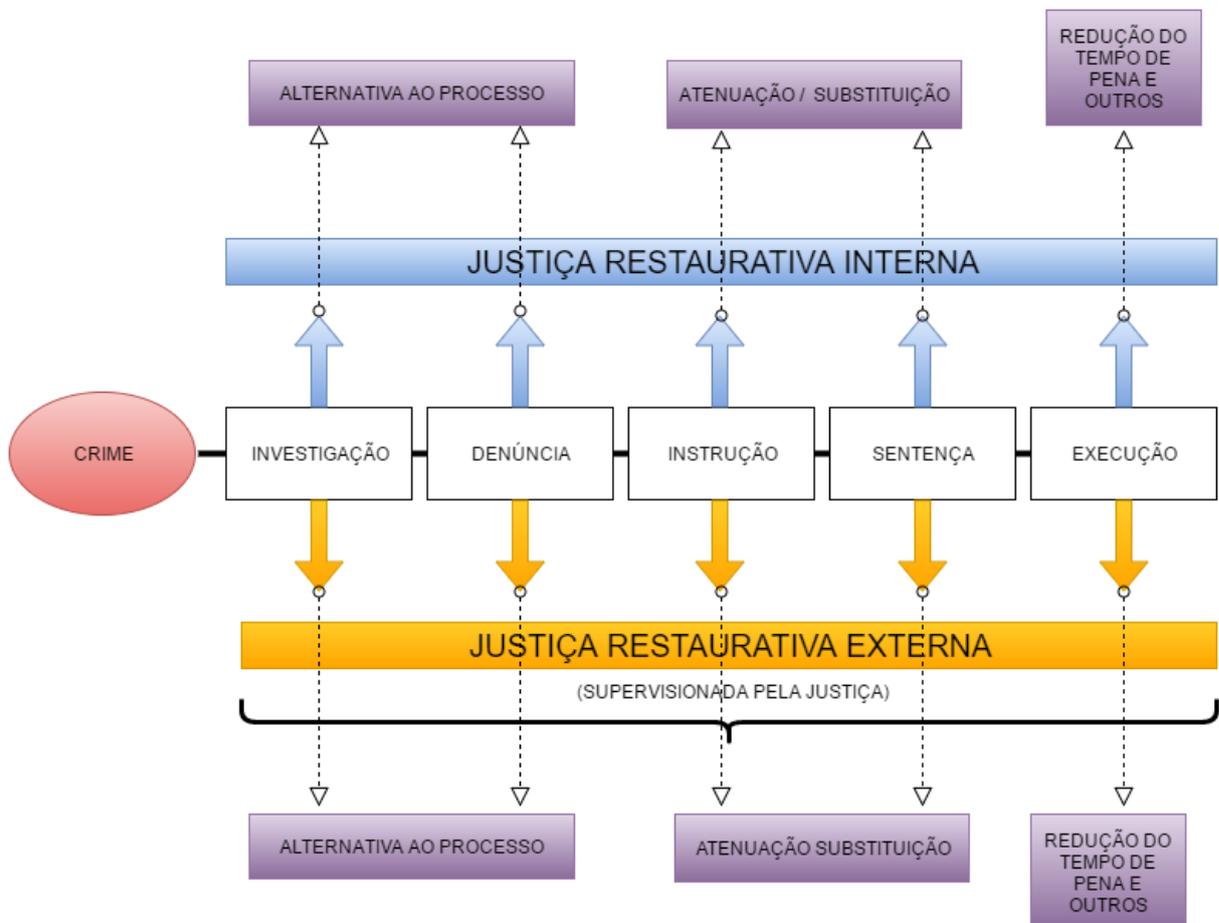
Fonte: própria autora.

²³⁵Para Leonardo Sica, dentre as possíveis entradas para a justiça restaurativa, interessam aquelas que “evitam o processo e possibilitam uma solução extra-processual (...), à semelhança da diversion do direito anglo-saxão, pois, a sobreposição ou acumulação dos dois modelos (punitivo e restaurativo) sobre um caso concreto cria alguns problemas sérios: bis in idem para o ofensor, revitimização e incongruência sistêmica (...)”SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Brasil: Lummen Juris, 2007, p.30.

Aliado ao momento de aplicação da justiça restaurativa, surge uma implicação quanto ao agente competente em fazer o encaminhamento ou remessa do caso para um processo restaurativo. Isto resulta em questionar, inicialmente, a competência não apenas para decidir o que encaminhar, como quem pode fazê-lo. Por isto, montamos a seguinte possibilidade de escolha, na qual o caso restaurativo pode vir a ser iniciado por sugestão ou determinação de alguma autoridade estatal, por iniciativa de agentes comunitários, ou por requisição das próprias partes.

Com estes elementos, montamos um **fluxograma teórico** que abriga algumas possibilidades de escolha a partir das disposições feitas sobre local, momento e efeitos jurídicos²³⁶.

FIGURA 4 - Fluxograma Teórico – Local, Momento de Aplicação e Efeitos Jurídicos



Fonte: própria autora

²³⁶ Por se tratar de um modelo teórico, não houve como abrigar os impedimentos e obstáculos de ordem legal e cultural. Com isto, a opção a ser feita para a possibilidade ou não da justiça restaurativa em cada caso vem do levantamento teórico-prático realizado, de modo que, junto a ela recomenda-se que sejam consideradas questões jurídicas, culturais e sociais, as quais podem ser obstáculos ou impedimentos no caso concreto. No tocante à realidade brasileira, esta análise será feita no próximo capítulo, sendo este momento apenas destinado para a apresentação teórica sintetizada.

- Participação

O estudo dos programas de justiça restaurativa (mediação, conferência, círculos, etc) demonstrou que a regra geral é que um processo restaurativo conte, pelo menos, com vítima, ofensor e facilitador. Em algumas situações, exceções puderam ser verificadas, como programas que lidem com casos envolvendo homicídio, no entanto a regra é que os processos envolvam os diretamente atingidos pelo conflito, de forma inclusiva.

Além disso, os papéis desenvolvidos por alguns atores nem sempre são aceitos em cada prática. Assim é que alguns programas permitem a participação de membros da justiça ou do Estado, enquanto outros concentram-se em processos essencialmente informais e de orientação leiga.

É preciso ressaltar, ainda, que a participação pode variar quanto às funções no processo. Assim, há programas que aceitam a participação de terceiros além da vítima, podendo ser membros da comunidade e outros utilizam-se até da presença de profissionais da polícia ou justiça, como no caso permitido pelo círculo. Outros são mais restritos, e trabalhados só com vítima e ofensor, em regra.

Observou-se que, não apenas quanto a possibilidade ou não de envolvimento de determinadas pessoas, o grau de participação também é questionado, daí que é possível verificar processos essencialmente participativos e outros menos. Trazendo a mediação como exemplo, verifica-se que o nível de participação entre vítima e ofensor é alto, enquanto membros da comunidade pode ser baixo ou nulo. Diferente dos círculos e conferências, que são compostos, em sua formação, por membros diretamente externos do conflito principal, mas ligados indiretamente pela afinidade pessoal. Assim, a participação no processo pode abranger, a depender do formato, vítima, ofensor, advogado, membros da comunidade, agente estatal e o facilitador.

Algumas figuras podem, portanto, exercer papéis diversos a depender do formato adotado. Citando os membros da comunidade, por exemplo, Fernanda Rosenblatt identifica três formas encontradas na literatura para o seu envolvimento nos processos restaurativos: “(1) *através de voluntários leigos (mas treinados) que atuam como mediadores*; (2) *através de vizinhos que ajudam a firmar (e monitorar) acordos restaurativos*; e (3) *através de voluntários leigos (mas treinados) que ajudam a firmar (e monitorar) acordos restaurativos.*”²³⁷

²³⁷ ROSENBLATT, Fernanda. *Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 43-61, jan.-jun. 2014b, p.49-50.

Portanto, a participação aqui pode ser formulada, consoante tabela abaixo, de acordo com o grau de envolvimento, mas este deve ser considerado em várias funções para determinadas categorias, a exemplo do membro da comunidade que pode atuar como facilitador, bem como apoiador.

TABELA 3 – Participação no Processo Restaurativo

PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO	MÁXIMA	MÉDIA	MÍNIMA/NENHUMA
Vítima			
Ofensor			
Advogado			
Agente Estatal			
Membros da Comunidade			
Facilitador			
Outros			

Fonte: própria autora

- Voluntariedade e Coerção

O ponto de maior contraste entre os teóricos de uma justiça restaurativa maximalista ou minimalista, com relação ao sistema penal, é se é possível trabalhar apenas com processo colaborativos, ou se é possível envolver, em algum momento, o uso de coerção.

O assunto deve ser visto, baseado no que fora exposto anteriormente, que os defensores desta hipótese se orientam em sistema de justiça, por eles teoricamente idealizados a partir de uma lógica restaurativa, de modo que a finalidade é o ponto central e o procedimento é secundário. Neste formato, os teóricos entendem pela valorização e incentivo dos processos colaborativos, mas reconhecem que, diante da impossibilidade de ocorrer neste formato, não se deve dispensar de medida coercitiva, ou seja, o processo decisório, ao ser baseado na finalidade restaurativa deve ser voltado para respostas que contenham esta finalidade. A voluntariedade

aqui, seria vista no tocante ao procedimento (consensual) proposto para a resposta. O momento de decisão, embora coercitivo, permite, na concepção destes autores, que se atue visando a finalidade restaurativa, sendo possível encarar a coerção neste tipo de sistema.

TABELA 4 - Voluntariedade

VOLUNTARIEDADE	SIM	NÃO
Vítima		
Ofensor		

Fonte: própria autora

O procedimento pode ser visto sob dois planos, um jurídico, dividido entre voluntário (acordo) x não voluntário (sanção). No entanto, sob um plano técnico, o procedimento pode vir a ser do tipo diretivo ou não diretivo. Isso deriva que, em um processo em que haja, por exemplo, a fixação de uma sanção, pode esta vir a ser formulada de forma direta, ou seja, pela própria autoridade, pré-determinada na lei; ou seria possível permitir que da imposição de uma sanção, seja dada a oportunidade para uma construção orientada para a reparação priorizando as necessidades da vítima e comunidade.

Daí que o resultado restaurativo, visto no plano jurídico, pode ser um acordo ou uma sanção (este último apenas para a corrente minoritária). Em plano técnico, por outro lado, este acordo ou sanção podem ser mais diretivo, influenciado ou ser do tipo participativo. Assim é que as hipóteses, considerando a análise de ambas as correntes, quanto ao modo de um resultado restaurativo, podem ser no formato de acordo ou sanção, as quais, podem ser tecnicamente diretivas ou não diretivas.

TABELA 5 – Tipo de Resultado Restaurativo

MODO DE RESULTADO	DIRETIVO	NÃO DIRETIVO
Acordo		
Sanção		

Fonte: própria autora.

Por fim, o resultado restaurativo pode ter diferentes significados, compreendendo desde o ressarcimento, quanto servir para resolver um conflito, ou até mesmo representar algo transformativo para as partes. Vale destacar que, estes efeitos podem vir isolados ou em conjunto, sendo possível a escolha por um ou por todos:

TABELA 6 – Conteúdo do Acordo Restaurativo

CONTEÚDO	SIM	NÃO
Ressarcimento		
Resolução do Conflito		
Transformação		

Fonte: própria autora.

Por exemplo, pode-se imaginar um resultado mais voltado para a satisfação em que haja apenas o ressarcimento pelos danos causados. Isto não impede, porém, que o resultado seja satisfativo patrimonialmente, como também ajude a resolver um conflito interpessoal entre as partes, e, além disso, pode vir a promover uma transformação entre os envolvidos.

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do estudo teórico da literatura restaurativa, pode-se notar que as dimensões anteriormente descritas são importantes para a constatação da variabilidade da justiça restaurativa no sistema criminal, demonstrando que “a marca do modelo de justiça restaurativo é a diversidade”²³⁸. Esta diversidade pode ser verificada, tanto na análise dos elementos característicos para sua implementação, quanto na observação de seus resultados.

Desta maneira, avançaremos na busca pela organização dos principais elementos encontrados no último capítulo que são apontados como importantes para a compreensão da justiça restaurativa, considerando que as opiniões dos doutrinadores são bastante distintas e podem vir associadas a diferentes objetivos e perspectivas, tendo como propósito encontrar quais tipos de justiça restaurativa são possíveis em nosso ordenamento.

Para tanto, iniciaremos o presente capítulo com uma breve exposição do cenário da justiça restaurativa, até o momento. Apesar de não haver uma lei prevendo explicitamente a justiça restaurativa, muitas experiências propondo esta abordagem vêm sendo desenvolvidas nas últimas décadas.

4.1 AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PRÓPRIA

A ausência de uma legislação referente à justiça restaurativa não impediu que, até o momento, experiências deixassem de ser realizadas em nosso território. Pedro Scuro Neto aponta que, as primeiras experiências com enfoque restaurativo surgiram “não no Judiciário, mas em escolas públicas, como programa de pesquisa sobre prevenção de desordem, violência e criminalidade”²³⁹. O autor faz referência ao “Projeto Jundiaí”, que apresentava a “câmara restaurativa” como uma prática da justiça restaurativa, definida pelo autor como:

(...) um encontro de protagonistas de um incidente, que se reúnem na presença de um coordenador para deliberar sobre as consequências do evento e as suas implicações futuras (Marshall, 1999). A diferença é que as câmaras são encontros diretos, “pareados” (vítima + apoio; infrator + apoio), e seu coordenador tem status de autoridade – conferida, no caso do Projeto, por um código de regras concebidas coletivamente.²⁴⁰

²³⁸ PALLAMOLLA, Raffaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. **Sistema Penal & Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre. Volume 6, Número 1, jan/jun 2014, p.85

²³⁹ SCURO NETO, Pedro. O ENIGMA DA ESFINGE. UMA DÉCADA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL. **Revista Jurídica** - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008 p.4

²⁴⁰ Ibidem, p. 5

A Câmara Restaurativa apresentou-se como uma escolha de ampliar o envolvimento no processo, por trazer não apenas as partes diretamente envolvidas no conflito, como também outros participantes na figura de suporte, geralmente representados por familiares ou pessoas próximas, sendo então, uma opção escolhida para “tratar de casos mais graves de conflito”²⁴¹, em âmbito **exclusivamente** escolar.

Segundo Scuro, a justiça restaurativa ganhou força, em âmbito jurídico, com a instituição de três projetos-pilotos nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal, a partir da parceria do Ministério da Justiça com o Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD)²⁴².

Até setembro de 2015, quando da movimentação do Conselho Nacional de Justiça para iniciar os debates sobre a elaboração de uma base normativa da justiça restaurativa no país, o referido órgão havia constatado que, no tocante à iniciativa do Judiciário, alguns Estados Federativos já possuíam Portarias ou Resoluções que instituíam programas de justiça restaurativa, consoante notícia do CNJ²⁴³. Outros Estados, embora sem regulamentação específica, também se movimentaram para promover experiências restaurativas, tendo como incentivo a Resolução 125/2010 do CNJ²⁴⁴, orientando-se, ainda, pelas regras delineadas na Resolução 12/2002 das Nações Unidas, juntamente com outros documentos internacionais.

Os projetos monitorados pelo Conselho Nacional de Justiça da notícia supracitada, referem-se às experiências na Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso do Sul e Roraima²⁴⁵. O Tribunal de Justiça da Bahia, por meio da Resolução 8, de 28 de julho de 2010, instituiu o Programa de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário no referido Estado, criando o Núcleo de Justiça Restaurativa da Extensão do 2º Juizado Especial

²⁴¹ Ibidem, p.4.

²⁴² Ibidem, p. 5

²⁴³ Informação obtida em na seguinte reportagem: “CNJ discute proposta de norma para uso da justiça restaurativa no país” <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80471-cnj-discute-proposta-de-norma-para-uso-da-justica-restaurativa-no-pais>> Acesso em: 10 jun 2016.

²⁴⁴ A resolução 125/2010 do CNJ busca por soluções consensuais para os conflitos e traz uma breve referência sobre o tema, notadamente no artigo 7º, inciso VI, §3º “Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.” Percebe-se a ressalva pela mediação como processo restaurativo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso: 10 jun 2016

²⁴⁵ Isto não quer dizer que outras experiências de Justiça Restaurativa não existiam. Em Minas Gerais, por exemplo, a justiça restaurativa é praticada pela polícia, através do chamado projeto “Mediar”. MELO, Anderson; PRUDENTE, Neemias. Projeto Mediar: práticas restaurativas pela polícia civil de Minas Gerais. Disponível em: <<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942841/projeto-medar-praticas-restaurativas-pela-policia-civil-de-minas-gerais>> Acesso em 08 de julho de 2015. Outras ações são encontradas pelo país, a exemplo dos cursos de capacitação para implementação da justiça restaurativa em Escolas.

Criminal do Largo do Tanque.²⁴⁶ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal editou a Portaria Conjunto 52 de 9 de outubro de 2006, prevendo a instituição do “Programa de Justiça Restaurativa”, influenciado pela atividade desenvolvida no Núcleo Bandeirante²⁴⁷.

Em Minas Gerais, da Portaria-Conjunta nº 221/2011 prevê-se a implantação de projeto piloto “Justiça Restaurativa” na Comarca de Belo Horizonte, para os feitos de competência criminal e infracional relativos aos Juizados Especiais Criminais e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante artigo 1º.²⁴⁸ Pela Resolução nº 569 de 22 de setembro de 2010 o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul instituiu o Programa de Atendimento da Justiça Restaurativa – PAJUR²⁴⁹, que tem papel de velar “pela efetivação das medidas definidas no artigo 62 e 63 do ECA”²⁵⁰.

De forma inovadora, o Tribunal Paranaense buscou estabelecer normas gerais e uniformes para a aplicação da Justiça Restaurativa, em 1º e em 2º graus de jurisdição, “preferencialmente aplicada pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)”²⁵¹. Já em São Paulo, o Provimento CG nº35/2014 traz disposições sobre a *implementação da Justiça Restaurativa no âmbito das Varas da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo*²⁵².

Da análise destes documentos, percebe-se a ausência de uniformidade quanto à implementação, em especial considerando as diversas formas de conceber a justiça restaurativa

²⁴⁶ Cf BAHIA. **Resolução 8/2010** <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/rejure.pdf>> Acesso 10 jun 2016. Acesso 10 jun 2016.

²⁴⁷ Cf DISTRITO FEDERAL. Portaria Conjunta 52 de 9 de Outubro de 2006. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2006/00052.html>> Acesso: 10 jun 2016.

²⁴⁸ Conferir MINAS GERAIS. Portaria 221/2011 em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc02212011.PDF>> Acesso: 10 jun 2016.

²⁴⁹ Segundo o artigo 1º da Resolução, referido programa consiste em um “modelo de Justiça Participativa, com a finalidade de proporcionar maior efetividade em relação às medidas sócio-educativas no Juizado da Infância e Juventude da Justiça Comum, de contribuir com a garantia dos direitos humanos do autor do ato infracional e da vítima, seus familiares e a comunidade, bem como promover a cultura pela paz social.” Conferir MATO GROSSO DO SUL. Resolução 569. disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=26780&original=1>> Acesso: 10 jun 2016

²⁵⁰ Ver Parágrafo Único do art. 2º da Resolução 569/2010.

²⁵¹ Consoante expõe o artigo 1º da Resolução 004/2015 Cf. PARANÁ. Resolução 004/2015, NUPEMEC. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/89859283/djpr-16-04-2015-pg-9>> Acesso: 10 jun 2016.

²⁵² Cf. SÃO PAULO. **Provimento CG nº 35/2014**. Disponível em <<http://www.aasptjsp.org.br/noticia/provimento-cg-n%C2%B0-352014-justi%C3%A7a-restaurativa>> Acesso 20 jul 2016.

e seus princípios²⁵³, principalmente os meios procedimentais²⁵⁴. Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça, ao selecionar um grupo para elaborar um documento com a missão de unificar os principais pontos ligados ao tema, teve como resultado a “Resolução n. 225” do Conselho Nacional de Justiça²⁵⁵, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário”.

Outrossim, também recentemente, o Ministério da Justiça instituiu a “Política Nacional de Alternativas Penais”, com postulados, princípios e diretrizes, trazendo a mediação de conflitos e a justiça restaurativa como parte das alternativas.²⁵⁶ No entanto, como vimos, estas não são as únicas formas vinculadas à justiça restaurativa apresentadas, sendo necessário verificar de que forma o sistema possa estar disposto a incluí-las.

4.2 ANÁLISE DE ALGUNS DIPLOMAS NORMATIVOS: POSSIBILIDADES, OBSTÁCULOS E ENFRENTAMENTOS

O foco desta seção será verificar, pela análise de alguns dispositivos legais espalhados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que espaços restaurativos podem ser oferecidos.

É importante notar que, antes das recentes criações trazidas pelo CNJ e pelo do Ministério da Justiça, muitos autores já compreendiam que, mesmo sem uma determinação legal para este novo modelo de administração da justiça, nosso ordenamento jurídico já apresentava algumas portas abertas para desenvolvimento e implementação junto a ele²⁵⁷.

²⁵³ As resoluções baiana e do Distrito Federal possuem a mesma concepção, ao definirem justiça restaurativa como a “(...) adoção de métodos de negociação e de mediação na solução de conflitos, com a inclusão da vítima e da comunidade de referência no processo penal (...)”. O documento mineiro a considera “um método de pacificação social e de solução de litígios, em que se busca a reparação dos danos causados ao invés de somente punir os transgressores ao conflito, podendo contribuir na redução de recidivas.” Pela leitura da Resolução sul-matogrossense, prevê que “consiste em promover um novo modelo de Justiça voltado para as relações prejudicadas por situações de violência envolvendo o autor do ato infracional e da vítima, seus familiares e a comunidade, valorizando a autonomia e o diálogo, criando oportunidades para que as pessoas envolvidas no conflito possam conversar e entender a causa real do conflito, a fim de restaurar a harmonia e equilíbrio entre todos.” A recente resolução paranaense, prevê, em seu artigo 4º, que ela “destina-se a promover a restauração dos interessados por meio da participação em processos dialógicos, convenções, práticas circulares, encontros entre a vítima, o ofensor, suas famílias, entidades públicas e privadas, demais terceiros afetados pelo conflito e membros da comunidade.”

²⁵⁴ A título de exemplo, o Tribunal do Paraná determina, em seu artigo 5º, que a justiça restaurativa poderá ser “aplicada em qualquer momento, seja na fase pré-processual, processual e/ou pós-processual, inclusive por quantas vezes se fizer necessário.” Além disso, indica que o caso será apresentado ao CEJUS “diretamente pelos envolvidos, por seus advogados, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Autoridade Policial e demais instituições interessadas”, e em caso de estar na fase processual, o caso será feito de ofício pelo magistrado ou a requerimento, pelas partes. Trata-se de postura que se diferencia, em geral, dos demais documentos que apresentam limitações maiores na aplicação e encaminhamento.

²⁵⁵ BRASIL, 2016a.

²⁵⁶ BTASIL, 2016b; BRASIL, 2016c. Um maior aprofundamento da Política de Alternativas Penais será feito em seção 4.3

²⁵⁷ Neste sentido, PINTO, 2005, p. 20 ss.

Tiago Joffily²⁵⁸ entende que, diferente do que a maioria dos estudiosos dizem, a justiça restaurativa tem previsão anterior àquela encontrada no artigo 98, I da Constituição Federal. Para o autor, a manifestação do constituinte, logo no preâmbulo, já demonstra a preferência por lidar com a justiça com orientação restaurativa. Da leitura do preâmbulo é possível extrair:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.²⁵⁹ (**grifos nossos**)

Nota-se que o preâmbulo é a manifestação primeira do Poder Constituinte, entendido este como “expressão maior da vontade de um povo ou grupo destinada a estabelecer os fundamentos de organização de sua própria comunidade”²⁶⁰. Com isto, observa-se que os constituintes apontaram que uma sociedade, para ser fraterna, pluralista e sem preconceitos deve ser compromissada com a “solução pacífica das controvérsias”, tanto na ordem interna, quanto internacional. Nos dizeres de Joffily, o tratamento restaurativo é compatível com o ideal de solidariedade que norteia nossa Constituição:

Note-se que o ideal de solidariedade em que se funda a República Federativa do Brasil só se compatibiliza com um a busca permanente pela inclusão de todos no paradigma de identidade nacional, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, bem como erradicando a pobreza e a marginalização, de modo que soluções pacíficas e conciliatórias possam ser encontradas mesmo para as controvérsias consideradas mais graves.²⁶¹

Considera-se, pois, aberto um importante caminho para pensar uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, a utilização da justiça restaurativa como forma de solucionar as referidas controvérsias. Deste modo, ainda que não haja a previsão expressa na Constituição Federal sobre o termo “justiça restaurativa”, é possível perceber sua valorização pela forma pacífica de resolver conflitos.

Ademais, o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição abre caminho importante para discussão. Notadamente, é o que se baseia a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça no momento em que, pela Política de Acesso à Justiça, busca

²⁵⁸ JOFFILY, Tiago. **DIREITO E COMPAIXÃO**. Discursos de (Des) Legitimação do Poder Punitivo Estatal. REVAN, 2011, p. 181.

²⁵⁹ Preâmbulo da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso 20 jul 2016.

²⁶⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: Juspodvim, 2ed., 2008, p.229.

²⁶¹ Ibidem, p. 180

oferecer formas de promover formas de resolução dos conflitos sem judicialização. Assim, necessário entender que o acesso à justiça, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”²⁶².

Para Gladys Stella Alvarez, o acesso à justiça, em sentido amplo, não deve ser compreendido, apenas, como um direito que “conota somente a entrada ao sistema judicial, senão que abarque o caminho a formas desjudicializadas da resolução de conflitos.”²⁶³. Desta maneira, a intenção do CNJ foi a de abrir novos caminhos, incluindo a seara penal, para promoção da resolução de conflitos.

É possível vislumbrar da leitura do artigo 98, I da Constituição Federal a abertura para um modelo que se utilize de um método consensual de justiça, pautado em procedimento menos burocrático. O dispositivo constitucional citado determina que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Desta previsão surgiu a Lei 9.099/95, e com ela o Juizado Especial Criminal, o qual “é provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (...)”, considerando que estas últimas equivalem às “contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”²⁶⁴. O critério para determinação dos delitos que sejam da alçada do Juizado se baseia, portanto, no tamanho da pena, ignorando tipo de bem jurídico e outras questões.

O rito sumaríssimo é guiado pelos princípios da “oralidade, informalidade, economia processual e celeridade”, buscando, sempre que possível a “reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Às partes são oportunizadas que o seu caso seja tratado num formato mais informal, que permita a composição dos danos, a transação penal, bem como a suspensão do processo.

Os instrumentos e as formas de informalização trazidas pela lei 9099/95 são criticados tanto por defensores do processo tradicionais, que veem nas alterações fortes violações de

²⁶² . Cf BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº 125 de 29 de novembro de 2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso: 10 jun 2016

²⁶³ ÁLVAREZ, Gladys. 2003, p.31

²⁶⁴ Art. 61 da Lei 9.099/95. BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. 1995 Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso: 20 jul 2016.

direitos e garantias do acusado, bem como defensores de processos mais informais, que sustentam não ter sido oferecido um espaço ideal e propício para lidar com os conflitos²⁶⁵.

A fase preliminar²⁶⁶, bem como todos os momentos em que for possível a utilização do método de autocomposição entre autor e ofensor²⁶⁷, permite que as partes tenham a oportunidade de resolverem suas questões. Os efeitos jurídicos, segundo a própria lei, podem variar de acordo com o tipo de ação penal, de modo que o acordo formado em um dos programas, homologado pela autoridade judicial competente, pode ter como fim a resolução do processo sem análise do mérito, quando tratar de ação penal privada ou ação pública condicionada. Assim, a legislação cria, para os casos de ação penal incondicionada, obstáculos para utilização do modelo consensual.

Assim, é possível visualizar, pela legislação brasileira, uma abertura para processos consensuais e deliberativos em matéria penal, nos casos de competência dos Juizados Especiais, a exemplo dos programas de mediação penal, círculos restaurativos e conferências, tendo em vista a potencialidade participativa e de empoderamento.

Outros dispositivos, entretanto, requerem um esforço maior para adotar a justiça restaurativa e vincular o seu resultado com um efeito jurídico, tendo em vista algumas limitações, como a obrigatoriedade da ação penal pelo Ministério Público (24, CPP) e os crimes de ação pública incondicionada (art. 100, §1º, CP).

Nos casos de crimes de média e alta gravidade, a resposta em regra, se dá através de uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa), salvo alguma causa que excepcione a intervenção penal. Deste modo, a ausência da justiça restaurativa no quadro normativo dificulta que algumas medidas sejam consideradas para fins de proporcionar algum efeito jurídico, especialmente de forma substitutiva.

Apresentaremos, auxiliados também pela Resolução 225 do CNJ e disposições político criminais que abordam a política de alternativas penais, alguns caminhos possíveis.

²⁶⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 134.

²⁶⁶ BRASIL, 1995. Arts. 72-74 da Lei 9099/95.

²⁶⁷ Ibidem, Art. 79 da Lei 9099/95.

4.2.1 A Posição do Judiciário – Resolução 225 de 2016

A Resolução 225 de 30 de junho de 2016 do CNJ, atualmente, é o principal documento nacional sobre justiça restaurativa no Brasil, e claramente determina que as disposições trazidas em seu bojo, são de âmbito do Judiciário.

Ela está estruturada em oito capítulos, sendo o primeiro denominado “Justiça Restaurativa”, e prevê definições e outros elementos da justiça restaurativa, além de apresentar os princípios norteadores, bem como alguns critérios para determinar como o conflito seja trabalhado em âmbito restaurativo. O segundo capítulo trata das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça, trazendo no artigo 3º, objetivos programáticos para promoção e incentivo da Justiça Restaurativa, e no quarto, a previsão de parceria entre os órgãos do Poder Público e entidades privadas e públicas parceiras, incluindo Universidades.

O capítulo III aponta para as atribuições dos Tribunais de Justiça e o Capítulo IV prevê as condições e formatos para o atendimento em Âmbito judicial. O Capítulo V é específico para a figura do Facilitador Restaurativo, seguido do Capítulo VI que informa como deve ser a capacitação do mesmo. O Capítulo VII abrange disposições sobre o “Monitoramento e Avaliação” dos Projetos Restaurativos, sendo o último capítulo composto por outras disposições.

A nossa intenção é de verificar a presença (ou não) das variabilidades da justiça restaurativa em suas disposições, por isso começaremos com a análise do conceito proposto, o qual já apresenta alguns pontos para discussão. A definição do CNJ encontra-se no artigo 1º da Resolução 225, transcrita abaixo:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

A definição acima, reconhece a justiça restaurativa “como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias”, de modo que adota a pluralidade no tocante aos princípios, métodos técnicas e atividades, desde que consideradas próprias.

Assim, se o conflito gerar dano, seja ele, concreto ou abstrato, orienta a Resolução que ele deve ser solucionado no formato previsto pelas alíneas I, II e III do artigo 1º, ressaltando-se aqui que a própria resolução apresenta outros critérios para que se trabalhe no âmbito restaurativo, a exemplo dos previstos nos parágrafos do artigo 2º, tais como, reconhecimento da veracidade dos fatos (art. 2º, §1º), prévio consentimento livre e espontâneo (art 2º, §2º), informação sobre o procedimento e direito a orientação jurídica (art. 2º, §3º), tratamento igualitário (art. 2º, §4º), livre atuação na formulação do acordo (art 2º, §5º), aproximando-se das regras estabelecidas na Resolução 12/2002 da ONU.

Valoriza-se a participação dos envolvidos, o papel dos facilitadores, e toma como foco as necessidades dos afetados pela ofensa, a responsabilidade ativa dos que contribuíram para a ocorrência desta, e o empoderamento da comunidade.

Algumas definições são feitas com relação a termos específicos, como “caso” “sessão” “prática restaurativa” e “procedimento restaurativo”, mas, abordaremos para este momento aquela referente a “enfoque restaurativo”:

V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:

- a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades;
- b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor;
- c) reparação dos danos sofridos;
- d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

Além de reunir estes elementos para identificar o que se quer com enfoque restaurativo, observa-se que a participação do processo estruturado no artigo 1º se dará com os envolvidos, famílias e comunidade.

Abre-se o leque para envolver estas pessoas e não apenas as partes diretamente envolvidas no conflito, e aqui vemos como a participação da comunidade também está atrelada na formação do acordo, que, como vimos pode ter um grau de influência maior ou menor, a depender do programa, ressaltando-se sempre, pelos riscos que a participação de agentes externos pode exercer e influenciar no acordo.

4.2.2 Local, Composição e Participação no Programa

Tendo em vista tratar-se de iniciativa do CNJ, a justiça restaurativa será interna ao sistema de justiça criminal, notadamente ao Poder Judiciário.

Não obstante, observa-se a iniciativa de promover parcerias com outras instituições (públicas ou privadas) no tocante à implementação de projetos ou espaços para atendimento de Justiça Restaurativa (art. 6º, I). Assim, verifica-se aqui a possibilidade de instituições externas ao Judiciário, sejam do Poder Público ou Privado, incluindo Universidades, se mobilizarem para atuar junto ao Judiciário. Neste caso, percebemos uma atuação mista no tocante à implementação, também de forma intermediária quanto ao sistema.

Os espaços adequados para o atendimento restaurativo deverão, consoante art. 6, III, ser destinados pelo Tribunal de Justiça, podendo ser diretamente ou por meio de parcerias. Amplia-se, pois, a realização dos procedimentos em âmbito que não o do Judiciário. A respeito de outras instituições realizando processos de justiça restaurativa, pode ser citada a desenvolvida pela polícia de Minas Gerais, “Mediare”, que se utiliza de local e funcionários próprios.

O formato escolhido direciona aos Tribunais o controle e organização da implementação dos Programas (art. 6, II), não apenas na escolha do espaço, mas também na formação dos facilitadores, escolhendo estes entre os servidores do próprio quadro ou os designados pelas instituições conveniadas, e voluntários, “sempre que possível auxiliados por equipes técnicas de apoio interprofissional” (art. 6, III).

Quanto a presença de agentes não profissionais, abre-se margem para a participação da comunidade enquanto agente facilitador, consoante disposição do parágrafo único do artigo 17: “Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos das comunidade, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça.”

Percebe-se que, para a composição do grupo de trabalho envolvendo os facilitadores, prevê-se a presença tanto de profissionais (do próprio Tribunal ou instituições conveniadas), quanto a de facilitadores não profissionais da justiça (oriundos da comunidade ou indicados pelas instituições).

4.2.3 Momentos e Encaminhamentos

No tocante ao momento de utilização do processo restaurativo, importante a análise do §2º do artigo 1º juntamente com as disposições do artigo 7º:

Art. 1º Omissis.

§ 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Art. 7º. Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social.

Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

Nota-se neste artigo que a via de encaminhamento não se restringiu às autoridades estatais, podendo ser feita de ofício ou a requerimento de diversas partes, oportunizando-as a lidar com o caso em um outro formato. Com isto, o procedimento restaurativo judicial proposto, pode ser encaminhado não apenas pelo juiz, como ser requerido por outros interessados, ressalvando que a autoridade policial pode apenas sugerir o encaminhamento, e não fazer a requisição.

Isto traz implicações a serem analisadas, especialmente, de ordem jurídica, tendo em vista a tensão verificada nos processos que se orientam pelo diálogo e consenso, quando tratados em âmbito criminal e quanto ao papel de seus profissionais, em especial quando se analisa a relação entre obrigatoriedade e oportunidade no processo penal.

Deste modo, Nereu Giacomolli, ao tratar do princípio da legalidade no processo penal, em seu formato estrito, sustenta que “o desenvolvimento e o término do processo penal não podem estar submetidos à vontade particular ou a um poder de disposição de determinados sujeitos jurídicos”, daí que se deriva “a obrigatoriedade ou necessidade de investigar, acusar, defender, condenar e executar a condenação, em um processo conduzido por um juiz estatal”²⁶⁸

A introdução de mecanismos reguladores com grau de disposição em países com sistema continental, a exemplo do que ocorre no Brasil, segundo Giacomolli “evidencia a tese

²⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p. 49.

de que a atuação do acusador oficial, antes de tudo, deve ser transparente e previsível, na busca do equilíbrio entre ação e flexibilização de sua atuação obrigatória.”²⁶⁹

Segundo Giacomolli, o princípio da oportunidade, entendido sob sua vertente pura, oriente que:

O sistema instrumental criminal se rege pelo princípio da oportunidade pura quando os encarregados da persecução dos fatos com aparência de infração criminal investigam ou não, de acordo com critérios subjetivos; quando o exercício ou não da pretensão criminal acusatória, ou mesmo sua sustentação, pode ficar na esfera de conveniência de seus titulares, ainda que estejam presentes os requisitos legais; quando o órgão judicial pode decidir conforme seu livre arbítrio, inclusive sem fundamentar sua decisão; e a ampla defesa técnica não seja um direito fundamental.

270

Para o autor, diante desta situação, o sistema continental faz preferência pela utilização do “regramento do poder de decisão dos sujeitos processuais”, ou seja, o próprio ordenamento jurídico “permite e regula um certo poder de decisão”²⁷¹, resultando na prevalência do princípio da legalidade, permitindo que seja feita flexibilização em determinadas hipóteses.

Assim é que, da realidade brasileira é possível verificar o poder de disponibilidade em algumas situações, como os delitos processados por ação privada e a possibilidade de renúncia, bem como os delitos de ação pública condicionada à representação, que condicionam a investigação e só passa a ter a obrigatoriedade na fase posterior a representação, bem como da possibilidade de transação penal da Lei 9099/95.

Deste modo, quanto aos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação é fácil visualizar a permissão legal e jurídica para que às partes sejam oportunizados espaços de iniciativa quanto à resolução do conflito, haja vista preservarem seus interesses.

No entanto, resta a dificuldade para verificação no tocante aos crimes de ação penal pública incondicionada, considerando a determinação constitucional para o exercício com exclusividade do Ministério Público neste tipo de ação, que pode, diante do recebimento do inquérito, oferecer denúncia, caso presentes os pressupostos necessários; ou, pode retornar o inquérito à polícia, requerendo novas diligências; e por fim, pode arquivar o inquérito.

Conforme entendimento de Gabriel Divan, o princípio da obrigatoriedade não pode deixar de ser analisado sem levar em conta a realidade político-processual, mas tão somente por uma construção dogmática que impeça de levar em conta, inclusive, pensar em suas exceções.

²⁶⁹ Ibidem, p. 62

²⁷⁰ Ibidem, p. 71

²⁷¹ Ibidem, p.72

Desta maneira, acerca do papel do Ministério Público e a obrigatoriedade da ação penal, posiciona-se por um sistema em que seu exercício seja dado com “possibilidades motivadas de escolha”, de modo que a avaliação leve em conta motivos de ordem político-criminal:

Deve haver tranquilidade para que o agente ministerial encarregado de avaliar as possibilidades da acusação o possa fazer e, se for o caso, proceder em juízo diante de uma realidade que informa uma conexão forte de verossimilhança (*fumus commissi delicti*). A avaliação é – sim e também – político-criminal e tem relação com o não incremento processual-interventivo para lidar com a situação do suposto “conflito” envolvido. A prosaica pergunta que o agente ministerial deve ter em mente antes de concluir pelas premissas que juridicamente autorizam uma acusação – do ponto de vista técnico – é quanto ao fato de que se “vale” ou “não” à pena proceder judicialmente em relação ao caso específico. E sim, novamente afirmamos: a independência de sua atuação pressupõe o poder desse questionamento, que não precisa sabidamente ser ilimitado nem estar livre de algum grau de fiscalização.”²⁷²

Esta atuação permitiria que, através de critérios político-criminais, possa ser formulado um meio de avaliar, levando em conta as situações conflituais, de modo a oportunizar o tratamento por outro formato, sem, contudo, reconhecer a necessidade de alguma limitação, bem como o respeito pelos direitos fundamentais. Nos ensinamentos de Selma Santana, é possível observar que:

No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de se passar sempre pela afirmação dos direitos fundamentais.²⁷³

Deste modo, não se trata de desprezar a atividade ministerial, ou investigativa. O encaminhamento, para alguns crimes, pensado neste formato, permite pensar outras maneiras de redefinir o papel dos atores no processo, quando se puder utilizar a justiça restaurativa, sem abrir mão das regras do sistema.²⁷⁴

No entanto, o envolvimento da polícia em processos restaurativos é cercado de desconfiança. Para Leonardo Sica, o encaminhamento feito em fase policial “não parece adaptável ao nosso sistema, pois a discricionariedade conferida à polícia dependeria de um aprimoramento da própria instituição (por exemplo, no sentido do policiamento comunitário e preventivo) ainda distante de nossa realidade. Contudo, isso não deve ser descartado como

²⁷² DIVAN, Gabriel Antinolfi . Quatro provocações (preliminares) sobre o 'princípio da obrigatoriedade' e a ação penal pública no sistema processual-penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 12, p. 111-126, 2015, p.124.

²⁷³ SANTANA, Selma, 2010, p.9

²⁷⁴ Trata-se de uma orientação político-criminal, consoante será explorada no tópico 4.3.

meta.”²⁷⁵ A preocupação do referido autor é legítima, tendo em vistas os constantes riscos apontados de atuação seletiva, expansão penal e possíveis injustiças.

A abertura para tal encaminhamento pode ser vislumbrada, em especial na sugestão que o autor remete como meta. A atividade policial brasileira costuma ser orientada por uma lógica perigosamente punitivista, o que pode ser observado em muitas de suas práticas. Aparenta-se, no entanto, que a mudança desta orientação está cada vez mais *incentivada* em nosso país. O desenvolvimento do policiamento comunitário²⁷⁶ tem ganhado força nos últimos anos²⁷⁷, e pode vir a ser um importante meio, caso realmente cumpra com suas funções.

Daniel Van Ness e Karen Strong estabelecem como princípios da Justiça Restaurativa: a “Cura à vítima, ofensor e membros atingidos pelo crime”; “Oportunização de envolvimento e participação ativa no processo”, bem como a necessidade de “Repensar os papéis do Estado e da comunidade” na promoção de justiça²⁷⁸. Repensar o papel da polícia pode ser um caminho para a abertura da justiça restaurativa em nosso ordenamento, seja no papel de encaminhar (ou fazer a sugestão, como informa a Resolução), ou, de forma mais limitada, realizar os próprios processos, tendo em vista a possibilidade maior de expansão do controle penal e ferir possíveis garantias do acusado, podendo ser pensado alguns critérios para evitar o abuso de discricionariedade.

4.2.4 Consequências Jurídicas e os desafios no Poder de Decisão

Ao se admitir a possibilidade de encaminhamento de forma diversa, não apenas no tocante aos agentes, como também às fases processuais, percebe-se que o processo restaurativo pode resultar em consequências diferentes, a depender do momento e, consoante trata o art. 1º, §2º da Resolução 225/2016, do sistema processual aplicado, tendo em vista que a resolução

²⁷⁵ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Brasil: Lummen Juris, 2007. p. 30

²⁷⁶ Segundo definição de Robert Trojanowicz e Bonnie Bucqueroux, o policiamento comunitário se trata de “uma filosofia e estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. Baseia-se na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos tais como crime, drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e em geral a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral da vida na área.” TROJANOWICZ, Robert; BUCQUEROUX, Bonnie. **Policiamento Comunitário: Como Começar**. 2 ed. São Paulo: Parma, 1999, p. 4-5.

²⁷⁷ Na Bahia, importa destacar a edição da Portaria 106-CG/12 a qual “Dispõe sobre as normas e procedimentos para implantação, estruturação e funcionamento das Bases Comunitárias de Segurança – BCS no âmbito da PMBA.”. Cf. SILVA, André Ricardo Guimarães da. **Uma análise da portaria 106-CG/12 e do policiamento comunitário desenvolvido nas bases comunitárias instaladas no Nordeste de Amaralina, em confronto com os critérios identificadores do Sistema Koban**. André Ricardo Guimarães da Silva. 109f. – 2014. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 101.

²⁷⁸ Cf. VAN NESS; STRONG, 2010, p.43-47.

aponta regras para os procedimentos restaurativos, tanto em âmbito da justiça juvenil como de adultos.

Ao tratar dos procedimentos restaurativos ocorridos antes da judicialização, o artigo 12 faculta às partes diretamente interessadas (entendemos aqui vítima e ofensor), a submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis, na forma da lei. Por força das disposições finais do art. 1º, §2º, soma-se que as implicações do processo restaurativo deverão ser consideradas, “caso a caso, à luz do correspondente sistema processual, e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.”

A resolução opta por não obrigar a vinculação dos resultados restaurativos (acordo ou planos de ação) no processo judicial, de modo que a verificação será feita “caso a caso”. Deste modo, por força legal, os mesmos efeitos aos processos relativos às infrações tratados em âmbito do Juizado Especial Criminal, de ação penal privada ou ação penal publicada condicionada à representação, podem ser levados em conta, de modo que para estes casos o acordo representaria a renúncia ao direito de queixa ou a representação, derivando na extinção de punibilidade do autor do fato.

Percebemos que, a lei penal brasileira, ao não trazer dispositivos expressos no tocante à justiça restaurativa, torna mais complicada a aplicação de efeitos dos acordos restaurativos para crimes que não sejam de menor potencial ofensivo, podendo vir a ser utilizada a atenuante inominada (art. 66, CP²⁷⁹), para fins de dosimetria de pena. No entanto, os efeitos podem não ser suficientes para evitar uma pena privativa de liberdade, ou dificultar/inviabilizar a substituição por uma pena restritiva de direitos, haja vista os critérios que dificultam em razão da gravidade do crime, ou das questões pessoais do autor.

Todavia, as experiências piloto nos Tribunais que envolvem a justiça de adultos, ao longo dos anos vêm promovendo uma abertura maior, para casos de média e até alta gravidade, por iniciativa dos próprios magistrados e outros profissionais. O Tribunal do Distrito Federal, segundo Amanda Waquim²⁸⁰, lidou com um caso envolvendo estupro de vulnerável (art. 213 do Código Penal), em que envolvia como vítima, uma jovem de 13 anos e os autores eram três jovens de 18 anos.

Segundo relata a autora, a ideia de utilizar a justiça restaurativa se deu após as psicólogas responsáveis pelo atendimento perceberem o interesse da mãe da vítima entrar em contato com

²⁷⁹ BRASIL. Código Penal. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso 20 jul 2016.

²⁸⁰ O caso é analisado pela autora de forma mais detalhada. WAQUIM, Amanda Almeida **POSSIBILIDADES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**. 2011, Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, 2011, p.88-95

os agressores, que relatava imenso sofrimento com o caso, já que houvera sido vítima de estupro quando adolescente e por isso “mencionava o desejo de falar com os agressores e de sua dor por não ter sido autorizada a ouvir o depoimento dos acusados que acontecera na mesma tarde”.

281

Consoante relata Waquim, por serem facilitadoras do Núcleo Bandeirante, as psicólogas sugeriram a justiça restaurativa às partes e, na audiência de oitiva de testemunhas, informaram à juíza sobre o desejo de participarem, o qual foi concedido após consulta às partes e Ministério Público, sendo o caso suspenso e enviado ao procedimento restaurativo, no qual ocorreu com encontros entre as partes, contando com a participação de “genitores dos ofensores e da vítima e outros familiares, a patroa da mãe do ofensor E e o patrão de L”, sendo formulada uma proposta pelos pais da vítima, a qual foi discutida e aceita. Ao fim, enviou-se o caso para a fase em que havia parado e o processo fora reiniciado e posteriormente o caso foi analisado em fase de sentença.²⁸²

Não temos condições de analisar a experiência em questão, seja pelos fins deste trabalho, quanto pela falta de dados. No entanto, tentamos descrever as ações para demonstrar que a justiça restaurativa não foi pensada de forma limitada a uma única fase processual. Pelo contrário, demonstrou-se que existem situações em que o procedimento restaurativo pode não ser possível ou vislumbrado a início, mas, diante das necessidades do caso, não pode ser desprezada sua utilização.

No tocante a sentença, Waquim informa que a justificção da magistrada “reporta-se à reestruturação do equilíbrio das relações interpessoais e compreensão dos conflitos pelas partes propiciada pela justiça restaurativa.”²⁸³ Diante disso, a autora informa que a justiça restaurativa fora utilizada no momento de dosimetria da pena, na qual havia inicialmente fixado a pena definitiva e concreta em sete anos de reclusão, cujo regime fora modificado para o semiaberto diante do caso restaurativo. Os argumentos encontrados em trecho da sentença voltam-se para o reconhecimento de que, a situação tratada em procedimento restaurativo, contribuiu para a “pacificação social, um dos objetivos que se espera da justiça penal”²⁸⁴, justificando:

(...) Nesse aspecto, importa observar que a resposta penal deve guardar razoabilidade, à luz dos critérios da *necessidade e suficiência* de pena para o caso concreto, sob o risco de se afrontar o princípio da individualização da reprimenda, previsto no inc. XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Assim, diante das ponderações acima e levando em conta as diretrizes expostas no art. 33, §2º, “b” e §3º do CPB, tenho como

²⁸¹ COSTA; Helena Maria; MOURA, Marília Lobão Ribeiro de Moura, apud WAQUIM, p.89-90.

²⁸² Ibidem 91-92

²⁸³ Ibidem, p.93

²⁸⁴ Ibidem, p.93

suficiente para o caso em comento a fixação tão-somente do regime **semi-aberto** para o cumprimento da pena.²⁸⁵

Da decisão, o que se percebe é um esforço de sistematização dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena para utilizar a justiça restaurativa como meio para alterar o regime. No entanto, casos há, na literatura, em que a medida restaurativa incide não apenas reduzindo, mas até substituindo a própria pena, o que pode ser encarado com dificuldade em nossa legislação no momento de decidir e lidar com as regras impostas no Código Penal, em especial o artigo 59 e a ausência de previsão legal para substituição.

Apesar desta ausência, há dispositivos que se afastam da pena privativa de liberdade, como algumas penas restritivas de direito, e que, verificadas as proximidades com as finalidades restaurativas, bem como sua aplicação repensada sob um outro ideal que não o punitivo, podem derivar justiça restaurativa²⁸⁶.

Ademais, sobre o processo de decisão, André Giamberardino sugere uma necessária reflexão acerca de se separar o momento de “acertamento do caso penalmente” do momento de “aplicação da consequência jurídica”. Baseando-se em Pavarini e, especialmente, na formulação de Hassemer, entende o autor brasileiro que:

Sendo o caso de se abrir espaço às práticas restaurativas, tratar-se-ia de o juiz, reconhecendo a presença de provas suficientes e válidas à condenação do réu, cindir a decisão para abrir aos diretamente envolvidos a possibilidade de discussão sobre a medida adequada a ser aplicada, deixando de lado a dosimetria da pena. Essa é uma hipótese merecedora de aprofundamento e reflexão, tratada por HASSEMER a partir da distinção entre dois casos completamente distintos: “um que é o fundamento do juízo da punibilidade” e “outro que é o fundamento da determinação da pena”, reconhecendo que “o que é relevante para a punibilidade não necessita ser também para a determinação da pena”. A “salvação” do direito penal como limite da pena, arrisca-se dizer, estaria na sua redução à dogmática e aos critérios de imputação, diferenciando-se e afastando-se da aplicação da punição.²⁸⁷

Para Hassemer, a diferença entre estes tipos de casos se dá tanto pela estrutura, quanto conteúdo, o que não representa que não haja uma relação ente si, já que a determinação de pena só virá da verificação da punibilidade ao caso. Acerca desta questão, ressalta o autor que:

A diferença se estende não só sobre a estrutura dos casos – um gira em torno da precisão, concisão e artificialidade, enquanto o outro gira em torno da plenitude e da proximidade à vida. Sua diferença estende também ao conteúdo dos casos. De modo algum ele supõe que o caso de determinação da pena representa apenas uma versão completa do caso de punibilidade. (...) Porém continua sendo correto que a decisão sobre a determinação da pena, e que sistematicamente uma pressupõe a outra (porque

²⁸⁵ TRECHO DA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA apud WAQUIM, 2011, p.93

²⁸⁶ Melhor análise será realizada no tópico 4.3, a exemplo da prestação de serviço à comunidade.

²⁸⁷ GIAMBERARDINO, Andre. **UM MODELO RESTAURATIVO DE CENSURA COMO LIMITE AO DISCURSO PUNITIVO**. 2014. 238 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, p. 189.

a determinação de uma pena somente é possível e conveniente na hipótese de punibilidade.²⁸⁸

Nas conclusões de Giamberardino, “a sentença seria apenas condenatória, reprobatória, reconhecendo a responsabilidade, mas sem pena: a questão sobre “o que fazer” a seguir delimitaria a fronteira entre a função da jurisdição e da mediação”. Aproxima-se, ao nosso entender, do posicionamento de Klaus Günther no tocante à desvinculação entre pena e culpa.

Para o supracitado autor alemão, a responsabilidade penal se caracteriza como reflexiva, tendo em vista que cabe à própria sentença *comunicar*, de forma suficiente, a imputação de responsabilidade, o que o faz concluir que a pena passa a não ter mais qualquer significado comunicativo²⁸⁹, permitindo que se abra “espaço para formas de reação alternativas, como acordos entre delinquente e vítima, indenização dos prejuízos, assistência social, ressocialização”²⁹⁰.

É de se perceber, portanto, que o processo de decisão se coloca como um dos momentos mais complicados, consoante aponta Pelikan, pois “permanece aberto a questão da relação entre a justiça restaurativa e o resultado do procedimento criminal, da relação da pena, por um lado, e a indemnização directa à vítima, por outro”²⁹¹.

No tocante à fase de execução de pena, verificou-se que há programas específicos para este momento, enquanto outros podem vir a ser utilizados, observando adequação quanto ao formato, por exemplo, a mediação penal. Diante disso, encara-se a dificuldade de se pensar o processo para fins exclusivamente satisfativos, mas tende a se voltar para um conteúdo orientado a potencializar a comunicação entre as partes, bem como vir a ser transformador, o que não é alcançado nos fins penais, notadamente, na pena privativa de liberdade.

Determinados processos restaurativos, também nesta fase, podem vir a proporcionar maior integração para os envolvidos, sem se confundir com as metas reeducativas e terapêuticas propostas pelo discurso da ressocialização.

Acerca da necessidade de se buscar uma maior integração entre cárcere, sociedade e ofensor, Alvino Sá, no tocante ao cumprimento da pena de prisão, propõe que se busque uma melhor *integração social*, compreendida como uma “forma de expansão do eu, ressignificação e de reconstrução de laços, de ressignificação (descoberta própria, via simbolização) de

²⁸⁸ HASSEMER, Winfried. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL**. Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 150-151.

²⁸⁹ GUNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução: Flavia Portella Püschel. In PÜSCHEL, Flavia. MACHADO, Marta. **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 20.

²⁹⁰ Ibidem, p. 21.

²⁹¹ PELIKAN, Christa, 2003, p. 76-77

responsabilidades e compromissos morais e éticos, enfim, numa palavra, de projetos consistentes de felicidade”²⁹², e tem no diálogo o elemento chave para guiar esta relação:

Diálogo é a saída que pode oferecer alguma esperança para a questão carcerária e, por consequência, uma saída a ser seriamente levada em conta para o enfrentamento da criminalidade e, hoje em dia, até mesmo para o grave problema das chamadas facções criminosas. Trata-se de empreitada difícil, mas que deve ser perseguida com esperança. Mesmo porque, experiências exitosas nesse sentido não faltam²⁹³.

Ademais, a Lei de Execuções Penais prevê como órgão da execução os Conselhos da Comunidade, cuja composição e atribuições estão previstas nos artigos 80 e 81²⁹⁴. Para fins de participação e incentivo ao envolvimento e empoderamento da comunidade, as determinações legais poderiam ser repensadas para prever uma nova composição e uma redefinição das atribuições, a fim de tornar mais inclusiva a relação do cárcere e comunidade, acrescentando membros mais próximos da comunidade e incentivando a presença das instituições universitárias. Isto não impede que estas instituições possam montar ou propor um programa que envolva os princípios e fins restaurativos, sendo exemplificados em capítulo anterior.

Assim, verifica-se ser possível pensar a inclusão da justiça restaurativa também em fase de execução, no entanto, podendo vir ou não a promover efeitos jurídicos, tendo em vista que a concepção de justiça restaurativa adotada e o alcance a ela dado, podem influenciar neste momento. Para fins de adoção de efeitos jurídicos em fase de execução, pode-se trabalhar com a viabilidade de redução da pena. Diante de nossa legislação, pode-se estudar a possibilidade do processo restaurativo surtir efeitos para alguns benefícios, para fins, por exemplo de progressão de regime e outros institutos e benefícios previstos em lei ao detento, especialmente

²⁹² SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia crítica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 324 Ressalta-se que o autor não faz referência à justiça restaurativa, mas a ideia de integração aparenta-se relevante para alguns processos.

²⁹³ Ibidem, p.370, ss. Sobre a experiência, o autor desenvolve uma proposta multidisciplinar com o Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade - GDUCC.

²⁹⁴ BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

diante da capacidade integrativa e comunicacional que o processo restaurativo pode proporcionar.

4.2.5 Caso Normativo: Violência Doméstica

A Resolução 225 do CNJ faz referência aos processos restaurativos em âmbito de violência doméstica, estendendo à possibilidade de se adotar, quando cabível, processos restaurativos nestes casos, quanto às atividades realizadas pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência. Pela leitura do artigo 24, temos que:

Art. 24 Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ 128/2011: §3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.

Associar a justiça restaurativa com a violência doméstica é um desafio para os estudiosos desta área, em razão, especialmente, do tema envolver questões externas que fogem do âmbito do Direito Penal, como o machismo, desigualdade de gênero, poder econômico, etc. Portanto, percebe-se que, independente da graduação prevista em lei, por mais leves que possam ser os delitos, quando observada sua cominação, deve-se abrir o debate também para o tipo de relação, considerando as consequências que uma intervenção restaurativa pode ocasionar.

Neste sentido, Kathleen Daly e Julie Stubbs identificam alguns possíveis problemas (riscos) e benefícios no tocante aos casos que envolvem crimes que se relacionem a questão de gênero, como a violência doméstica, ressaltando que “alguns problemas podem ser mais potenciais para alguns crimes e os potenciais benefícios serem mais prováveis para outros”²⁹⁵.

Dentre os *problemas potenciais*, Daly e Stubbs apontam para: a) **segurança da vítima**, tendo em vista o processo ser informal e o risco de promover a continuidade de violência; b) **manipulação do processo pelos ofensores**, seja diminuindo a culpa, trivializando a violência ou até, culpabilizando a vítima; c) **pressão sobre as vítimas**: levando-as a aceitar um acordo, sem vontade, mas sob pressão familiar ou da comunidade, quando na verdade preferissem uma

²⁹⁵ Cf. DALY, Kathleen. STUBBS, Julie. **Feminist engagement with restorative justice**. Disponível em <http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/12062/kdaly_part2_paper10.pdf?sequence=1> Acesso: 16 jul 2016, p. 8. No original, trecho completo “Feminist analysts face dilemmas in addressing the appropriateness of RJ for partner, sexual, and family violence. Many desire a less stigmatizing and less punitive response to crime in general, but we are not sure that RJ, as currently practiced, is capable of responding effectively to these offences (see, e.g. contributors to Strang and Braithwaite, 2002). The potential problems and benefits of RJ for such offences are highlighted below; bear in mind that **some problems may be more acute for some offences, and potential benefits, more likely for others.**” (trecho traduzido)

resposta estatal; d) **papel desenvolvido pela comunidade**, podem influenciar reforçando o machismo e a culpabilizando a vítima; e) **mistura de lealdades**: familiares e pessoas próximas podem, ao terem que dividir lealdades, contribuir com a ampliação da violência; f) **impacto sobre os ofensores**: ressaltam que pode ser pouco ou nenhum; g) **implicações simbólicas**: o processo restaurativo, consideram as autoras, pode ser compreendido pelo ofensor como uma forma suave, de modo que este possa vir a encarar que sua ação pode não ser errada, e até justificada.²⁹⁶

No tocante aos potenciais *benefícios* da justiça restaurativa, Daly e Stubbs resumem em: a) **participação e voz ativa da vítima**; b) **validação da vítima** e a **responsabilidade do ofensor**; c) **envolvimento comunicativo e flexível**, d) **reparação do relacionamento**, considerando de ele caso for um dos objetivos.²⁹⁷

Ademais, um estudo sobre o uso desta abordagem nos casos de violência doméstica, baseado na experiência de seis países, em especial pelo programa de mediação vítima-ofensor resultou em um relatório comparativo dos dados²⁹⁸ fornecem alguns dados importantes sobre os casos envolvendo este tipo de violência.

Com base nas críticas e percepção dos benefícios, os autores do Relatório elaborado do estudo propuseram algumas condições para o encaminhamento de casos envolvendo violência doméstica para processos restaurativos, como a garantia da Voluntariedade e Segurança da Vítima. Enfatizam a importância de ser feita uma triagem adequada dos casos, para decidir quando e se é seguro facilitar o encontro, deixando a opção de saída do processo quando se tornar inviável. Além disso, orientam pela necessidade de investir em um bom treinamento dos mediadores.²⁹⁹

Sobre o assunto, Cláudia Cruz Santos entende que é preciso encarar a questão a partir de três ideias:

Há que vincar, portanto, três ideais principais: nem sempre as práticas restaurativas serão possíveis no âmbito da violência doméstica (nomeadamente quando algum dos intervenientes no conflito estiver numa situação de fragilidade inultrapassável e/ou quando o conflito estiver de tal modo solidificado que se tornou estrutural e não já incidental); ou, sendo possíveis, não deverão existir por não serem desejadas; e mesmo quando possíveis e desejadas, não têm de excluir sempre algum funcionamento da justiça penal.³⁰⁰

²⁹⁶ Ibidem, p.8

²⁹⁷ Ibidem, p. 9

²⁹⁸ Cf. DROST, Lisane et al. **Restorative Justice in Cases of Domestic Violence, Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs** (JUST/2013/JPEN/AG/5487). January 2015. Disponível em: <http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/02/150216_7388_RJ_Comparative_rep_WS1_final_AW.pdf> 7

²⁹⁹ Ibidem, p.14

³⁰⁰ SANTOS, Cláudia; 2014, p. 747

De igual modo, importante trazer a reflexão de Jaccoud no tocante a casos graves, envolvendo violência, por exemplo:

(...) Estes especialistas acrescentam que os casos graves submetidos aos processos restaurativos não são de mecanismos desjudicializados. Realmente, os casos sérios encaminhados aos processos restaurativos normalmente são judiciais; a justiça restaurativa intervém então como complemento ao modelo retributivo e não como uma alternativa.³⁰¹

Do exposto, percebe-se que, embora se reconheça que nem todos os casos criminais podem ser desjudicializados, isto não impede que a justiça restaurativa possa vir a ser parte de um processo, atuando de forma paralela ao sistema de justiça criminal. Trata-se de uma possibilidade, e não obrigatoriedade, o que reflete as posições de que o caso restaurativo tem que ser visto caso a caso. Diante de seu potencial comunicativo, e da promoção do empoderamento, o acesso a um procedimento restaurativo, realizado de forma cautelar e observando direitos fundamentais, pode permitir efeitos positivos às partes que nem sempre os encontra na justiça tradicional, quando os comportamentos e as respostas são pré-determinadas.

A mediação penal³⁰², os círculos³⁰³ e as conferências³⁰⁴ são, segundo informa Pallamolla, possíveis de serem utilizadas em várias fases do processo. Levando em conta a adequação necessária e possível a cada caso (como a opção pela mediação indireta), vê-se que o procedimento restaurativo pode oferecer benefícios às partes, em especial à vítima, notadamente no tocante ao acolhimento e valorização pessoal.

Os serviços de apoio à vítima, consoante tratado por Walgrave, poderiam ser levado em conta e associado com os mecanismos de auxílio à vítima previstos na Lei Maria da Penha. A preocupação de envolvimento, não apenas em casos de violência doméstica, mas com conflitos de criminalidade grave, deve ser orientada para que sejam tratados de uma forma ainda mais cautelosa, tanto para benefício e segurança da vítima, quanto para evitar que o ofensor seja duplamente punido, tendo em vista que o processo restaurativo, para casos assim, poderia ser encarado como uma ferramenta a mais para incrementar o sistema, sob a justificativa de o estar melhorando com o incremento de um formato mais suave.

³⁰¹ JACCOUD, 2005, p. 175.

³⁰² PALLAMOLLA, 2009, p. 117.

³⁰³ Ibidem p. 119-120.

³⁰⁴ Ibidem, 121-122.

4.3 POLÍTICA CRIMINAL DE ALTERNATIVAS PENAIS – PORTARIA 495 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

O Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016 instituiu a Política Nacional de Alternativas Penais, a qual objetiva-se “desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento do encarceramento em massa e à ampliação da aplicação de alternativas penais à prisão, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade”³⁰⁵.

Igualmente, CNJ e o Ministério da Justiça divulgaram um documento que conta com orientações para o enfrentamento do superencarceramento no Brasil, sob título de “Postulados, Princípios e Diretrizes Para a Política de Alternativas Penais”. Referido documento faz parte de um projeto firmado entre o Poder Executivo e Poder Judiciário para a construção de políticas penais³⁰⁶. Este documento foi elaborado com a presença de profissionais de várias áreas, em um Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 395/2015³⁰⁷ e busca conceituar e apresentar princípios e diretrizes para uma Política de Alternativas Penais.

Conforme os autores do documento referido acima, são três os Postulares que baseiam os princípios e diretrizes propostos. O primeiro postulado é o da “Intervenção Penal Mínima, desencarceradora e restaurativa”, o qual pode ser realizada em dois níveis. Segundo ressaltam, no primeiro nível, tem-se que é “preciso viabilizar modificações legislativas capazes de descriminalizar condutas que podem e devem ser resolvidas por outras formas de controle social formal ou informal.”, enquanto em um segundo momento é preciso considerar “a necessidade da mínima intervenção penal, que se garanta a liberdade das pessoas e o desencarceramento via mecanismos alternativos com enfoques restaurativos.”³⁰⁸

Deste modo, aponta como possíveis modalidades de alternativas penais, no âmbito da política, aquelas que podem: 1) atuar como suspensão do processo ou substitutiva de uma pena de prisão: como as penas restritivas de direitos; transação penal e suspensão condicional do processo; suspensão condicional da pena privativa de liberdade, 2) as que podem vir em momento anterior ao processo e evitar a instauração de um processo penal: como conciliação,

³⁰⁵ BRASIL, 2016b. Art 1º, caput.

³⁰⁶ Cf. BRASIL, 2016c, p.5

³⁰⁷ Segundo o documento, o grupo é formado por “representantes do CNJ, membros do sistema de justiça, representantes da sociedade civil, técnicos envolvidos com a política em âmbito local, professores e outros especialistas, mediante a Portaria nº 395, de 3 de novembro de 2015, do Departamento Penitenciário Nacional”. Ibidem, p.6

³⁰⁸ Ibidem, p. 17

mediação e técnicas de justiça restaurativa, 3) as medidas que substituem a pena provisória: como medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência.³⁰⁹

A justiça restaurativa, de acordo com as orientações do Grupo, apresenta-se não apenas como uma alternativa penal, como também influencia na proposta de intervenção mínima, ao se considerar que deve ter um “enfoque restaurativo” e “desencarcerador”.

Disto resulta que todas as alternativas politicamente previstas, ainda que não sejam parte dos processos eminentemente restaurativos, devem levar esta adjetivação em sua finalidade. Guia-se, portanto, não apenas para que haja intervenção mínima, mas que seja voltada para a restauração.

Consoante expressa o documento elaborado pelo Grupo, a justiça restaurativa e a mediação penal³¹⁰ são institutos acolhidos “(...) às alternativas penais de maneira transversal como métodos capazes de alterar um vício estrutural do processo penal, o de se apropriar dos conflitos desconsiderando os interesses e as necessidades reais e legítimas das pessoas neles envolvidas”³¹¹. Apesar de ser trabalhada em um contexto dentro do sistema de justiça criminal, dentro do âmbito da política proposta, referidos especialistas reconhecem sua importância e valorização em ser realizada *preferencialmente* fora do sistema penal, o que reforça a possibilidade de justiça restaurativa não apenas interna, mas externa. Sobre o tema, dissertam que:

É importante destacar que a maior parte dos problemas sociais, com destaque principalmente aos que são tipificados criminalmente, se resolvem fora de qualquer instância penal. **As práticas de mediação de conflitos ou justiça restaurativa desenvolvidas fora do sistema penal, não serão consideradas dentro do escopo desta política em função do seu caráter extrapenal, mas indicam que os conflitos sociais podem e devem se resolver fora de qualquer instância criminal, em soluções estabelecidas entre os envolvidos.** Portanto, programas com esta natureza devem ser fomentados por instâncias de governo, pelo sistema de justiça não punitivo ou organizações da sociedade civil para fazer conter o controle penal.”³¹² (**grifos nossos**)

Assim, dentre os princípios derivados do primeiro postulado, podem ser destacados “resposta não contingente”, “prevenção social”, “subsidiariedade”, “intervenção penal mínima”, “proporcionalidade”, “individualização”, “horizontalidade e autocomposição”, “normalidade”,

³⁰⁹ Ibidem, p. 18

³¹⁰ O postulado separa justiça restaurativa e mediação penal, mas faremos a interpretação de que a mediação penal seja colocada enquanto um tipo de prática restaurativa. Neste sentido, a justiça restaurativa seria o gênero, a qual comporta outras práticas.

³¹¹ Ibidem, p. 18.

³¹² Ibidem, p. 19.

“primado da vítima”, “instrumentalidade e simplicidade dos atos e das formas”, “limites do poder discricionário”, dentre outros³¹³.

O segundo Postulado é o da “Dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas em alternativas penais”, no qual se busca agregar novos paradigmas em face daqueles que se orientam pelo aprisionamento³¹⁴. De acordo com o determinado pelo Grupo,

Às alternativas penais deve-se agregar novos paradigmas, radicalmente opostos àqueles colados ao aprisionamento, sobretudo garantindo o protagonismo e responsabilização das pessoas envolvidas, a reparação de danos quando possível e a restauração das relações quando desejável pelas partes, de forma que a adequação da pena ou medida e o cumprimento da mesma se traduzam na real resolatividade do conflito para as pessoas envolvidas no caso trazido à esfera penal. **Para que tais objetivos sejam possíveis, importante se torna a inserção da mediação e do enfoque restaurativo no escopo da política de alternativas penais.**³¹⁵ (grifos nossos)

Nota-se a previsão por uma virada de pensamento para encarar as alternativas penais com base em um paradigma que preserve a dignidade das pessoas, não apenas aos autores, mas também as vítimas, haja vista que se preza o protagonismo dos envolvidos, bem como busca incentivar a “autonomia, consensualidade e voluntariedade neste campo”³¹⁶. Trata-se de um postulado que se constrói com princípios e valores restaurativos, em especial o empoderamento, valorização das partes, oferecimento de voz ativa, e a satisfação de suas necessidades.

Do referido postulado, derivam alguns princípios, como o da dignidade e liberdade, o princípio do respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades, princípio do respeito à equidade e promoção das diversidades, da autonomia, consensualidade e voluntariedade, da responsabilização, dentre outros.³¹⁷

Por fim, o terceiro postulado refere-se à “Ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento”. Há um reconhecimento de que os agentes e instituições necessitam se interrelacionar, criando espaços para que as alternativas sejam colocadas em diversos âmbitos e não se concentrem em um único lugar, ou momento.

Sobre este postulado, afirma-se que:

É fundamental ter como horizonte que para a aplicação de uma alternativa penal junto ao sistema de justiça não se deve ater apenas ao tipo penal a ser determinado, mas sobretudo aos conflitos ou violências trazidos a juízo, buscando efetivamente entender o contexto social dos sujeitos envolvidos, as demandas por eles apresentadas, as intervenções aptas a fazer romper ciclos de conflitos e violências, bem como restaurando as relações quando haja sentido para as partes. Para tanto, o sistema de

³¹³ Ibidem, 27-30.

³¹⁴ Ibidem, p. 22.

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Ibidem, 30-31.

justiça deve ter, junto a esta estrutura de execução das alternativas penais, um suporte adequado para que as decisões ali tomadas com as partes envolvidas possam ser acolhidas e devidamente efetivadas.³¹⁸

Deste fragmento, importante notar a preocupação não apenas como a violação da norma, mas quando se leva em conta, também, a dimensão privada do conflito, de modo que as ações voltadas para lidar com as alternativas penais, requerem que todo o sistema seja estruturado para cumprir com esta política, de forma efetiva. Dos princípios referentes a este postulado, destaca-se o da interatividade ou participação social, o qual:

(...) preza pela garantia da participação social não somente na fase da execução das penas ou medidas a partir do acolhimento das pessoas para o cumprimento em instituições da sociedade civil e inclusão em programas assistenciais e comunitários, mas também de forma estruturante desde a concepção da política penal alternativa e avaliação, como mecanismo de controle social. Esta participação, primordialmente com caráter deliberativo, deve ser garantida em instâncias como conselhos, comitês, comissões, grupos de trabalhos e outras estruturas.³¹⁹

De todo o exposto, a Política Nacional de Alternativas Penais abre uma oportunidade de que as alternativas penais possam ser repensadas por um novo paradigma, no qual a justiça restaurativa encontra-se em destaque, razão pela qual as finalidades da Política Criminal se resumem em:

Art. 3º - São finalidades da Política Nacional de Alternativas Penais:
 I - o incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução de conflitos;
 II - a dignidade, a autonomia e a liberdade das partes envolvidas nos conflitos;
 III - a responsabilização da pessoa submetida à alternativa penal, e a manutenção de seu vínculo com a comunidade, garantindo seus direitos individuais e sociais;
 IV - o fomento a mecanismos horizontalizados e autocompositivos, a partir de soluções participativas e ajustadas às realidades das partes envolvidas; e
 V - a restauração das relações sociais e a promoção da cultura de paz.
 Parágrafo único - As ações, projetos e estratégias desenvolvidas no âmbito da Política Nacional de Alternativas Penais privilegiarão os saberes interdisciplinares e conhecimentos específicos, bem como a ação integrada entre os diferentes órgãos envolvidos.

Somado ao tema, sobre a importância de princípios para a política criminal, Selma Santana traz o pensamento de Sergio Moccia, o qual sustenta que “(...) um sistema de Direito Penal, orientado axiologicamente por princípios de Política Criminal, tende a converter-se em uma construção dogmática próxima da realidade, caracterizada pela ordem conceitual e pela clareza.”³²⁰ Assim, a autora rejeita o pensamento típico que se encontra presente na Ciência Penal, e encara a necessidade de se pensar em um “sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema, ou force a sua modificação.”³²¹

³¹⁸ Ibidem, p. 23.

³¹⁹ Ibidem, p. 38

³²⁰ SANTANA, 2010, p. 144.

³²¹ Ibidem, p. 143

Deste modo, a política criminal em questão, que se mostra alternativa e voltada para novos paradigmas, pode representar importantes transformações, especialmente institucionalmente.

As penas restritivas de direito, como visto em primeiro capítulo, recebem severas críticas por serem aplicadas levando em conta o paradigma punitivista, de modo que não exerce profundas transformações no sistema penal, em especial no carcerário. Ao mesmo tempo que abre uma porta para a alternatividade, o sistema se amplia de outras maneiras, criando formas de impedir que os benefícios anteriormente criados sejam efetivamente utilizados e tenham relevância.

Ao serem tomadas por um enfoque restaurativo, estas penas tendem a significar novos rumos para a resposta punitiva, consoante sustentam os profissionais que elaboraram os princípios e diretrizes para a política criminal alterativa. Embora de forma polêmica na literatura restaurativa, o serviço comunitário, como visto, pode ter um direcionamento voltado para a reparação, preservando a participação, envolvimento e tomada decisão de forma coletiva e baseada nas necessidades de cada parte.

De forma próxima, nossa legislação traz a pena de prestação de serviços à comunidade, a qual, segundo Pavarini e Giamberardino não se apresenta, enquanto uma medida alternativa ao cárcere:

*A justiça restaurativa pode incluir – como já inclui em muitos ordenamentos – também o tema do trabalho na forma do “trabalho de utilidade pública”, o qual poderia encontrar no Brasil o seu mais similar correspondente na pena restritiva de direitos de “prestação de serviços à comunidade” (art. 46, CP), se esta fosse produto de uma mediação com a participação ativa da comunidade local e não uma concessão judicial, se tivesse um maior alcance e não os limites postos pelos incisos do art. 44 do Código Penal, se efetivamente funcionasse, enfim, como alternativa ao cárcere.*³²²

O que se percebe pelo trecho acima, somados aos dados que demonstram que as penas restritivas não estão sendo adotadas efetivamente como alternativa, é que a pena de prestação de serviço, tal como aplicada atualmente, mostra-se, ainda, primordialmente orientada para fins negativos.

Assim, com base nos postulados apresentados pela Política Nacional de Alternativas Penais, as penas restritivas de direitos podem vir a ser valorativamente influenciadas por uma lógica restaurativa, notadamente a pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, CP).

³²² PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 261.

Deste modo, a pena de prestação de serviços à comunidade, embora imposta por uma autoridade judicial, e aqui aproximando-se da perspectiva maximalista, poder ser construída, diante das mudanças propostas politico-criminalmente em tela, levando-se em conta o interesse das partes, dando a oportunidade delas produzirem seu conteúdo a partir da sanção determinada, permitindo-se uma maior abertura ao diálogo, de modo a levar em conta a participação, envolvimento, reparação, entre outros elementos que derivem a restauração.

Sob leitura maximalista, a pena de prestação pecuniária poderia ser utilizada enquanto uma sanção **orientada à restauração**³²³, e aqui pode-se abrir para a possibilidade de oferecer à vítima a oportunidade de expor suas necessidades, sendo construída também a solução com o ofensor, permitindo-o a participar de forma mais ativa, criando um processo mais plural. Nesta perspectiva, o procedimento decisório, embora coercitivo no tocante à determinação da pena, abriria margem para a possibilidade de uma resposta construída de forma não diretiva quanto ao seu conteúdo, envolvendo elementos restaurativos como participação, reparação e inclusão.

A orientação do sistema de justiça criminal por meio de princípios político-criminais pode exercer importantes transformação não apenas no momento de punibilidade, mas em todo o processo. Deste modo,

Pela dignidade das pessoas em alternativas penais, princípio constitucional fundamental, destaca-se a defesa do protagonismo das mesmas no processo como sujeitos ativos e capazes, ouvidas em suas reais necessidades e demandas para a promoção da equidade, considerando as suas vulnerabilidades sociais e a necessidade da promoção do acesso aos direitos fundamentais, em instâncias e procedimentos não condicionados pelas relações hierárquicas e de poder próprios ao sistema de justiça. É preciso garantir a autonomia, a consensualidade e a voluntariedade das pessoas no contexto da ação penal, uma vez que somente com esta postura será possível construir soluções adequadas e não violentas para os problemas e conflitos trazidos às instâncias das alternativas penais.³²⁴

Diante do exposto, percebe-se que os documentos de Polícia Nacional da Justiça Restaurativa e da Política Nacional de Alternativas Penais, em análise conjunta, podem ser bons instrumentos para ampliar o alcance da justiça restaurativa, capazes de incentivarem a alterações substanciais na legislação e dogmática-jurídica.

³²³ Cf. JACCOUD, 2005, p.173. “(...) um sistema de justiça estatal que mude para valorizar a reparação dos danos causados à vítima convidando o ofensor a contribuir com isto em detrimento da pena. Este sistema não é mais retributivo, mas sim restaurativo. Mesmo se o nível de constrangimento for elevado e mesmo se, subjetivamente, o ofensor possa vivenciar a imposição de uma sanção objetivando a correção do dano como punição. (...)”

³²⁴ BRASIL, 2016c, p. 22

4.4 GARANTIAS E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Um dos pontos mais criticados da justiça restaurativa está na sua incompatibilidade com o modelo de intervenção penal moderna, em especial quanto ao desrespeito com as garantias e direitos do acusado. Daí que Leonardo Sica reconhece a dificuldade em construir a mediação desde a dogmática penal, “uma vez que se trata de conceito erigido, precipuamente, a partir de um marco político-criminal” e ressalva que “a singularidade de cada contexto institucional, social e cultural indicará quais os caminhos pelos quais a mediação pode encontrar-se e firmar-se.”³²⁵

Ampliando o posicionamento de Sica para toda a justiça restaurativa, e não apenas a mediação, percebe-se difícil a total compatibilização do modelo restaurativo junto ao modelo punitivo tradicional, haja vista que suas bases são pensadas a partir de outros fundamentos. Neste sentido, Walgrave orienta que:

É difícil transferir, sem modificações, os princípios deontológicos de uma justiça criminal punitiva para um sistema de justiça restaurativa. A justiça restaurativa está baseada em um diferente paradigma, inspirada claramente numa distinta filosofia, conceitua os elementos do crime de forma diferente, busca diferentes objetivos, envolve outros atores, usa diferentes significados e opera em um contexto jurídico e social diferente.³²⁶

É preciso reconhecer que a justiça restaurativa se orienta por valores e princípios próprios, os quais servem para garantir que sua abordagem, embora seja diferente da punitiva tradicional, preserve os direitos de todos os envolvidos, respeitando os direitos fundamentais e as regras do Estado Democrático de Direito.

A Resolução 225 do CNJ traz, em seu artigo 2º, alguns princípios e disposições sobre o tratamento em âmbito restaurativo:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

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

§ 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

³²⁵ SICA, 2007, p. 159.

³²⁶ WALGRAVE, 2008, p. 155.

§ 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento.

§ 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

Percebe-se, em primeiro lugar, que é um sistema de regras e princípios que buscam garantir e proteger os direitos dos envolvidos. Em segundo lugar, não se busca excluir os princípios garantistas, pois, quando ligados ao sistema penal, permanecem em um campo próprio, de modo a serem guiados em seu intuito de limitar o poder punitivo do Estado orientado por uma lógica penal aflagrada. Não significa, ainda, que a justiça restaurativa não haja intervenção estatal, nem necessite de limites.

Ferrajoli entende que, garantismo, enquanto um modelo normativo, “sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão”.³²⁷ Deste modo, a justiça restaurativa não se aparenta como uma justiça que busca maximalizar violência e minimizar a liberdade, mas o contrário, preserva e se orienta de forma contrária à hierarquização da lógica punitiva aflagrada, que tem a prisão como seu instrumento privilegiado e que por isso merece uma atenção mais rígida.

Consoante reconhece Achutti, seria um retrocesso abrir mão dos direitos e garantias individuais previstos em nossa Constituição, construídos especialmente no período Moderno. Nas palavras do autor brasileiro,

(...) tal reconhecimento deve ser pautado por uma postura crítica, que reconhece também a limitação do seu alcance: deve-se buscar, antes de tudo, que os princípios limitadores do poder punitivo ganhem vida, e deixem de figurar como meras estruturas legais burocráticas que legitimam a democracia por meio de sua mera existência formal, e não pela sua eficácia.³²⁸

Ao prever que os assuntos tratando em âmbito restaurativo não farão parte do processo tradicional, preserva-se o princípio da inocência, em caso de retorno ou até mesmo de celebração de acordo, haja vista o reconhecimento dos fatos essenciais como verdadeiros não deve implicar “admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial”.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 684

³²⁸ ACHUTTI, Daniel, 2014, p. 257-258.

No tocante ao princípio da legalidade, imperioso o ensinamento de Sica quanto a reconhecer que, os objetos da justiça restaurativa e do Direito Penal não se confundem, o que permite pensar que a busca pela limitação e restrição do poder punitivo não pode ser encarada da mesma maneira, de modo que a mudança de objeto “relativiza o princípio da legalidade, apenas e tão somente no que se refere à sua concepção como mandato imperativo para imposição de pena. Na sua vertente limitadora, evidentemente, o princípio permanece intocado”³²⁹.

Por outro lado, princípios como a voluntariedade, participação, empoderamento, consensualidade são próprios da justiça restaurativa, não podendo ser comparados, de forma literal, com os princípios penais.

Assim, Walgrave aponta que tanto a justiça restaurativa, quanto o sistema de justiça criminal “censuram a norma (violada) transgredida, consideram o ofensor responsável por seu comportamento e buscam restaurar, de forma equilibrada”³³⁰, de modo que é possível perceber que as orientações de cada um trarão modificações no tipo de intervenção.

Pensar a justiça restaurativa com bases essencialmente do modelo punitivo tradicional tende a construí-la em uma estrutura sustentada por um paradigma sem poder de inovação ou de criatividade. O esforço que se percebe ao tentar vincular o sistema de justiça brasileiro com as regras da justiça restaurativa é que a harmonização proposta afetará, em alguns momentos o alcance restaurativo, e, em outros, as regras impostas pelo modelo penal. A opção de escolha está na orientação que se planeja seguir, se mais voltada para a valorização dos benefícios da justiça horizontal ou se mais voltada para os benefícios da justiça vertical³³¹.

No tocante às propostas de integração ao sistema de justiça criminal estudadas no capítulo terceiro, algumas consequências se mostram possíveis. A primeira é a colocação da justiça restaurativa à margem do sistema, atuando quando não representar riscos para a alteração dele. A segunda postura é a inversão³³², de modo que a justiça restaurativa passe a ter mais destaque e preferência, modificando estruturalmente a lógica de resposta ao crime. E uma terceira pode ser compreendida como intermediária, em que haja uma maior interação entre os sistemas.

³²⁹ SICA, 2007, cit, p. 181.

³³⁰ WALGRAVE, Lode, 2008, p. 156. Importante trazer as palavras do autor: “Both the blame for the harmful norm transgression and the responsibility of the ofender refer to an event and to behaviour in the past, and therefore offer a controllable yardstick for the intervention in the presente.”, *ibidem*.

³³¹ CHRISTIE, Nils, Una sensata cantidad de delito. Tracudio por Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Editores del Puerto, 2004, p. 113-116

³³² No entanto, importante destacar que esta possibilidade está mais próxima da teoria proposta por Walgrave e alguns maximalistas.

Deste modo, requer assumir aqui que nossa intenção maior foi demonstrar as viabilidades (e variabilidades) da justiça restaurativa, dando ênfase em como ela pode ser observada em nosso ordenamento sob esta gama de possibilidades.

Além das questões culturais e sociais, bem como as orientações criminológicas³³³ que podem vir a fazer diferença no local de cada implementação, a forma como conceber o próprio direito penal, suas funções e finalidades importam em maior ou menor grau quanto a sua abrangência ao sistema. Por esta razão, entende-se que, ao tratar de justiça restaurativa, o que está em jogo não é apenas a vontade de mudar, mas saber o que se entende por esta mudança e até quando se pretende fazê-la.

³³³ Ver comentário de Saulo de Carvalho em apresentação da obra de ACHUTTI, 2014, p. 17-28

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pelo novo provoca uma série de desafios que, muitas vezes, não são percebidos e acabam prejudicando ou atrapalhando esta jornada. No Direito Penal esta busca é ainda mais desafiadora, haja vista alguns obstáculos estarem mais incrustados nas estruturas do sistema e na maneira dele ser pensado.

O sistema de justiça criminal brasileiro atua voltado para a punição, tanto com o seu papel institucional, desempenhado pelos agentes formais, como com aquele desenvolvido pelas agências informais, as quais possuem discursos e demandas cada vez mais punitivas e que fortalecem nas ações dos agentes diretamente responsáveis pelo controle do poder punitivo, de modo que a auto-gestão do sistema punitivo é realizada de forma integradora e simbólica.

A lógica dominante do sistema de justiça criminal tende a dificultar, mas nem sempre impede, que mudanças sejam propostas ou realizadas. Foi constatado que o reconhecimento dos efeitos degradantes do sistema carcerário orienta para que algumas medidas sejam tomadas visando diminuir sua utilização, e daí o sistema de justiça se movimenta para seguir vias visando o afastamento da punição. Todavia, a manutenção de um paradigma voltada para o castigo impede que, na maioria das vezes, estes desvios tenham seus propósitos efetivamente alcançados.

Percebeu-se ainda que, a relação entre punição e controle social não significa uma mera dicotomia entre bem e mal, de modo que a história demonstra que a maneira como os conflitos se resolvem, também em âmbito penal, se dá através de uma relação não linear, razão pela qual não há um domínio absoluto no formato de punir e responder ao crime.

Neste contexto, a justiça restaurativa surge enquanto um novo paradigma no tocante à questão penal, mas vem se colocando, ao longo dos anos, como um termo que nem sempre remete ao mesmo conteúdo para os seus defensores. Resolvemos realizar um estudo das diversas posições e modelos de enxergar a justiça restaurativa, através da análise da literatura, para observar que a diversidade se encontra em diversos formatos no tocante ao tema, seja de ordem teórica, quanto prática.

Não há uma forma universal de se referir à justiça restaurativa, o que resulta em discursos distintos e maneiras diferentes de avaliar as experiências, de modo que, a depender da forma com a qual se conceba a justiça restaurativa, pode um processo ou uma prática não vir a ser considerado enquanto tal. Daí se vê a importância dada aos princípios e valores, haja vista

que, ao serem privilegiados, ignorados ou flexibilizados, podem variar de forma exponencial o significado da justiça restaurativa.

Tradicionalmente construída em oposição à justiça retributiva, atualmente pode vir a ser pensada com fins próprios ou, para pequena parcela, utilizando-se inclusive os fins penais. Isto mostra que as alterações ao longo dos anos influenciaram para que justiça restaurativa não fosse pensada numa estrutura uniforme, mas que se abre cada vez mais para interagir com o sistema de justiça criminal, o que pode gerar efeitos diversos, como ampliação de seu alcance para ser útil em situações que comportem a abordagem restaurativa como uma resposta mais diferenciada, bem como também pode ser cooptada pela lógica punitiva e sua instrumentalização.

De um modo geral, a justiça restaurativa tem como um dos centros o atendimento das necessidades dos envolvidos num crime, notadamente com reparação do dano. Todavia, abre espaço também, para pensar as finalidades, ora primárias, ora secundárias, aquelas ligadas à responsabilização do ofensor, à reintegração deste, à valorização da comunidade, de modo que a variação quanto a estas finalidades se dá não apenas quanto à definição escolhida, como os valores selecionados enquanto mais importantes para a determinação do que é justiça restaurativa, seu processo e resultado.

Desta constatação resulta a análise de alguns exemplos de prática restaurativa, no qual fora observado que as tradicionais práticas (também chamadas de técnicas) deixaram de se concentrar essencialmente na mediação penal, círculos restaurativos e conferências; e passaram a ser ampliadas, seja por propostas de interlocução maior com o sistema, seja por necessidade de adequação para uma determinada localidade.

Da análise destes modelos de práticas, percebeu-se que, essencialmente os programas guiam-se por variados elementos caracterizadores, com ênfase na participação, no envolvimento ativo dos interessados, no empoderamento das partes, etc. No entanto, o grau de cada um pode ser maior ou menor. Além disso, podem ser realizadas em diversas fases processuais, algumas compreendendo todas as fases com a mesma técnica, outros específicas para um determinado momento.

Da análise mais individualizada de alguns elementos, percebeu-se que a justiça restaurativa pode ter um amplo grau de variação em si mesma. Deste modo, levamos em consideração o local, o momento ou a fase de aplicação, os possíveis efeitos jurídicos, a participação e envolvimento das partes, a voluntariedade e coerção e os tipos de resultados possíveis e, partiu-se para observação destes aspectos no ordenamento jurídico, com foco na Justiça de Adultos.

A ausência de institucionalização não impediu que experiências com o formato de justiça restaurativas aparecessem em nosso país. Desde modelos escolares, até a incorporação ao próprio Judiciário, posturas individualizadas de determinados profissionais foram criadas sob o rótulo de restaurativas. Ao longo dos anos, algumas instituições desenvolveram marcos normativos próprios para tentar regulamentar o tema, surgindo Resoluções e Portarias de Estados que serviram para nortear a atividade no Estado, mas da leitura destes documentos percebe-se lacunas e distanciamentos entre algumas delas, seja nas propostas de implementação, quanto no procedimento, e definições.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha optado em exercer o poder punitivo construído em torno da sanção penal aflitiva, notadamente a privativa de liberdade (que faz parte de praticamente todos os tipos penais), não está afastado da lógica restaurativa, em especial quando se percebe das disposições constitucionais sobre a opção pela solução pacífica de resolver as controvérsias, a solidariedade, o princípio do acesso à justiça e a abertura para um modelo de justiça voltado para a resolução de seus conflitos de forma consensual, com procedimento menos burocrático, em especial, nos casos de autocomposição dos Juizados Especiais.

Assim, concluiu-se que é possível ampliar, em parte, o uso da justiça restaurativa para casos de maior lesividade, seja através de inovação legal, quanto por meio de atuações individualizadas do magistrado, quando propício o caso for. No tocante a este ponto, a justiça restaurativa não aparenta regras lógicas para um encaminhamento, de modo que a tendência é que determinadas situações venham a ser analisados “caso a caso”, tendo em vista que os critérios de gravidade, consoante previstos na legislação, nem sempre serão suficientes para impedir ou permitir um caso a ser recomendavelmente tratado em âmbito restaurativo.

A Resolução 225 do CNJ, juntamente com a Portaria 495/2016 do Ministério da Justiça, e todas as orientações político criminais de alternativas penais com foco restaurativo se mostram como fortes políticas para se construir uma lógica restaurativa em nosso ordenamento jurídico, ainda que localmente. Alguns elementos distintivos foram verificados, demonstrando que a nossa lei e os atos normativos em análise podem prever, ainda que não de forma total, a diversidade presente na literatura.

Nosso trabalho não teve como fim o de eleger uma maneira, mas sim, de apresentar as diversas maneiras de compreender a justiça restaurativa, de modo que, da mesma forma, não buscamos dizer qual a melhor opção para o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, que ele comporta mais de uma, portando alcançamos a meta inicial de detalhar a diversidade e a variabilidade em nosso sistema.

Diante de um termo que tem se tornado lugar comum nos discursos acadêmicos e políticos, apresentar a justiça a partir de sua diversidade parece ser importante para o momento atual, em especial pela busca e desenvolvimento em âmbito judicial. Portanto, permite-se que se conheça mais esta nova justiça, os benefícios de cada tipo de formato proposto, bem como seus potenciais riscos.

Embora esteja cada vez mais se aproximando do sistema de justiça criminal e do próprio Direito Penal, a justiça restaurativa diferencia-se, essencialmente pela valorização da subjetividade nos processos, enquanto o sistema de justiça criminal se constrói pela valorização da normatividade. Deste modo, enquanto um se coloca mais no plano da “realidade”, ao se permitir abrir para respostas mais plurais, o outro se constrói em um plano normativo, mais concentrador.

Reconheceu-se que a variabilidade pode interferir por diversos fatores, que não apenas eminentemente jurídicos e tendem a influenciar significativamente na concepção, alcance e formato da proposta restaurativa, de modo que este trabalho realizou seu objetivo principal, de demonstrar que há diversidade de concepções de justiça restaurativa e que esta diversidade, embora não de forma completa, pôde ser encontrada.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014
- ÁLVAREZ, Gladys Stella, **La Mediación y el Acceso a Justicia**, ed. Rubinzal – Culzoni, Rosario, 2003.
- ALVAREZ, Marco Cesar. Punição, Sociedade e História: algumas reflexões. **MÉTIS**: história & cultura – v. 6, n. 11, p. 93-105, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/826/583>> Acesso em: 10 jul 2016 _____ . Poder, punição e resistência. **O legado de Foucault**. Unesp: 2006
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A SOBERANIA PATRIARCAL: O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER. Revista Sequência, nº 50, p. 71-102, jul. 2005, p. 76-78.
- ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da. A legitimação do Direito em Habermas. **DIKÉ Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Ano VIII – Anual, Editus, 2006
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O Paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005
- _____. Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000
- BAHIA. **Resolução 8/2010** <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/rejure.pdf>> Acesso 10 jun 2016.
- BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory (1987). **Faculty Scholarship Series**. Paper 291. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291> Acesso em 21 de junho de 2015.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- BATISTA, Vera Malaguti. INTRODUÇÃO CRÍTICA À CRIMINOLOGIA BRASILEIRA. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.89.
- BENEDETTI, Juliana. A Justiça Restaurativa em face da criminologia da reação Social *in* Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 505
- BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University; 2002.

BRASIL. Código Penal. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso 20 jul 2016.

_____. Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso 20 jul 2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso 20 jul 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **METAS PARA 2016**. 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf>> Acesso em 26 fev. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. 2016a. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso: 10 jun 2016

_____. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº 125 de 29 de novembro de 2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso: 10 jun 2016

_____. Conselho Nacional de Justiça; Ministério da Justiça. **POSTULADOS, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES PARA A POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIIS**, Brasília, 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>> Acesso em 15 jun 2016.

_____. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso: 20 jul 2016

_____. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. 1995 Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso: 20 jul 2016.

_____. Ministério da Justiça. **POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À PRISÃO: A CONCEPÇÃO DE UMA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE JUSTIÇA**. Brasília, 18 de maio de 2011. <<http://institutoelo.org.br/site/files/arquivos/df0f7937b88650a0c9d9d9240d0cd3e1.pdf>> Acesso em 12 de abril.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016**. Diário Oficial da União, 2 mai. 2016b. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/portaria-no-495-de-28-de-abril-de-2016.pdf>> Acesso: 05 jun 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao mês de junho/2014**. 2015b. Ver mais em:

<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 30 de junho de 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Nº 236, de 2012** - (NOVO CÓDIGO PENAL) Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>> Acesso em 30 abr 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 518 de 2013**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115749?o=t>> Acesso em: 30 mar 2016

BUSATO, Paulo Cesar. Modernas Tendências de Controle Social. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ-04-03/2007. ISSN 1808-494X

CAMARA, Guilherme. **Programa de Política Criminal. Orientado para a Vítima do Crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2008.

CARINHANHA, Ana Miria dos Santos Carvalho. **LA MÉDIATION EN MATIÈRES PÉNALES EN BELGIQUE: L'évaluation de la pratique de Médiateur à partir de la représentation sociale de ses médiateurs**. Memoire. Université Catholique de Louvain. 2014

CARVALHO, Salo. Sobre as possibilidades de um Modelo Crítico de Justiça Restaurativa. **Sistema Penal e Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 129-136, jan.-jun. 2014.

_____. Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. *In Discursos Sediciosos*. - Ano 11, n. 15/16, 2007

_____. *In*: GAUER, Ruth. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. EDIPUCRS, 2010

CHRISTIE, Nils, **Una sensata cantidad de delito**. Traducido por Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Editores del Puerto, 2004

_____. Les Conflits: Des Biens Usurpés? *In*: GAILLY, Philippe. **La Justice Restauratrice**, Larcier: 2011

_____. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução de Luis Leiria. FORENSE: 1998

CNI-IBOPE. **RETRATOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA: SEGURANÇA PÚBLICA**, outubro 2011. Disponível em <http://www4.ibope.com.br/download/111019_cni_seguranca.pdf> Acesso em 20 de abril de 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: Juspodvim, 2ed., 2008,

DALY, Kathleen. STUBBS, Julie. **Feminist engagement with restorative justice**. Disponível em

<http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/12062/kdaly_part2_paper10.pdf?sequence=1> Acesso: 16 jul 2016.

_____. The limits of restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry - **The Handbook of Restorative Justice- A Global Perspective**, 2006.

DIGNAN, JIM. Towards a Systemic Model of Restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints. In: VON HIRS, Andrew et al. **Restorative Justice and Criminal Justice Competing or Reconcilable Paradigms?** HART PUBLISHING OXFORD AND PORTLAND, OREGON 2003

DISTRITO FEDERAL. **Portaria Conjunta 52, de 9 de Outubro de 2006**. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2006/00052.html>> Acesso: 10 jun 2006.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Quatro provocações (preliminares) sobre o 'princípio da obrigatoriedade' e a ação penal pública no sistema processual-penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 12, p. 111-126, 2015.

DROST, Lisane et al. **Restorative Justice in Cases of Domestic Violence, Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs** (JUST/2013/JPEN/AG/5487). January 2015. Disponível em: <http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2015/02/150216_7388_RJ_Comparative_rep_WS1_final_AW.pdf> Acesso: 16 jul 2016, p. 1-38

FBAC. **Programa Árvore de Sicôro**. 31 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/noticias-site/106-formacao/698-programa-arvore-sicomoro>> Acesso: 19 mai de 2016.

FROESTAD, Jan.; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU

GIACOMOLLI, Nereu. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

GIAMBERARDINO, Andre. **UM MODELO RESTAURATIVO DE CENSURA COMO LIMITE AO DISCURSO PUNITIVO**. 2014. 238 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná

GUNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução: Flavia Portella Püschel. In PÜSCHEL, Flavia. MACHADO, Marta. **Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del por qué no se debería suprimir el derecho penal. **Separata de Responsa iurisperitorum digesta**, volume IV, pp 215-231

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005,

_____, Winfried. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL**. Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2005

JOFFILY, Tiago. **DIREITO E COMPAIXÃO**. DISCURSOS DE (DES)LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL. REVAN, 2011

MATO GROSSO DO SUL. **RESOLUÇÃO 569**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=26780&original=1>> Acesso: 10 jun 2016

MCCOLD, Paul, WACHTEL, Ted. **Em busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**, 2003. Disponível em <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm_port.pdf> Acesso em 28 de abr de 2016.

MELO, Anderson; PRUDENTE, Neemias. **Projeto Mediar: práticas restaurativas pela polícia civil de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942841/projeto-medar-praticas-restaurativas-pela-policia-civil-de-minas-gerais>> Acesso em 08 de julho de 2015.

MINAS GERAIS. **Portaria 221/2011** em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc02212011.PDF>> Acesso: 10 jun 2016.

OLIVEIRA, Ana; FONSECA, André. Conversa com um abolicionista minimalista **Revista brasileira de ciências criminais**. v. 6, n. 21, p. 13–22, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 12/2002** da ONU. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 2002. Disponível em > <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0%22%20%5C1%20%22.Vuaxt5MrLVo#.VyDzgzArLIU>> Acesso: 10 jan de 2016

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009

PALLAMOLLA, Raffaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. **Sistema Penal & Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre. Volume 6, Número 1, p.75-78, jan/jun 2014

PARANÁ. **Resolução 004/2015** - NUPEMEC. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/89859283/djpr-16-04-2015-pg-9>> Acesso: 10 jun 2016.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, Andre. **Teoria da Pena e Execução Penal - Uma Introdução Crítica**. 1ª edição, Curitiba: Lumen Juris, 2011.

PELIKAN, Christa, TRENCEK, Thomas. Victim offender mediation and restorative justice: the European landscape. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry - **The Handbook of Restorative Justice- A Global Perspective**, 2006

PELIKAN, Christa. Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Seminário Internacional **Dikê**. 2003, APAV

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os direitos Humanos. **Revista Novos Estudos**. CEBRAP, n. 68, março de 2004.

_____. ALGUNS OBSTÁCULOS A UMA MUTAÇÃO “HUMANISTA” DO DIREITO PENAL. **SOCIOLOGIAS**. Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan/jun 1999

_____. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. 1998, p.12 in Debuyst, Christian et al., **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

PORTUGAL. **Lei 21/2007 de 12 junho**. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de/downloadFile/file/L_21_2007.pdf?nocache=1183462846.55> Acesso em 30 mai 2016.

_____. **PORTARIA 732/2009**. Disponível em < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/portaria-n-732-2009-de-8/downloadFile/file/Port%20732.2009.pdf?nocache=1247060754.67>> Acesso 30 mai 2016

ROSENBLATT, Fernanda. **EM BUSCA DAS RESPOSTAS PERDIDAS – UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**. Ver em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>> Acesso: 20 mar 2016.

_____. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa. **REVISTA BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA DO DIREITO VOLUME 1, NÚMERO 2 (ISSN 2359-5582)**, 2014a.

_____. *Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos*. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 43-61, jan.-jun. 2014b, p.49-50.

ROXIN, Claus. El concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología**, 2013, num 15-01,

_____. Sentido e Limite da Sanção Penal. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª edição, Vega, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia crítica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO. **Provimento CG nº 35/2014.** Disponível em <<http://www.aasptj.sp.org.br/noticia/provimento-cg-n%C2%B0-352014-justi%C3%A7a-restaurativa>> Acesso 20 jul 2016.

SANTANA, Selma. **Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª Edição, Lisboa, Coimbra Editora, 2014

SCHEERER, Sebastian. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** - Ano 23, n. 117 (nov./dez. 2015)

SCURO NETO, Pedro. O ENIGMA DA ESFINGE. UMA DÉCADA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL. **Revista Jurídica - CCJ/FURB** ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia.** 2.ed São Paulo, SP : Revista dos Tribunais, 2008. SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Brasil: Lumen Juris, 2007.

SILVA, André Ricardo Guimarães da. **Uma análise da portaria 106-CG/12 e do policiamento comunitário desenvolvido nas bases comunitárias instaladas no Nordeste de Amaralina, em confronto com os critérios identificadores do Sistema Koban.** André Ricardo Guimarães da Silva. 109f. – 2014. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014

SLAKAMON; Catherine. OXHORN, Philip. O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil” **Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança.** Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006

UNITED NATIONS. **Handbook on Restorative Programmes. Criminal Justice Handbook Series,** New York: United Nations, 2006. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf> Acessado em: 10 de julho 2016 ;

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring justice: an introduction to restorative justice.** LexisNexis Group, Cincinnati, 2010

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Prática Restaurativa.** São Paulo: Método, 2008

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** Disponível em: <http://files.femadireito102.webnode.com.br/20000003962f056357d/As%20Prisoas_da_Miseria%20Loic_Wacquant.pdf> Acesso: 30 abr 2016.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship.** Cullompton: Willan Publishing, 2008

_____, Lode. Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime. In **Novas direções na governança da Justiça e Da Segurança**. Slakmon, Catherine; et. al. (orgs.). Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. P.433-453

WAQUIM, Amanda Almeida **POSSIBILIDADES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**. Monografia, Universidade de Brasília. Brasília, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E EXCLUSÃO SOCIAL: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Direito penal brasileiro v.1: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique **Manual de direito penal brasileiro v.1: RT parte geral**, 2010

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Pala Athena, 2008.

ANEXO - Resolução Nº 225 de 31/05/2016

Resolução Nº 225 de 31/05/2016

Ementa: Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Origem: Presidência

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO as recomendações da Organização das Nações Unidas para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, que estabelecem os seus princípios básicos;

CONSIDERANDO que o direito ao acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa;

CONSIDERANDO que, diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação, assegurando uma boa execução da política pública respectiva, e respeitando as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, sempre objetivando a promoção da paz social;

CONSIDERANDO que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais;

CONSIDERANDO que o art. 35, II e III, da Lei 12.594/2012 estabelece, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas;

CONSIDERANDO que compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que compete, ainda, ao CNJ contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, diretriz estratégica de gestão da Presidência do CNJ para o biênio 2015-2016, nos termos da Portaria 16 de fevereiro de 2015, o que gerou a Meta 8 para 2016, em relação a todos os Tribunais;

CONSIDERANDO o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ 74 de 12 de agosto de 2015 e o decidido pelo Plenário do CNJ nos autos do Ato Normativo 0002377-12.2016.2.00.0000, na 232ª Sessão Ordinária realizada em 31 de maio de 2016;

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

§ 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se:

I – Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo;

II – Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo;

III – Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas;

IV – Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo;

V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:

- a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades;
- b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor;
- c) reparação dos danos sofridos;
- d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

§ 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

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

§ 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

§ 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento.

§ 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

CAPÍTULO II

DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Art. 3º. Compete ao CNJ organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa, pautado pelas seguintes linhas programáticas:

I – caráter universal, proporcionando acesso a procedimentos restaurativos a todos os usuários do Poder Judiciário que tenham interesse em resolver seus conflitos por abordagens restaurativas;

II – caráter sistêmico, buscando estratégias que promovam, no atendimento dos casos, a integração das redes familiares e comunitárias, assim como das políticas públicas relacionadas a sua causa ou solução;

III – caráter interinstitucional, contemplando mecanismos de cooperação capazes de promover a Justiça Restaurativa junto das diversas instituições afins, da academia e das organizações de sociedade civil;

IV – caráter interdisciplinar, proporcionando estratégias capazes de agregar ao tratamento dos conflitos o conhecimento das diversas áreas científicas afins, dedicadas ao estudo dos fenômenos relacionados à aplicação da Justiça Restaurativa;

V – caráter intersetorial, buscando estratégias de aplicação da Justiça Restaurativa em colaboração com as demais políticas públicas, notadamente segurança, assistência, educação e saúde;

VI – caráter formativo, contemplando a formação de multiplicadores de facilitadores em Justiça Restaurativa;

VII – caráter de suporte, prevendo mecanismos de monitoramento, pesquisa e avaliação, incluindo a construção de uma base de dados.

Art. 4º. O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça:

I – assegurar que a atuação de servidores, inclusive indicados por instituições parceiras, na Justiça Restaurativa seja não compulsória e devidamente reconhecida para fins de cômputo da carga horária, e que o exercício das funções de facilitador voluntário seja considerado como tempo de experiência nos concursos para ingresso na Magistratura;

II – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de não-violência e para que nas Escolas Judiciais e da Magistratura, bem como nas capacitações de servidores e nos cursos de formação inicial e continuada, haja módulo voltado à Justiça Restaurativa;

III – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, as Defensorias Públicas, as Procuradorias, o Ministério Público e as demais instituições relacionadas, estimulando a participação na Justiça Restaurativa e valorizando a atuação na prevenção dos litígios.

CAPÍTULO III

DAS ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Art. 5º. Os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica, com as seguintes atribuições, dentre outras:

I – desenvolver plano de difusão, expansão e implantação da Justiça Restaurativa, sempre respeitando a qualidade necessária à sua implementação;

II – dar consecução aos objetivos programáticos mencionados no art. 3º e atuar na interlocução com a rede de parcerias mencionada no art. 4º;

III – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e nos métodos próprios de Justiça Restaurativa, sempre prezando pela qualidade de tal formação, que conterà, na essência, respostas a situações de

vulnerabilidade e de atos infracionais que deverão constar dentro de uma lógica de fluxo interinstitucional e sistêmica, em articulação com a Rede de Garantia de Direitos;

IV – promover a criação e instalação de espaços de serviço para atendimento restaurativo nos termos do artigo 6º, desta Resolução.

§1º. Caberá aos tribunais estabelecer parcerias ou disponibilizar recursos humanos e materiais para a instalação e continuidade do programa e dos serviços de atendimento, que contarão com a atuação de facilitadores de processos restaurativos e de equipe técnica interdisciplinar composta por profissionais como psicólogos e assistentes sociais.

§2º. Para os fins do disposto no caput deste artigo, os tribunais deverão apoiar e dar continuidade a eventuais coordenadorias, núcleos ou setores que já venham desenvolvendo a Justiça Restaurativa em suas atividades institucionais.

Art. 6º. Na implementação de projetos ou espaços de serviço para atendimento de Justiça Restaurativa, os tribunais observarão as seguintes diretrizes:

I – destinar espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, que deve ser estruturado de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade;

II – designar magistrado responsável pela coordenação dos serviços e da estrutura, que deverá contar, também, com pessoal de apoio administrativo;

III – formar e manter equipe de facilitadores restaurativos, arregimentados entre servidores do próprio quadro funcional ou designados pelas instituições conveniadas, os quais atuarão com dedicação exclusiva ou parcial, e voluntários, sempre que possível auxiliados por equipes técnicas de apoio interprofissional;

IV – zelar para que cada unidade mantenha rotina de encontros para discussão e supervisão dos casos atendidos, bem como promova registro e elabore relatórios estatísticos;

V – primar pela qualidade dos serviços, tendo em vista que as respostas aos crimes, aos atos infracionais e às situações de vulnerabilidade deverão ser feitas dentro de uma lógica interinstitucional e sistêmica e em articulação com as redes de atendimento e parceria com as demais políticas públicas e redes comunitárias;

VI – instituir, nos espaços de Justiça Restaurativa, fluxos internos e externos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de atendimento das demais políticas públicas e as redes comunitárias, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais.

CAPÍTULO IV

DO ATENDIMENTO RESTAURATIVO EM ÂMBITO JUDICIAL

Art. 7º. Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social.

Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

Art. 8º. Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, realizadas com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de intimação judicial para as sessões.

§ 1º. O facilitador restaurativo coordenará os trabalhos de escuta e diálogo entre os envolvidos, por meio da utilização de métodos consensuais na forma autocompositiva de resolução de conflitos, próprias da Justiça Restaurativa, devendo ressaltar durante os procedimentos restaurativos:

- I – o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da sessão;
- II – o entendimento das causas que contribuíram para o conflito;
- III – as consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar;
- IV – o valor social da norma violada pelo conflito.

§ 2º. O facilitador restaurativo é responsável por criar ambiente propício para que os envolvidos promovam a pactuação da reparação do dano e das medidas necessárias para que não haja recidiva do conflito, mediante atendimento das necessidades dos participantes das sessões restaurativas.

§ 3º. Ao final da sessão restaurativa, caso não seja necessário designar outra sessão, poderá ser assinado acordo que, após ouvido o Ministério Público, será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais.

§ 4º. Deverá ser juntada aos autos do processo breve memória da sessão, que consistirá na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação com os acordos estabelecidos, preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, exceção feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes.

§ 5º. Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova.

§ 6º. Independentemente do êxito na autocomposição, poderá ser proposto plano de ação com orientações, sugestões e encaminhamentos que visem à não recidiva do fato danoso, observados o sigilo, a confidencialidade e a voluntariedade da adesão dos envolvidos no referido plano.

Art. 9º. As técnicas autocompositivas do método consensual utilizadas pelos facilitadores restaurativos buscarão incluir, além das pessoas referidas no art. 1º, § 1º, V, a, desta Resolução, aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente:

- I – sejam responsáveis por esse fato;
- II – foram afetadas ou sofrerão as consequências desse fato;
- III – possam apoiar os envolvidos no referido fato, contribuindo de modo que não haja recidiva.

Art. 10. Logrando-se êxito com as técnicas referidas no artigo anterior, a solução obtida poderá ser repercutida no âmbito institucional e social, por meio de comunicação e interação com a comunidade do local onde ocorreu o fato danoso, bem como, respeitados os deveres de sigilo e

confidencialidade, poderão ser feitos encaminhamentos das pessoas envolvidas a fim de atendimento das suas necessidades.

Art. 11. As sessões restaurativas serão realizadas em espaços adequados e seguros, conforme disposto no art. 6º desta Resolução.

Art. 12. Quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa, na forma da lei.

CAPÍTULO V

DO FACILITADOR RESTAURATIVO

Art. 13. Somente serão admitidos, para o desenvolvimento dos trabalhos restaurativos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, facilitadores previamente capacitados, ou em formação, nos termos do Capítulo VI, desta Resolução.

Parágrafo único. Os facilitadores deverão submeter-se a curso de aperfeiçoamento permanente, realizado na forma do Capítulo VI, o qual tomará por base o que declinado pelos participantes das sessões restaurativas, ao final destas, em formulários próprios.

Art. 14. São atribuições do facilitador restaurativo:

- I – preparar e realizar as conversas ou os encontros preliminares com os envolvidos;
- II – abrir e conduzir a sessão restaurativa, de forma a propiciar um espaço próprio e qualificado em que o conflito possa ser compreendido em toda sua amplitude, utilizando-se, para tanto, de técnica autocompositiva pelo método consensual de resolução de conflito, própria da Justiça Restaurativa, que estimule o diálogo, a reflexão do grupo e permita desencadear um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que contribuíram para o seu surgimento;
- III – atuar com absoluto respeito à dignidade das partes, levando em consideração eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural;
- IV – dialogar nas sessões restaurativas com representantes da comunidade em que os fatos que geraram dano ocorreram;
- V – considerar os fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos, indicando a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los;
- VI – apoiar, de modo amplo e coletivo, a solução dos conflitos;
- VII – redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso;
- VIII – incentivar o grupo a promover as adequações e encaminhamentos necessários, tanto no aspecto social quanto comunitário, com as devidas articulações com a Rede de Garantia de Direito local.

Art. 15. É vedado ao facilitador restaurativo:

- I – impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos;
- II – prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo;

III – relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas previstas no art. 154 do Código Penal.

CAPÍTULO VI

DA FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO

Art. 16. Caberá aos tribunais, por meio das Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura, promover cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§1º. O plano pedagógico básico dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa deverá ser estruturado em parceria com o órgão delineado no art. 5º da presente Resolução.

§2º. Levar-se-ão em conta, para o plano pedagógico básico dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa, os dados obtidos nos termos do Capítulo VII da presente Resolução.

§3º. Os formadores do curso referido no caput deste artigo devem ter experiência comprovada em capacitação na área de Justiça Restaurativa, bem como atestados de realização de procedimentos restaurativos e atuação em projetos relacionados à Justiça Restaurativa.

Art. 17. Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores deverão observar conteúdo programático com número de exercícios simulados e carga horária mínima, conforme deliberado pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, contendo, ainda, estágio supervisionado, como estabelecido pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura.

Parágrafo único. Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça.

CAPÍTULO VII

DO MONITORAMENTO E DA AVALIAÇÃO

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

§1º. Os tribunais deverão, ainda, valer-se de formulários específicos, pautados nos princípios e na metodologia próprios da Justiça Restaurativa, conforme Resolução CNJ 76/2009.

§2º. A criação e manutenção de banco de dados sobre as atividades da Justiça Restaurativa é de responsabilidade dos tribunais.

Art. 19. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os projetos de Justiça Restaurativa existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles.

Parágrafo único. Com base nas informações oriundas dos tribunais, o CNJ promoverá estudos, com auxílio de especialistas, para fins de elaboração de plano disciplinar básico para a formação em Justiça Restaurativa junto às Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura.

Art. 20. Serão adotados, pelos Tribunais de Justiça, parâmetros adequados para a avaliação dos projetos de Justiça Restaurativa, preferencialmente, com instituições parceiras e conveniadas.

CAPÍTULO VIII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 21. Os tribunais, consideradas as peculiaridades locais no âmbito de sua autonomia, estabelecerão parâmetros curriculares para cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores, com número de exercícios simulados, carga horária mínima e estágio supervisionado.

Art. 22. Para fins de efetivação do disposto no art. 35, II, da Lei 12.594/2012, poderão os tribunais certificar como aptos ao atendimento extrajudicial de autocomposição de conflitos, os espaços de serviço mantidos por organizações governamentais ou não governamentais, que atendam aos qualificativos estabelecidos nesta Resolução.

Art. 23. Fica acrescido o seguinte dispositivo ao § 1º do art. 2º da Resolução CNJ 154/2012:

“V – Projetos de prevenção e ou atendimento a situações de conflitos, crimes e violências, inclusive em fase de execução, que sejam baseados em princípios e práticas da Justiça Restaurativa.”

Art. 24 Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3º da Resolução CNJ 128/2011:

“§3º. Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.”

Art. 25. Portaria da Presidência do CNJ poderá instituir selo de reconhecimento, e seu respectivo regulamento, aos tribunais que implementarem os objetivos da presente Resolução.

Art. 26. O disposto nesta Resolução não prejudica a continuidade de eventuais programas similares, coordenadorias, núcleos ou setores já em funcionamento, desde que desenvolvidos em consonância com os princípios da Justiça Restaurativa apresentados nesta Resolução.

Art. 27. Compete à Presidência do CNJ, com o apoio da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional no Poder Judiciário, assim como instituir e regulamentar o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas nesta Resolução.

Art. 28. Os tribunais, consideradas as peculiaridades locais e autonomia, poderão suplementar esta Resolução naquilo que não lhe for contrário.

Art. 29. Esta Resolução aplica-se, no que couber, à Justiça Federal.

Art. 30. Esta Resolução entra em vigor após decorridos sessenta dias de sua publicação.

Ministro **Ricardo Lewandowski**