



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

YAGO DALTRO FERRARO ALMEIDA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS
POR PREFEITOS**

**SALVADOR
2018**

YAGO DALTRO FERRARO ALMEIDA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS
POR PREFEITOS**

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.

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana

SALVADOR
2018

FERRARO ALMEIDA, Yago Daltro.

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS

163 f.

Orientadora Selma Pereira de Santana

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Justiça Restaurativa. 2. Direito Penal. 3. Crimes Transindividuais. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Santana, Selma Pereira de. III. Título.

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS

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

Selma Pereira de Santana - Orientadora
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia.

Saulo José Casali Bahia - Examinador
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Universidade Federal da Bahia

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – Examinadora
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Católica do Salvador

Salvador - Bahia, 30 de julho de 2018.

A Deus, meu mestre e meu guia.

Ao meu avô Valdemar Ferraro (in memoriam), meu grande exemplo.

A toda a minha família, e, em especial, aos meus pais Valtéria e Agnaldo.

À minha doce Juliana.

RESUMO

RESUMO: A presente dissertação busca analisar a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas aos crimes transindividuais, em especial os crimes funcionais praticados por Prefeitos. Como cediço, a Justiça Restaurativa foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que derivam de ações humanas próximas e definidas e que atingem essencialmente uma vítima conhecida, concreta e individualizada, para os quais o sistema penal tradicional destina a tutela aos clássicos bens jurídicos. A mudança na conjuntura global, todavia, enseja novos desafios a serem enfrentados pela Justiça Restaurativa, notadamente em um contexto de surgimento de novos bens jurídicos, de cariz transindividual, e de eficientismo e pragmatismo na resolução dos conflitos penais oriundos do Direito Penal do Risco, pelo que de grande importância o estudo aqui proposto. Analisar-se-á, então, o novo papel assumido pela comunidade, que passa a figurar como interveniente direta no conflito e, conseqüentemente, como sujeito principal das práticas restaurativas, o que enseja o debate sobre quem dialogará com o ofensor (e a possibilidade, ou não, de representação), bem assim acerca da modalidade de prática restaurativa mais adequada à espécie. Por fim, o estudo será direcionado às especificidades dos crimes funcionais praticados por Prefeitos, analisando os aspectos dogmáticos, as dificuldades da proposta e os argumentos que pesam a favor da implementação das práticas restaurativas aos crimes objeto da pesquisa. A metodologia deste estudo terá um procedimento prioritariamente monográfico, de vertente jurídico-dogmática, e, no curso da investigação proposta, serão examinadas obras doutrinárias, nacionais e estrangeiras, concernentes à Criminologia, Direito Penal, Direito Processual Penal e Justiça Restaurativa, buscando, assim, um estudo que se pretende inserir na perspectiva interdisciplinar, com o tipo jurídico-propositivo de investigação.

Palavras-Chave: Crimes Funcionais; Crimes Transindividuais; Decreto-Lei Nº 201/67; Justiça Restaurativa

ABSTRACT

ABSTRACT: This dissertation seeks to analyze the possibility of applying restorative practices to transindividual crimes, especially the functional crimes practiced by Mayors. As known, Restorative Justice was traditionally developed for crimes that derive from definite human actions and which reach essentially a known, concrete and individualized victim, for whom the traditional penal system assigns protection to the classic legal assets. The change in the global conjuncture, however, presents new challenges to be faced by Restorative Justice, especially in the context of the emergence of new juridical assets, of transindividual nature, and of efficiency and pragmatism in the resolution of the criminal conflicts arising from the Criminal Law of Risk, so the study proposed here is of great importance. Then, it will be analysed the new role assumed by the community, which figures like a direct actor in the conflict and, as a matter of fact, as the main subject of the restorative practices, which leads to the debate about who will dialogue with the offender (and the possibility, or not, of representation), as well as about the modality of restorative practice most appropriate to the species. Finally, the study will be directed to the specificities of the functional crimes practiced by Mayors, analyzing the dogmatic aspects, the difficulties of the proposal and the arguments that leads in favor of the implementation of the restorative practices to the crimes object of the research. The methodology of this study will be, primarily, juridical and dogmatic, and, in the course of the proposed investigation, it will be examined national and foreign doctrinal works concerning Criminology, Criminal Law, Criminal Procedural Law and Restorative Justice, seeking a study that intends to be inserted in the interdisciplinary perspective, with the legal-propositional type of investigation.

Keywords: Functional Crimes; Transindividual Crimes; Decree-Law No. 201/67; Restorative Justice

AGRADECIMENTOS

Seria profundamente injusto se não reservasse espaço próprio do meu trabalho para destinar a minha mais profunda gratidão às muitas pessoas que contribuíram para que eu pudesse alcançar esse objetivo.

Creio que a realização de um sonho, do mais simples ao mais elaborado, não é obra de *um* só. Na trajetória naturalmente existente entre os sonhos e as realizações, várias são as pessoas que contribuem, ainda que indiretamente, para a consecução daquilo que nos é almejado.

Por pensar dessa forma, não posso, de modo algum, deixar de, em um encerramento de mais uma importante fase de minha vida, dirigir os meus mais sinceros e afetuosos *agradecimentos* às pessoas que me auxiliaram a chegar até aqui.

A paixão pelo magistério me acompanha desde a mais tenra idade, fruto da admiração por minha mãe, minha eterna professora, que me transmitiu o amor pela docência. A conclusão do mestrado é, então, uma grande realização pessoal, revelando-se o desfecho de uma etapa importante da minha formação acadêmica e, com fé em Deus, a concretização de mais um passo para caminhos futuros.

A felicidade é ainda maior por concluir essa etapa na minha querida e centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela qual tenho tanto carinho, sobretudo por ter me oportunizado as primeiras falas em sala de aula, na qualidade de monitor de Direito Penal I, Direito Penal II e Contratos, ainda como Bacharelado em Direito, momentos nos quais eu tive a certeza de que o magistério era, de fato, a minha vocação.

Por essas e outras tantas razões, agradeço a Deus, meu mestre e meu guia, por todas as bênçãos que tem posto em minha vida.

Agradeço a meu avô, Valdemar Ferraro (*in memoriam*), meu exemplo de vida, que tanto me inspira a ser uma pessoa melhor. Meu avô foi um dos maiores incentivadores para que eu cursasse Direito e fico extremamente sentido em não tê-lo aqui, no plano físico, para celebrar essa conquista. Conforto-me, todavia, em

saber que ele está ao lado do Pai Celeste, zelando por mim e comemorando mais um passo de seu neto, que tanto o ama e admira.

Agradeço aos meus pais, Valtéria Ferraro e Agnaldo Almeida, que são verdadeiros anjos em minha vida. Abdicaram de muito e empreenderam os mais diversos esforços para que eu pudesse sonhar e querer mais. Meus pais são exemplo de força, dedicação, amor e carinho, a quem devo tudo de bom que me acontece.

Não poderia olvidar de agradecer à minha doce Juliana, verdadeiro presente que a vida me deu, pela companhia diuturna no curso e na vida, desde a época do colégio. Tive a felicidade de compartilhar ao seu lado as vitórias no Ensino Médio, na Graduação e, agora, no Mestrado, o que, com fé em Deus, perdurará por muitos e muitos anos.

Agradeço a toda a minha família, em especial à minha avó Astéria Ferraro, minha segunda mãe, que cuidou de mim, com tanto amor, desde os primeiros anos de vida.

Sou muito grato à minha orientadora, Selma Pereira de Santana, cuja obra me instigou a refletir, desde a graduação, sobre a Justiça Restaurativa. Agradeço-lhe imensamente pela amizade cultivada ao longo dos anos e por todo o apoio e exemplo na sua atuação como professora e fomentadora da Justiça Restaurativa.

Agradeço, também, aos professores e demais funcionários da *Egrégia*, minha segunda casa, à qual espero retornar para retribuir tudo aquilo que aprendi.

Sou grato aos meus amigos e colegas de trabalho no Gabinete, pelo aprendizado constante em um ambiente tão leve e cheio de carinho. Agradeço, em especial, à Des. Rita de Cássia, pela confiança, incentivo constante e pelo exemplo de pessoa e profissional, que inspira todos que a conhecem a lutar pela concretização do melhor Direito.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1- PERGUNTAS QUE ORIENTAM A JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: P. 28

TABELA 2- JUSTIÇA RETRIBUTIVA (*RECTIUS*: JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL) E JUSTIÇA RESTAURATIVA: P. 58

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DL	Decreto-Lei
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LC	Lei Complementar
nº	Número
MP	Medida Provisória
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
§	Parágrafo

Sumário

1. INTRODUÇÃO	14
2. ASPECTOS DE COMPREENSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	19
2.1 A DIVERSIDADE E FLEXIBILIDADE DO MODELO	20
2.2 ANTECEDENTES DO MOVIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	33
2.3 DESMISTIFICANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA	43
2.3.1 O perdão e a reconciliação não são tidos como objetivo principal pela Justiça Restaurativa.	44
2.3.2 Justiça Restaurativa não é Mediação.....	46
2.3.3 A Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir a reincidência.	48
2.3.4 A Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico	49
2.3.5 A Justiça Restaurativa não se restringe às pequenas ofensas	49
2.3.6. A Justiça Restaurativa não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos.....	52
2.3.7. A Justiça Restaurativa não é uma panaceia, tampouco um substituto para o processo penal.	53
2.3.8 A Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento.	56
2.3.9 A Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à Justiça Criminal Tradicional.....	57
3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS CRIMES TRANSINDIVIDUAIS	60
3.1 A SOCIEDADE DO RISCO E A TUTELA PENAL DE NOVOS BENS JURÍDICOS	62
3.1.1 Surgimento de novos bens jurídicos penalmente tuteláveis	65
3.1.2 O pragmatismo penal e o cuidado necessário com as práticas restaurativas.....	70
3.2 DIFICULDADES DA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES TRANSINDIVIDUAIS: REFLEXÕES QUANTO AO OFENDIDO E A COMUNIDADE.....	76
3.2.1 O quem: quem dialogará com o ofensor?	84
3.2.2 O como: Os tipos de prática restaurativa	92
3.2.2.1 Victim-Offender Mediation Programs (programas de Mediação Vítima-Ofensor):	93
3.2.2.2 Circles (CÍRCULOS)	95

3.2.2.3. A reunião familiar ou comunitária (<i>conferencing</i>)	98
3.2.2.4 A Comissão da Verdade	99
3.2.2.5 A(s) mais adequada(s) prática(s) restaurativa(s) para os crimes funcionais praticados por prefeitos.....	101
4. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS.	105
4.1 ANÁLISE DOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS	106
4.2 DIFICULDADES DA PROPOSTA: AS PECULIARIDADES CONCERNENTES À FIGURA DO PREFEITO OFENSOR E O FATOR POLÍTICO SUBJACENTE AOS CRIMES FUNCIONAIS POR ELE PRATICADOS.	115
4.2.1 A Justiça Restaurativa aplicada aos crimes funcionais praticados por Prefeitos seria um incentivo à leniência?	121
4.3 A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS E A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.	125
4.3.1 A obrigatoriedade da Ação Penal e os crimes funcionais praticados por Prefeitos	127
4.3.2 Portas de entrada para a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos.....	133
4.4 MOMENTOS DE ENCAMINHAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS.	139
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
6. REFERÊNCIAS.....	150

1. INTRODUÇÃO

O desconforto em relação às coisas da vida, desde as mais elementares às mais complexas, é o móvel de transformação do mundo. O espírito reconfortado não procura *pesquisar*, ou *mudar*, porque se arrefece. E a inércia ou a conformação com o que está posto impede a evolução em um mundo repleto de alternativas e de possibilidades.

A mudança precisa da pesquisa. E a pesquisa decorre da indignação ou da curiosidade.

Foram esses os principais motivos que nos levaram a pesquisar sobre a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos.

Com efeito, no quadro atual, não é raro encontrar, numa perspectiva doutrinária, alusões à crise do sistema penal tradicional, em especial do sistema carcerário. São várias as críticas destinadas ao desrespeito sistemático dos direitos e garantias dos acusados; ao esquecimento da vítima, à seletividade arbitrária do sistema penal, bem como o seu caráter criminógeno e consequencial, entre outros.

A indignação com esse cenário criou as bases necessárias para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, que promove mudanças substanciais na forma de enxergar e responder ao delito, que não é mais visto como uma mera violação à lei, mas, sim, como um conflito que causou danos às pessoas, às relações e à comunidade.

O primeiro capítulo do nosso trabalho, então, é voltado para os aspectos de compreensão da Justiça Restaurativa, analisando as razões da diversidade e flexibilidade do modelo; os antecedentes do movimento restaurativo e os principais mitos a respeito do tema que entendemos necessário desconstruir.

Essa tendência de abordagem nos trouxe uma série de indagações que nos motivaram a pesquisar: A Justiça Restaurativa pode ser aplicada a todos os tipos de crime? Ou seria esse modelo limitado aos crimes de rua ou atos infracionais análogos praticados por adolescentes?

Em especial, nos perguntamos: A Justiça Restaurativa é aplicável aos crimes transindividuais, nos quais não há uma vítima concreta e definida?

A nossa inquietação ganhou ainda mais relevância em um cenário de criminalização expansiva dos delitos de vitimização transindividual, decorrente da sociedade de risco e da globalização, e os efeitos irradiados para a Dogmática Penal Tradicional e, no que aqui nos interessa, para as práticas restaurativas.

Como dito, as práticas restaurativas foram tradicionalmente desenvolvidas para os crimes em que há uma vítima definida, pelo que a comunidade assumiria um papel secundário, uma vítima indireta. Os cultores da Justiça Restaurativa preocuparam-se, em um primeiro momento, em analisar a vítima, enquanto sujeito individualmente considerado e as consequências do crime por ele sofridas.

Em casos tais, a comunidade é chamada a compor a resolução do conflito porque o dano causado pelo crime lhe atingiu de forma oblíqua, como repercussão do dano entre os diretamente envolvidos no conflito (ofensor e vítima), não sendo ela, nessas hipóteses, o sujeito principal das práticas restaurativas. Isso não significa dizer, por evidente, que a comunidade será excluída da resposta restaurativa, mas é preciso compreender que, nos casos de vitimização direta, ela ingressa como agente de suporte e fator de auxílio para o agente do crime e sua vítima.

No presente trabalho, contudo, nos propomos a lançar luzes em um segundo grupo de situações (crimes de vitimização transindividual), na qual a comunidade é interveniente direta no conflito e, como tal, será sujeito principal das práticas restaurativas.

O tema aqui tratado é, portanto, desafiador e merecedor de profunda reflexão, bem assim de pesquisa própria, pelo que não temos a pretensão de esgotá-lo, mas de levantar questões e reflexões de alto relevo: Qual procedimento restaurativo poderia ser adotado? Quem representaria a comunidade? Isso aconteceria em que fase? Pré-processual ou processual? Ou em qualquer? O acordo restaurativo surtiria que efeitos jurídicos? A prática restaurativa substituiria, necessariamente, o processo penal tradicional?

O primeiro passo é dar o primeiro passo. Pretender esgotar um tema tão desafiador, nesta dissertação, *brevitatis causa*, seria, *venia concessa*, no mínimo, pretensioso e precipitado. Em razão disso, o quanto aqui afirmado não constitui - nem poderia constituir - uma conclusão definitiva, pelo que pretendemos deixar a

nossa proposta para a discussão, que, com fé em Deus, será continuada, ao menos por nós, em outra oportunidade.

A opção pelos crimes praticados por Prefeitos se deu pela afinidade do autor com a matéria e por outras duas principais razões: (I) a preocupação com o descaso com o trato da coisa pública no Brasil e a responsabilização dos agentes públicos; e (II) a peculiaridade das Ações Penais Originárias, que poderia consubstanciar um elemento facilitador para a aplicação, desde já, de práticas restaurativas à modalidade *sub examine*¹.

Há de se salientar que o Prefeito, assim como qualquer outro agente imputável, pode ser sujeito ativo de um sem número de crimes previstos no nosso ordenamento jurídico. A nossa dissertação, todavia, volta-se à pesquisa da efetividade dos procedimentos restaurativos nos crimes *funcionais* praticados por prefeito, é dizer, aqueles que tenham, de algum modo, relação com a probidade da administração pública, nos casos em que o exercício do cargo se faça essencial à configuração típica.

O recorte acima é decorrente da questão primeira que nos moveu a pesquisar (a aplicabilidade da Justiça Restaurativa aos crimes transindividuais). Dentro da seara dos crimes transindividuais que poderiam ser praticados por Prefeitos, elegemos os crimes funcionais, em decorrência da nossa preocupação com o trato da coisa pública no Brasil.

Ocorre que, como cediço, os chefes do Executivo Municipal podem ser condenados por crimes funcionais previstos no Decreto-Lei nº 201/67, mas também por crimes funcionais tipificados no Código Penal, no capítulo que cuida dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública em geral, *ex vi* dos arts. 312 a 337-A², ressalvada a aplicação do princípio da especialidade, caso o fato

1 Com efeito, no caso de Inquéritos que tramitam em Tribunais, em que a promoção de arquivamento de procedimento investigatório é formulada diretamente pela Procuradoria Geral de Justiça, em razão da prerrogativa de função do investigado, a jurisprudência das Cortes Superiores é assente no sentido de que não pode ser recusado o seu requerimento pelo Tribunal de Justiça, ou pelo Tribunal Regional Federal, dado o seu caráter vinculante, o que, por certo, pode ser um vetor facilitador da possibilidade de aplicação das práticas restaurativas nessa seara.

2 Para além desses, cita-se, também, os crimes contra as finanças públicas, previstos nos arts. 359-A a 359-H, do Código Penal, e a Lei nº 8.666/93 que, em seus arts. 89 a 98, prevê incriminações dos agentes públicos e particulares que infringirem normas relativas aos procedimentos de licitação, com o objetivo de salvaguardar a seleção das propostas mais proveitosas para o Poder Público.

já tenha sido contemplado por um dos tipos previstos no Decreto-Lei nº 201/67, que é norma especial.

Percebe-se, pois, que diversos são os crimes funcionais que podem ser praticados por Prefeitos, diante das várias condutas desta espécie -tipificadas no Código Penal e em leis extravagantes. Por questões metodológicas, fizemos um outro recorte, direcionando o nosso estudo para os delitos contidos no diploma normativo especificamente destinado à figura do alcaide, qual seja, o Decreto-Lei nº 201/67, sem prejuízo de que as conclusões dele advindas sejam aproveitadas para a análise dos demais crimes funcionais.

Como visto, o(s) nosso(s) problema(s) de partida remete(m) à necessidade de reflexão a respeito da aplicabilidade Justiça Restaurativa aos crimes de vitimização transindividual, eis que os crimes funcionais praticados por Prefeitos, em geral, não possuem uma vítima determinada e concreta.

Para auxiliar a pesquisa, que se desenvolverá principalmente no âmbito teórico-doutrinário, levantamos algumas hipóteses que serão testadas ao longo do trabalho:

1. É possível a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, malgrado não haja, nesses delitos, uma vítima determinada.

2. A morosidade no trâmite de uma Ação Penal Originária faz com que a eventual responsabilização penal dos Prefeitos já não mais tenha tanta visibilidade na comunidade afetada, eis que não raramente ocorre o término do mandato no curso do processo.

O nosso objetivo geral é verificar a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos. Especificamente, objetivamos realizar um levantamento teórico das modalidades de Justiça Restaurativa no campo do direito; refletir sobre a Justiça Restaurativa no contexto de uma sociedade de risco e de uma política expansionista do Direito Penal; analisar a viabilidade de aplicação dos procedimentos restaurativos aos crimes de vitimização transindividual; analisar as convergências entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal Tradicional, bem como a possibilidade de aplicação das propostas restaurativas como medida complementar à resposta aos crimes funcionais

praticados por Prefeitos; aprofundar o estudo teórico dos crimes previstos no Decreto-Lei nº 201/67: suas características, bens jurídicos atingidos; ação cabível; titularidade da ação penal, etc.; refletir sobre qual procedimento restaurativo poderia ser adotado; quem representaria a comunidade e em que fase processual (ou mesmo pré-processual) isso poderia ocorrer; analisar quais os efeitos jurídicos do acordo restaurativo; e outros objetivos específicos que se fizerem necessários.

Por fim, digno registrar que, quanto à metodologia, este estudo terá um procedimento prioritariamente monográfico, de vertente jurídico-dogmática. No curso da investigação proposta, serão examinadas obras doutrinárias, nacionais e estrangeiras, concernentes à Criminologia, Direito Penal, Direito Processual Penal e Justiça Restaurativa.

As técnicas de pesquisa envolverão, sobretudo, análise bibliográfica e avaliação de instrumentos legislativos a respeito do tema. Nesse sentido, inicialmente buscar-se-á consultar livros, artigos recentes, teses e dissertações sobre a diversidade teórica da Justiça Restaurativa, bem como sobre a estrutura dos delitos funcionais praticados por Prefeitos, notadamente aqueles previstos no Decreto-Lei nº 201/67, é dizer, as suas características, bens jurídicos atingidos, ação cabível e a titularidade da ação penal, a fim de construir um arcabouço teórico sólido a respeito do tema. Demais disso, impende destacar que o presente estudo se pretende inserir na perspectiva interdisciplinar, na medida em que intenta correlacionar conhecimentos do Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Política Criminal, com o tipo jurídico-propositivo de investigação.

2. ASPECTOS DE COMPREENSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Antes de examinar a aplicabilidade dos processos restaurativos aos crimes funcionais praticados por prefeitos, é importante traçar breves comentários a respeito do que a Justiça Restaurativa realmente é. Em razão disso, reservamos o primeiro capítulo de nosso trabalho para esclarecer as bases e princípios da Justiça Restaurativa e como ela se coloca, enquanto modelo crítico, frente à Justiça Criminal Tradicional.

A Justiça Restaurativa está em constante construção, não apresentando, portanto, contornos muito bem definidos, tampouco uniformidade em sua aplicação. Os procedimentos por essa proposta reunidos são relativamente simples, mas abrangem diversas perspectivas e não têm fronteiras bem delimitadas. Suas origens são plurais deveras e, conseqüentemente, seus procedimentos são marcados por uma falta de homogeneidade, em razão, sobretudo, da diversidade cultural dos países que a aplicam.

Há, ainda -é mister reconhecer- certa indefinição de conceitos e pouco aprofundamento em seus marcos teóricos, baseando-se o estandarte restaurativo em uma solução informal e desinstitucionalizada, buscando uma alternativa ao modelo tradicional.

Descrever um modelo que se pretende novo, ou ao menos diferente, com premissas e noções essenciais distintas das respostas tradicionais, não é, efetivamente, uma tarefa simples. Explicitaremos, ao longo do primeiro capítulo, que o conceito de Justiça Restaurativa não pode ser definido com precisão, em razão da sua grande diversidade de orientações, práticas e fins. Inobstante, entendemos que a ampla gama de programas e práticas abarcados pelo que se pode chamar de “Justiça Restaurativa” apresenta, em comum, uma filosofia e um conjunto de valores próprios, buscando oferecer, em suma, uma estrutura alternativa para lidar com as ofensas criminais.

Assim, malgrado o tema esteja aberto para debate, uma definição operacional é necessária para os propósitos desse trabalho, pelo que, nos subtópicos do primeiro capítulo, traçaremos a nossa visão pessoal sobre o tema.

É necessário advertir, outrossim, que o objetivo da nossa pesquisa não é descrever, de forma aprofundada e analítica, todos os aspectos da Justiça Restaurativa. Há obras várias e destinadas especialmente para esse fim. Aqui, no primeiro tópico do nosso trabalho, buscamos traçar alguns aspectos de definição da Justiça Restaurativa apenas para lançar nossas principais críticas a respeito do pensamento atual sobre o tema e ambientar o leitor à discussão proposta, para então, nos capítulos seguintes, estabelecer a relação com o que aqui nos interessa, é dizer, a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes transindividuais, em especial os funcionais praticados por Prefeitos.

2.1 A DIVERSIDADE E FLEXIBILIDADE DO MODELO

São muitas as razões para certa indefinição conceitual da Justiça Restaurativa, mas, em apertada síntese, pode-se fazer referência a questões *temporais e espaciais*.

No primeiro aspecto, pertinente anotar que, malgrado o termo “restorative justice”³ já tenha sido usado no final dos anos setenta do século passado, o tema começou a ser debatido, de forma mais entusiasmada, a partir das décadas seguintes, o que revela a recência doutrinária a respeito da matéria.

Nessa esteira, Mylène Jaccoud esclarece que a Justiça Restaurativa inicialmente foi associada ao movimento de descriminalização, dando passagem a várias experiências-piloto na metade dos anos setenta, que foram institucionalizadas nos anos oitenta, mediante legislações específicas, e expandidas a partir dos anos 90, quando a Justiça Restaurativa passou a irradiar efeitos mais amplos e a ser inserida em diversas etapas do processo penal (2005, p. 166)⁴.

3 Digno de registro que o termo tem sido utilizado de forma intercambiável com conceitos como Justiça Comunitária; Justiça Transformativa; Criminologia da Paz (LATIMER; DOWDEN e MUISE, 2005, p. 128)

4 Pedro Scuro Neto e Renato Tardelli Pereira, comungando desse entendimento, asseveram que: “O interesse no modo restaurativo de fazer justiça surgiu nos anos setenta, com programas de reconciliação e mediação entre vítimas e infratores. Anos depois adquiriu status de engenharia social. Nos países mais avançados agora proliferam projetos que vão além da simples mediação de conflitos, simplesmente resolver diferenças usando meios diversórios para manter as partes longe dos tribunais, limitar-se a avaliar o impacto das infrações sobre as vítimas e demonstrar simpatia por elas, ou então administrar Justiça em comunidades etc. Os defensores da Justiça Restaurativa não mais se referem a ela como uma mera adição ou reaproveitamento do que já existe. Falam de um

A corroborar a premissa de que a produção de conhecimento a respeito da Justiça Restaurativa efervesceu a partir da década de 90, vale citar que foi nesse período que Howard Zehr, sociólogo e teórico que auxiliou de forma fundamental na difusão do ideal restaurativo, escreveu a paradigmática obra “*Changing Lenses – A New Focus for Crime and Justice*”, cuja primeira edição foi publicada em 1990⁵. Nessa obra, Zehr convida o leitor a usar novas lentes -as restaurativas- para enxergar as respostas ao fenômeno criminal, encarando o crime, primeiramente, como uma violação a pessoas e a relacionamentos (e não como uma ofensa contra a sociedade, ou contra o Estado); a vítima como um sujeito de direitos, de papel fundamental no processo; e com o objetivo de recuperar os laços -se existentes- ou a reparação do dano (2008, p. 172). Em termos simples, o crime, à luz de uma lente restaurativa, é mais do que uma violação à lei e, por isso, a resposta a ser construída deve se preocupar não somente com a punição daqueles tidos como culpados. O crime causa danos às pessoas e às relações e a justiça requer a reparação desses danos.

É de se perceber, portanto, que o arcabouço teórico da Justiça Restaurativa é recente de veras, ainda em fase de maturação, o que, decerto, contribui para sua indefinição conceitual.

Por outro lado, no tocante às questões *espaciais*, nota-se que as práticas restaurativas despontaram não só de um lugar, mas de experiências variadas ao longo do globo, assentando-se em contextos diversos e em práticas distintas, razão pela qual as teorias formadas em seu derredor assumiram, por conseguinte, notas diversas (SANTOS, 2014, p. 154-155).

A Organização das Nações Unidas possui, hoje, 193 (cento e noventa e três) países-membros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017), estimando-se que, em mais de 100 (cem países) ao longo do globo, são desenvolvidas práticas restaurativas (CENTRE FOR JUSTICE & RECONCILIATION, 2018a)⁶, pelo que se

“novo paradigma”, veículo de princípios pelos quais tudo quanto hoje se pensa acerca de justiça deve ser definitivamente reordenado.” (2000, p. 6)

5 Neste trabalho, citamos a obra traduzida por Tônia Von Acker (2008).

6 Compulsando o sítio eletrônico do Centre For Justice & Reconciliation (CENTRE FOR JUSTICE & RECONCILIATION, 2018a), importante organização de promoção e divulgação da Justiça Restaurativa, constata-se informações sobre políticas, práticas e programas restaurativos organizados por região e países: **América Latina:** Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Peru, Uruguai. **África:** Angola,

pode concluir que o discurso restaurativo vem ganhando proeminência nos anos recentes e emergindo de diversos contextos políticos e sociais.

Importante sobrelevar que as especificidades culturais de cada sociedade fazem com que os problemas se apresentem de forma diversa, pelo que toda proposta deve estabelecer paralelos com a realidade da região, atentando-se ao panorama histórico e social da localidade, sob pena de fazer fracassar as práticas que foram bem-sucedidas em outros lugares.

Com efeito, um programa restaurativo instaurado no Canadá, país de Índice de Desenvolvimento Humano sabidamente elevado, com economia estabilizada, não pode ser trasladado, sem maiores reflexões, para países Latino Americanos, por exemplo, que têm contexto absolutamente diverso e precisam lidar com demandas outras, como altos índices de crime e violência, desconfiança dos cidadãos nos sistemas de justiça, esforços de reconciliação posteriores a décadas de guerras civis, *inter alia*.

Pedro Scuro Neto e Renato Tardelli Pereira, ao debaterem o problema de comparar sociedades, comentam que:

Para analisar uma sociedade do ponto de vista científico, segundo Talcott Parsons - provavelmente o mais importante dos sociólogos do século XX - é preciso elaborar uma abordagem, tão objetiva quanto possível, de seu caráter e seus processos. Por isso, para o observador científico “os problemas se apresentam diferentemente, pois devem ser encarados à luz de uma ampla perspectiva histórica e comparativa, bem como de juízos fundados, tanto quanto possível, em dados de observação testados e em análises logicamente precisas e teoricamente coerentes.” Diante de tal imposição, como analisar uma sociedade concreta à luz do caráter e dos processos das demais? Como no caso do Brasil, que, de muitos pontos de vista em nada se assemelha às outras sociedades do continente latino-americano, pois se consideramos as variáveis do desenvolvimento humano (ver classificação do PNUD: www.undp.org/hydro) ele se parece mais a um país africano (em particular com a África do Sul), que a seus vizinhos. Com os Estados Unidos, principalmente no que diz respeito a criminalidade,

Burundi, Etiópia, Gâmbia, Gana, Quênia, Lesoto, Libéria, Malawi, Mali, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Nigéria, Ruanda, Serra Leoa, África do Sul, Tanzânia, Uganda, Zâmbia, Zimbábue. **América do Norte e Caribe:** Canadá, República Dominicana, Jamaica e Estados Unidos. **Europa:** Albânia, Áustria, Bélgica, Bulgária, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Ilha de Man, Itália, Ilha de Jersey, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldávia, Holanda, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Sérvia, Montenegro, Eslováquia, Espanha, Suécia, Turquia, Ucrânia. **Ásia:** Afeganistão, Armênia, Bangladesh, Camboja, China, Hong Kong, Índia, Indonésia, Japão, Coreia, República, Malásia, Myanmar, Nepal, Paquistão, Filipinas, Cingapura, Sri Lanka, Taiwan, Tailândia, Timor-Leste, Irã, Iraque, Israel, Líbano, Iêmen. **Oceania e Ilhas do Pacífico:** Austrália, Fiji, Guam, Nova Zelândia, Palau, Papua-Nova Guiné, Samoa, Ilhas Salomão, Vanuatu.

acontece o mesmo: os níveis de violência nos EUA lembram mais a América Latina do que seu vizinho, o Canadá. (Levine e Rosich, 1996) (...) Daí a ênfase em delineamento rigoroso e validação - que caracteriza a presente proposta de aplicação de câmaras restaurativas - a partir de metodologias legítimas e padrões científicos consagrados, não apenas de boas intenções. (2000, p. 2-3)

É preciso, pois, destacar, desde já, que a Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico, possuindo caráter fluido e continuamente renovado, tratando-se, nas palavras de Jaccoud, de um “modelo eclodido” (2005, p. 163). Na mesma linha, bem destaca Sica que a Justiça Restaurativa é “uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria” (2007, p. 10). É esse o mesmo entendimento de Cláudia Cruz Santos, que, ao propor uma reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa, afirma, enfaticamente “que ele não existe, pelo menos de forma relativamente solidificada e pacífica quanto àqueles que seriam os seus elementos essenciais” (2014, p. 153).

A supramencionada falta de definição e a variedade de objetivos enseja o risco de práticas não restaurativas serem confundidas como tais⁷, contribuindo negativamente para a análise do modelo e dificultando a avaliação dos programas.

Sobre o tema, Zehr assevera que:

Na presença de cada vez mais programas que se intitulam “Justiça Restaurativa”, não raro o significado desse termo se torna rarefeito ou confuso. Devido à inevitável pressão do trabalho no mundo real, amiúde a Justiça Restaurativa tem sido sutilmente desviada ou cooptada, afastando-se dos princípios de origem. (2012, p. 16).

Desse modo, cabe-nos, no presente estudo, tentar uma aproximação ao conceito de Justiça Restaurativa, identificando os seus traços e elementos mais característicos e comuns.

Mesmo com certa indefinição, pode-se afirmar que se projeta, com o que se denomina de Justiça Restaurativa, a proposta de estimular a cultura de paz, bem como promover ações que tenham, por escopo, fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime (SICA, 2007, p. 10 e 11). Há, por conseguinte, uma “troca de lentes” (ZEHR, 2008), consistente em uma redefinição da noção de delito, antes concebido como uma violação contra o Estado e agora visto, sobretudo, como

⁷ A título de exemplo, citamos a mediação, comumente confundida por alguns com a Justiça Restaurativa. Para melhor compreensão do tema, remetemos o leitor ao tópico seguinte (2.3 DESMISTIFICANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA), onde teceremos breves linhas a respeito.

um conflito interpessoal, um ato que acarreta consequência e danos às pessoas, à comunidade e às suas relações.

Efetivamente, a perspectiva de análise sobre o fenômeno delitivo é verdadeira marca distintiva entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal Tradicional. Isso porque, para esta, o conflito é visto em uma dimensão essencialmente abstrata, na medida em que considerado como um atentado aos valores tidos como penalmente relevantes para o Estado; enquanto sob o viés restaurativo a reflexão sobre o mesmo objeto -o crime- enseja conclusão diametralmente oposta: trata-se de um conflito essencialmente concreto, entre um ofensor e a sua vítima, com a eventual participação da comunidade envolvida⁸.

Assim, a proposta restaurativa alberga a apropriação do conflito, o que consiste em dizer que a solução não mais será, necessariamente e unicamente, verticalizada e imposta por um terceiro julgador, mas construída pela vítima, ofensor e, quando possível, pela comunidade afetada pelo delito, com a ajuda de um facilitador.

Isso não necessariamente implica -é bom ressaltar- em uma perda de força do Estado na reação ao delito, mas, em verdade, uma reformulação de papéis, cabendo agora, ao Estado, uma nova incumbência, a saber, a de possibilitar ao agente do crime e à sua vítima uma oportunidade de pacificação do conflito intersubjetivo (SANTOS, 2014, p. 41 e 42).

⁸ O modelo tradicional de Justiça Restaurativa pressupõe uma pessoa identificável como ofensor; outra pessoa identificável como vítima e o ato vitimizante que infringiu seus direitos. Com efeito, ao tratar do modelo restaurativo, seus cultores fazem, não raro, referências a crimes em que o conflito se instaura entre pessoas individualmente consideradas, que ocupam os papéis de ofensor e vítima, *e.g.*, roubo, homicídio, furto, estupro. Nesses casos, a comunidade é chamada a compor a resolução do conflito, porque a ofensa causada pelo crime lhe atingiu de forma indireta, como repercussão do dano entre os diretamente envolvidos no conflito (ofensor e vítima), não sendo ela, nessas hipóteses, o sujeito principal das práticas restaurativas. Isso não significa dizer, por evidente, que ela será excluída da resposta restaurativa, mas é preciso compreender que, nos casos de vitimização direta, a comunidade ingressa como agente de suporte e fator de auxílio para o agente do crime e sua vítima. No nosso objeto de estudo (crimes funcionais praticados por Prefeitos), de cariz transindividual, há um giro epistemológico que deve ser analisado com critério, eis que a comunidade não mais ocupará papel secundário, mas direto no conflito e, como tal, será sujeito principal das práticas restaurativas e intervirá “não como suporte para a resolução do conflito que é de outros, mas no papel central de quem reivindica uma reparação ou de quem assume o dever de a propiciar” (SANTOS, 2007, p. 193). Por ora, apenas alertamos ao leitor a necessidade de refletir acerca dos níveis de participação da comunidade, se primário ou secundário, o que será melhor explorado em capítulo próprio do nosso trabalho.

Nesse contexto, Selma Santana defende a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito, a representar, em alguns casos, ela própria, uma resposta, uma terceira via (2010, p. 57 e 58):

O princípio da subsidiariedade proporcionaria a legitimação político- jurídica da reparação penal, e a reparação assim concebida seria uma 'terceira via' paralela às penas e às medidas de segurança.

Nessa perspectiva, não se trataria de compensar o dano civil decorrente do delito, mas de se buscar atingir, na realidade, uma compensação das consequências do delito, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica.

Há, portanto, o empoderamento dos envolvidos, na medida em que lhes é atribuído um papel ativo na construção da solução do conflito, devolvendo-lhes poder - em termos culturais, políticos, psicológicos, etc.- para que a vítima diga quais as suas necessidades e como estas podem ser satisfeitas, e ao ofensor, para que ele possa expor as razões que o levaram a cometer o crime⁹, bem assim as suas possibilidades para remediar o dano que causou.

A lente restaurativa, portanto, não foca na necessidade de punir (o que não se confunde, ressalte-se, com a prescindibilidade, em absoluto, da pena), mas nos danos decorrentes do delito e nas necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade, buscando tratar as obrigações dos ofensores e da comunidade, mediante processos inclusivos e cooperativos, envolvendo todos aqueles que tenham legítimo interesse no caso (vítima, ofensor e comunidade). (ZEHR, 2012, p. 44-45)

Não se deve antecipar, todavia, uma conclusão apodítica a respeito do tema, que, por sua complexidade, será mais profundamente analisado ao longo desse trabalho. Dito de outro modo, o que procuramos advertir, nesse primeiro momento, é que não é de todo recomendável construir um raciocínio axiológico absoluto, quase maniqueísta, a respeito da proposta restaurativa, até porque se, para alguns, a apropriação do conflito pelo Estado configura um retrocesso no processo civilizatório, para outros, trata-se de um avanço civilizacional, eis que a aplicação de

9 Zehr (2012, p. 42) aduz que muitos ofensores se percebem como vítimas, asseverando que pesquisas demonstram que muitos realmente foram vítimas de traumas significativos, os quais podem consubstanciar uma parcela de contribuição relevante para o cometimento do crime. No encontro restaurativo, esse contexto histórico pessoal -que passa ao largo do Processo Penal Tradicional- pode ser trazido à baila, pelo ofensor, se ele assim desejar, não apenas por fins terapêuticos, mas também para auxiliar a construção do acordo restaurativo.

uma lei geral e abstrata, para além de consignar maior segurança jurídica, garantiria igualdade e paz social.¹⁰

De se ressaltar, nesse ponto, que a Justiça Restaurativa, em nossa compreensão, não é uma panaceia, tampouco um substituto absoluto para o processo penal¹¹. Apesar das carências e limitações da justiça criminal tradicional, reconhecemos, também, importantes qualidades, que não nos permitem defender a sua total supressão¹². A Corte Interamericana de Direitos Humanos, já no caso Velásquez Rodríguez (1988), relativo a um desaparecimento forçado ocorrido em Honduras, decidiu que o Estado poderia ser responsabilizado no plano internacional, em caso de desrespeito ao dever de investigar e sancionar os ofensores de direitos humanos¹³.

O dever de investigar e punir, que é garantia de todos os protegidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é reiterado em diversas outras decisões prolatadas pela Corte (LIMA, 2014, p. 55), sendo possível concluir, portanto, que os direitos humanos podem ser violados não só pela atuação do Direito Penal (tipificação, encarceramento, etc.), mas, também, pela ineficiência sistemática do

10 Nesse sentido, Cláudia Santos ressalta que se a ideia estrutural do pensamento restaurativo – o Estado como usurpador autoritário do conflito penal- parece óbvia para os seus cultores, ela tem de pouco de evidente para a maioria dos penalistas. É dizer, o princípio da oficialidade, segundo o qual o exercício da ação penal fica a cargo de uma entidade do Estado -no nosso caso, o Ministério Público- e não ao alvedrio do ofendido, é visto como uma conquista civilizacional. (2007, p.459-474). E por que sobre esse mesmo fenômeno -a oficialidade- os cultores do pensamento penal tradicional e os propulsores do pensamento restaurativo concluem de forma tão diversa? A resposta pode ser simples, a saber, a perspectiva com que se olha para o crime. A lente tradicional vê o crime como um conflito coletivo e abstrato, razão pela qual não há sentido em atribuir interesses à vítima. Lado outro, a lente restaurativa vê o delito como um conflito entre o ofensor e sua vítima, de nítido cariz individual e concreto (SANTOS, 2007, p. 461).

11 Na mesma esteira de inteligência: ZEHR, 2012, p. 22-23.

12 Hans-Joachim Hirsch aduz que “Si se reduce la función del Derecho penal a la solución de conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas”. (1992, p. 56). Tradução livre: “Se se reduz a função do Direito Penal à solução do conflito surgido entre o autor e a vítima, negam-se os interesses da sociedade expressados na pretensão penal estatal, ou seja, de conservação do ordenamento jurídico e proteção das próximas vítimas”.

13 Transcreva-se o parágrafo nº 174 da decisão: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 1988). Tradução livre: “O estado está no dever legal de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente, com os meios ao seu alcance as violações cometidas no âmbito da sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as sanções apropriadas e assegurar à vítima uma reparação adequada.”

Estado em promover a intervenção do Direito Penal. Ou seja, a jurisprudência interamericana atribui ao Direito Penal um papel de importância destacada no mister de resguardar os direitos humanos.

E a Corte Interamericana não está sozinha ao reconhecer, na repressão penal, um importante papel na garantia dos direitos humanos. Com efeito, o estabelecimento de mandados expressos e implícitos de criminalização são decorrência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo que a ordem global demanda dos Estados o empreendimento de esforços internos para tipificar condutas violadoras de direitos, bem assim de investigar e promover persecução penal em face dos autores de tais violações.

Nesse sentido, Carvalho Ramos assevera:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (2006, p. 9).

Na mesma ordem de ideias, Zehr sinaliza que, mesmo que a Justiça Restaurativa fosse amplamente implementada, algum tipo de sistema jurídico ocidental seria necessário para garantir direitos fundamentais, citando, como exemplo, as varas de infância e juventude no sistema de Justiça Restaurativa juvenil da Nova Zelândia (2012, p. 22).

De mais a mais, é de se ver que a Justiça Restaurativa busca traduzir uma reação *diferente* ao delito, não só preocupada com uma resposta ao comportamento criminoso, mas, sobretudo, com a reparação dos danos por ele causados e com a reconstrução dos laços sociais e a reabilitação do ofensor (e da vítima). Intenciona-se, pois, promover entre os envolvidos no conflito, iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação, ou conciliação.

A sintetizar a ideia de diferença ontológica entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Criminal Tradicional, que perpassa as questões centrais que compõem a essência dos modelos, vale colacionar tabela construída por Zehr (2012, p. 33):

TABELA 1- PERGUNTAS QUE ORIENTAM A JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA:

Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
Que leis foram infringidas?	Quem sofreu danos?
Quem fez isso?	Quais são suas necessidades?
O que o ofensor merece?	De quem é a obrigação de suprir essas necessidades?

As questões acima delineadas condensam a forma de enxergar (leia-se, a *lente*) o crime e orientam a reflexão sobre as abordagens conferidas por cada sistema jurídico na busca por justiça. Enquanto a Justiça Criminal Tradicional busca responder o crime no sentido de que os ofensores recebam a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito (nos exatos termos do art. 59, do Código Penal pátrio), a Justiça Restaurativa responde de forma diferente, focando, primeiramente, nas necessidades das vítimas e nas obrigações do ofensor.

Postas essas considerações, mister registrar que a Justiça Restaurativa não se limita a criticar o desvirtuamento da *praxis* penal. A bem da verdade, em relação às más práticas do sistema criminal tradicional, há relativa unanimidade, mesmo entre os penalistas (não somente por parte dos cultores da Justiça Restaurativa).

Com efeito, é comum, na doutrina penal tradicional, a defesa de um Direito Penal mínimo, limitado à tutela dos bens jurídicos essenciais, na medida em que não é raro reconhecer -notadamente após os contributos da criminologia crítica- o caráter criminógeno, dessocializador e estigmatizante do sistema criminal. Assim, é de se perceber que o abismo existente entre a teoria da execução das penas (notadamente a sua função ressocializadora) e a sua prática são pontos em comum entre os penalistas tradicionais e os cultores da Justiça Restaurativa. A distinção fulcral é que, para estes últimos, a crítica não se limita, como dito, à *praxis* penal, mas se espraia para os mais estruturantes pilares teóricos da justiça criminal tradicional. (SANTOS, 2007, p. 461-462).

Com evidência, se porventura se cogitasse que o problema se encontrava *tout court* no abismo existente entre a previsão normativa e abstrata do Direito Penal e da execução penal e a sua efetiva concretização no mundo dos fatos -a *praxis*-,

para solucionar esse *mal* bastaria empreender esforços prospectivos para aliar a prática à teoria¹⁴. Com base nessa questionável premissa, poder-se-ia cogitar: se um dos problemas da pena privativa de liberdade é a superlotação do cárcere - *praxis*- então, para resolver o problema, bastaria a construção de mais presídios -o que, por simples razão matemática, faria surgir mais vagas- ou mesmo a formulação de medidas alternativas.

Contudo, a realidade fática mostra que a construção de presídios, as penas alternativas e outras mudanças tópicas e pontuais na legislação não têm sido suficientes para solucionar a grave crise do sistema penal. De fato, o problema atual não ocorre somente em razão de má aplicação ou desrespeito às garantias, tampouco por uma mera deficiência estrutural -falta de recursos humanos, falta de vagas nos presídios, e.g- mas verdadeiramente funcional, é dizer, a forma de responder ao problema.

Com efeito, tais medidas foram compreendidas no contexto da *racionalidade penal moderna*¹⁵, a qual consiste, em apertada síntese, no paradigma

14 Sobre o tema, Cláudia Santos assevera: “se todos -penalistas e “restaurativos”- se limitassem a achar que o problema da justiça penal é apenas a sua má prática, deveria haver certa unanimidade na afirmação de que se a teoria é boa e a prática é má, o que se deve alterar é apenas a má prática, preservando-se a boa teoria. Ora, se esta unanimidade está longe de existir é porque o paradigma restaurativo não se fica pelo repúdio da prática das instituições penais, antes procede a uma desconstrução crítica dos seus mais estruturantes pilares teóricos. (SANTOS, 2007, p. 462)”

15 Apenas para ilustrar nossa preocupação, citamos o recente caso das mulheres grávidas, puérperas ou mães (com crianças de até 12 anos) submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no paradigmático *Habeas Corpus* de nº 143.641 (STF, 2018). O legislador, mostrando-se preocupado com a formulação e implementação de políticas públicas voltadas para as crianças, editou a Lei nº 13.257/2016 (BRASIL, 2016), que promoveu alterações não só no Estatuto da Criança do Adolescente, mas também no Código de Processo Penal (vide, e.g, a obrigação das autoridades de averiguarem a situação dos filhos menores das pessoas presas, a inclusão do art. 6º, X; do art. 304, §4º e do art. 185, §10, todos do CPP). No que aqui nos interessa, convém salientar que o legislador alargou a hipótese de prisão domiciliar para gestantes (antes prevista somente para aquelas a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco; agora prevista de forma indistinta) e incluiu hipóteses que não existiam, quais sejam, mulheres com filhos de até 12 (doze) anos incompletos e homens, caso sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos.

Apesar do esforço legislativo, a jurisprudência se mostrou bastante resistente, negando aplicação, de forma sistemática, aos novos dispositivos, sob a justificativa de que a substituição da prisão preventiva por domiciliar não seria possível, em razão do perigo à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou risco à aplicação da lei penal. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *Habeas Corpus* para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

O aludido julgado (*Habeas Corpus* nº 143.641) nos mostra que a racionalidade penal moderna barra avanços na resolução dos conflitos, de modo que a cultura do punitivismo é, em nosso

marcadamente punitivo construído por meio de sucessivas escolas e Teorias do Direito Penal que convergiam, pelos mais diversos fundamentos, para a “necessidade de punir” (PIRES, 2004)¹⁶.

Não se trata, pois, de uma fase passageira, mas perene, razão pela qual se faz necessário reformular a base teórica, sob pena de toda e qualquer tentativa perder força dentro de um paradigma punitivista, funcionando como uma mera aspiração programática (SICA, 2007, p. 08-10).

Dessa forma, há de se notar, *ab initio*, que a proposta restaurativa não é uma mera medida alternativa, mas, verdadeiramente, uma alternativa às medidas existentes, que aparece como uma proposição rejuvenescedora para a reconstrução de um novo tecido social e a construção de solução de conflitos de forma consensual.

Digno de registro, inclusive, que, em um momento inicial, os cultores da Justiça Restaurativa buscavam defini-la através de uma oposição à justiça penal, sobretudo na frequente afirmação de que ela não é -e nem se pretende ser- retributiva, diferente da Justiça Penal Tradicional -constantemente referenciada, pelos cultores da Justiça Restaurativa, como Justiça Retributiva, nomenclatura que buscamos evitar, porque reconhecemos a importância que as finalidades preventivas também assumem na formulação teórica do Direito Penal.

Com evidência, o esforço retórico de valorar positivamente a Justiça Restaurativa, contrapondo-a com os defeitos -muitas vezes supervalorizados- da Justiça Penal Tradicional foi necessário inicialmente, em razão do impulso naturalmente exigível na defesa de um movimento que busca lutar para se impor frente a um paradigma que é dominante. Contudo, entendemos oportuno alertar, de logo, para a imprescindibilidade de nos esquivarmos de um debate simplista e

entender, um dos maiores óbices a serem enfrentados na proposta de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos.

16 Como bem analisa Álvaro Pires, a racionalidade penal moderna é uma maneira de pensar o sistema penal ligado a um conjunto de práticas institucionais voltadas para a obrigação de punir. Nesse sentido, Beccaria trouxe o utilitarismo (é necessário punir para não enfraquecer o efeito dissuasório do direito penal), seguido por Kant (é necessário punir por um imperativo categórico e por obrigação moral) e Feuerbach (a punição é consequência jurídica certa e necessária ao cometimento do delito). A expansão dessa racionalidade se deu por força das teorias da pena e dos discursos nela apoiados, que se resumem, em suma síntese, na *retribuição, dissuasão, reabilitação e denúncia*. Cada uma dessas teorias da pena, a seu modo, reafirmam a ideia de ser necessário punir sempre. Isso acaba por constituir um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e a quaisquer inovações na maneira de lidar com o problema do crime. (PIRES, 2004)

simplificador a respeito de atribuir à complexa realidade do sistema penal uma mera finalidade retributiva, sobretudo em razão da importância que as finalidades preventivas representam no pensamento penal, como já se disse alhures.

Na mesma ordem de ideias, Zehr, revendo posicionamentos anteriores, passa a defender que a Justiça Restaurativa não se contrapõe, necessariamente, à Justiça Criminal Tradicional (2012, p. 23).

Nessa esteira de inteligência, bem salienta Cláudia Cruz Santos:

uma linha de orientação que se crê nuclear é a da *rejeição de uma definição da proposta restaurativa pela negativa*, a partir da ideia de que ela não é aquilo que a justiça penal é, sobretudo quando se parte de uma concepção errônea ou insuficiente daquilo que caracteriza a justiça penal do nosso tempo e do nosso espaço (SANTOS, 2014, p. 161).

Isso não implica dizer -é importante ressaltar- que a Justiça Restaurativa não possa ser compreendida como modelo *diferente* da justiça penal¹⁷. É essa compreensão da especificidade do novo modelo que propomos nesse primeiro ponto, buscando aprofundá-la nos tópicos seguintes.

Desse modo, tem-se que a Justiça Restaurativa busca *transformar* a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no cotidiano, lidando com o crime de modo multidisciplinar, convergindo os mais diversos saberes, inclusive o conhecimento leigo.

Em suma, não existe uma resposta única, mas várias respostas para a pergunta: *o que é a Justiça Restaurativa?* Pode-se dizer que se trata de um processo de encontro, incluindo os interessados na decisão sobre o quê deve ser feito; uma mudança na concepção de justiça, que prefere a reparação à imposição de uma pena ou mesmo uma transformação nas estruturas sociais e na forma de interação entre os indivíduos (PALLAMOLLA, 2009, p. 59 -60)¹⁸.

17 Cláudia Santos assevera que a Justiça Penal Tradicional tem três elementos essenciais: 1) aceita a condenação do agente do crime a uma pena; 2) essa pena é aplicada de forma coercitiva pelo Estado, que detém o monopólio do *jus puniendi* e 3) a punição é um instrumento de defesa da comunidade e dos seus valores mais substanciais. Essas premissas, tidas por inquestionáveis pela Justiça Penal Tradicional, são reiteradamente questionadas pelos cultores da Justiça Restaurativa. (2007, p. 463).

18 À míngua de lei própria regulamentando a Justiça Restaurativa no Brasil, ganha importância fulcral a menção à Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016, a qual, ao dispor sobre a *Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário*, busca, expressamente, promover a *“uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação, assegurando uma boa execução da política pública respectiva”* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). No art. 1º, do aludido diploma, a Justiça

O crime passa, portanto, por uma reformulação conceitual, já que deixa de ser concebido como uma transgressão a uma norma jurídica, como uma violação contra o Estado, e passa a abarcar um escopo relacional, é dizer, a forma com que ele afeta as relações entre a vítima e o ofensor, entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o sistema de justiça e de governo.

Destarte, reclama-se atenção para colocar as necessidades da vítima como ponto de partida no processo de resolução do conflito, sem posicioná-la em uma situação de superioridade, bem como sobre a necessidade de repensar as consequências que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo.

Seguindo essa esteira de intelecção, Caetano Duarte (2006, p. 49) aduz que:

A idéia (*sic*) de reparação encara o crime como uma ofensa feita por um indivíduo aos direitos de outro. A justiça consistirá em o culpado agressor reparar o mal que provocou. Esta simples idéia (*sic*) vai obrigar a uma focagem diferente da imagem do crime, pois deixa de haver uma ofensa à sociedade (que a sociedade tinha de reprimir e castigar) para existir uma ofensa a uma pessoa individualizada (que o agressor tem de compensar reparando o mal causado).

Os escopos maiores almejados pelas práticas restaurativas são, pois, a reparação dos danos, a restauração do conflito e o fortalecimento da comunidade e não a punição como fim em si mesmo. A ideia é de que a intimidação e a reabilitação do ofensor passem a ser objetivos a serem alcançados, de forma incidental, pela justiça criminal, tendo esta, como objetivo precípua, em vez disso, a reparação do mal causado, somado à pacificação social.

Restaurativa é assim conceituada: “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.(...)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

2.2 ANTECEDENTES DO MOVIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Já delineados os principais traços de definição da Justiça Restaurativa, bem como a dificuldade existente para a formulação de um conceito único, mister revolver as origens da proposta restaurativa, a fim de melhor maturar a compreensão do tema, porque cremos não ser possível entender qualquer fenômeno do direito à revelia do percurso histórico de sua consolidação.

Nesse sentido, há de se pontuar, preliminarmente, que a reflexão sobre as origens da Justiça Restaurativa recebem notáveis contribuições da Vitimologia, do Abolicionismo penal e da Criminologia Crítica. Do primeiro movimento herdou-se, em suma síntese, a preocupação com a reparação da vítima em face dos danos que lhe foram causados pela prática delitiva. Da Criminologia Crítica¹⁹ e dos movimentos abolicionistas, por sua vez, a Justiça Restaurativa se apropriou das críticas à Justiça Penal Tradicional (SANTOS, 2014, p. 48).

O abolicionismo penal converge um conjunto heterogêneo de doutrinas²⁰ que, em comum, não reconhecem legitimidade ao sistema penal e almejam a sua total

19 Cláudia Santos relembra que a denominação *criminologia crítica* é responsável por agrupar distintas correntes criminológicas que revelam alguns aspectos comuns, dentre as quais se destacam o *labeling approach* e a criminologia radical marxista (2014, p. 62-63). Com a Criminologia Crítica, operou-se verdadeira mudança epistemológica, que, focando as atenções não na figura do delinquente, mas na instância formal de controle, superou a matriz positivista e abriu espaço para uma reflexão crítica do sistema penal, a qual influenciou o próprio pensamento restaurativo. O crime deixa de ser visto como uma qualidade intrínseca da conduta, ou uma entidade ontológica pré-constituída, e passa a ser tratado como uma qualidade *-etiqueta* – atribuída a determinada conduta e a determinados sujeitos por processos complexos de interação social e de processos formais e informais de seleção. Ocupa-se, portanto, com as reações das instâncias oficiais de controle social, é dizer “o efeito estigmatizante da ação policial; dos órgãos de acusação pública e dos juízes” (BARATTA, 2004, p. 84). Assim, a criminalidade não é mais tida como ontológica, mas como um *status* proveniente de um duplo processo: a definição legal de crime e a seleção que etiqueta e estigmatiza o autor como criminoso dentre todos aqueles que praticam aquela conduta. Esse giro epistemológico é de suma importância para o semear da Criminologia Crítica, na medida em que ao retirar essa natureza ontológica do crime, o foco, antes estabelecido na investigação das causas do delito, passa para o estudo da reação social à conduta desviada, que conflui para uma crítica consistente do Sistema Penal, notadamente quanto à conclusão de que o fracasso da pena se dá apenas em relação aos seus discursos oficiais -retribuição, prevenção e ressocialização-, porque em relação a seus objetivos ocultos, quais sejam, construir seletivamente a criminalidade e promover a violência institucional -fabricando criminosos-, de modo a garantir privilégios da classe dominante e manter uma sociedade desigual, a pena teria um êxito absoluto.

20 Vera Regina Pereira de Andrade destaca que o abolicionismo tem diversas variantes, com diferentes fundamentações metodológicas, nominando os principais precursores, quais sejam, Michael Foucault; Thomas Mathiesen; Louk Hulsman; Nils Christie; Sebastian Scheerer e Heinz Steinert. (2006, p. 465). Uma análise minuciosa de cada uma das propostas abolicionistas dos autores relacionados escapa ao objetivo do nosso trabalho, demandando pesquisa aprofundada, que, malgrado valiosa, deve ser feita em tempo e espaço próprios. Portanto, optamos, tão só, por advertir

eliminação, seja porque refutam o seu fundamento ético-político, seja porque enxergam a resposta penal como mais perniciosa que o próprio crime, por entenderem que produz males maiores do que os que pretende evitar (FERRAJOLI, 2006, p. 231-232).

Assim, buscando superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas (leia-se: a sanção penal institucionalizada, englobando suas mais distintas formas, inclusive as penas não restritivas de liberdade), o abolicionismo não aceita as justificativas do sistema frente aos prejuízos que ele enseja para o agente e para a comunidade.

Por essa razão, o movimento abolicionista não propugna a substituição da prisão por outra espécie de medida, mas, para além disso, defende a inteira rejeição do sistema penal²¹, baseando-se em propostas político-criminais estruturadas na premissa de que esta deveria ceder espaço a outras instâncias de solução de conflitos, a exemplo do processo civil.

De se notar, pois, que do abolicionismo emergem duras críticas a respeito do sistema de justiça criminal tradicional²², sendo, a todo o tempo, destrinchadas as suas limitações e carências, a exemplo do conceito não operacional do delito, a inidoneidade funcional da pena, o elevado índice de cifras ocultas²³, a desigualdade

ao leitor da heterogeneidade das propostas abolicionistas, centrando-nos, nesse subtópico, em tecer breves comentários a respeito das críticas feitas à Justiça Criminal Tradicional e a sua influência no movimento da Justiça Restaurativa.

21 Luigi Ferrajoli, almejando maior precisão terminológica, distingue as doutrinas abolicionistas das substitutivas e reformadoras. No primeiro grupo estariam abarcadas tão somente aquelas doutrinas que reputam o Direito Penal ilegítimo, propondo a substituição da sanção punitiva por meios pedagógicos ou instrumentos informais e sociais de controle. As doutrinas substitutivas, por sua vez, malgrado defendam a abolição da pena, continuam a propor que a reação ao crime seja consubstanciada em tratamentos pedagógicos ou terapêuticos que não são meramente sociais, mas institucionalizados e coercitivos. Por fim, as doutrinas reformadoras defendem a redução da intervenção penal, bem assim a substituição crescente da pena restritiva de liberdade por outras menos aflitivas. (2006, p. 231).

22 A bem da verdade, o arcabouço crítico ao sistema de justiça criminal tradicional, que tanto contribui para o movimento restaurativo, não é próprio, tão só, do abolicionismo, mas também da Criminologia Crítica (ACHUTTI, 2014, p. 51). Inobstante, dentre as correntes criminológicas que criticam o sistema tradicional -em maior ou menor grau- as abolicionistas ganham destaque, por “atingir a espinha dorsal que sustenta o sistema de justiça criminal – o conceito de crime e a apropriação do conflito pelo Estado” (ACHUTTI, 2014, p. 51-52), demonstrando, com maior relevo, as suas limitações estruturais.

23 “Cifra Negra” é a expressão constante da obra consultada (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 64), mas aqui optamos por substituí-la pelo sinônimo “Cifra oculta” (assim utiliza ANDRADE, 2006, p. 471; SANTANA, 2010, p. 22, e.g), por entendermos mais adequada, por não fazer referência a termos que eventualmente façam alusões negativas a questões raciais. De todo modo, vale dizer que o termo

e seletividade arbitrária do sistema penal, bem como o seu caráter criminógeno e consequencial. (HULSMAN; CELIS, 1993, *passim*)²⁴.

Conforme defende Louk Hulsman, não há nada na natureza do fato que permita reconhecer se determinada conduta é, ou não, um crime, na medida em que a sua tipificação varia no tempo e no espaço. É dizer, os mais variados tipos penais (receptação, favorecimento pessoal, estupro, homicídio, *insider trading*, etc.) não possuem um denominador comum, salvo o fato de terem sido escolhidos pelo sistema de justiça criminal para examiná-los, razão pela qual assevera o autor que é a lei que cria o crime, bem assim o criminoso, eis que a sua definição é fruto de uma decisão humana modificável. (1993, p. 64).

Demais disso, as correntes críticas asseveram que o sistema penal é incapaz, do ponto de vista estrutural, de proteger os bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade e fornecer segurança pública ao corpo social. Ou seja, o sistema de justiça criminal é incapaz de cumprir as funções que o legitimam, porque a sua função real é de construir seletivamente a criminalidade, reproduzindo as desigualdades sociais e criminalizando os baixos estratos sociais.

Além de atuar seletivamente, o sistema penal tradicional incide sobre uma parcela ínfima de casos, confirmando que a intervenção é simbólica e passa uma falsa sensação de segurança jurídica. E, ao discorrer sobre a experiência latino-americana em reação aos crimes econômicos e de colarinho branco, Zaffaroni assevera que há uma quase total incapacidade dos setores penais em resolver esses conflitos, na medida em que “existe uma inoperância geral dos nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos” (1991, p. 108).

A pena, assim, para os abolicionistas, não seria um meio adequado para enfrentar o delito, por não surtir os efeitos almejados, mesmo em um cenário ótimo,

designa “o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 65)

24 Na mesma esteira, Achutti assevera que: “Os diferentes abolicionistas mencionam, resumidamente, que o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma resposta legal para o problema; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados oficialmente como crime.” (2014, p. 38)

na medida em que o sistema não se prestaria, tão só, para punir o criminoso, mas para perpetuar o *status quo* e uma ordem social injusta, que seleciona e estigmatiza; além de roubar o conflito das vítimas, alocando-as em posição de completo esquecimento, não apresentando nenhum efeito positivo para as pessoas envolvidas nos conflitos.

Tais críticas foram apropriadas pelos cultores da Justiça Restaurativa, quando da origem do pensamento restaurativo, como motor propulsor da busca de uma solução mais adequada aos danos resultantes do cometimento de crimes. Entretanto, como bem salienta Cláudia Santos, é bom ressaltar que, malgrado a justiça restaurativa tenha, na sua gênese, nítida inspiração abolicionista, ela começa a “trilhar um caminho próprio, por vezes até aberto à custa do reconhecimento das limitações daquele abolicionismo penal.” (2014, p. 62).

Dito de outro modo, embora se reconheça a influência do abolicionismo no pensamento restaurativo, não se pode dizer que a Justiça Restaurativa encampa, por completo, uma proposta abolicionista, notadamente porque se reconhece a importância conferida às garantias processuais e penais²⁵, bem como por conta do reconhecimento da necessidade do cárcere para situações limite.

25 Digno de registro que a Justiça Restaurativa propõe algumas flexibilizações de garantias penais e processuais penais, na medida em que, malgrado pautada em uma visão mais humanista e cooperativa, não deixa de implicar, em certa medida, em um gravame ao ofensor, ainda que esse ônus não enseje, necessariamente, uma imposição de dor (como a pena privativa de liberdade). Nesse contexto, poder-se-ia argumentar que a Justiça Restaurativa promove um déficit de legalidade e de imparcialidade (já que não seria um terceiro imparcial que decidiria o conflito, mas as próprias partes, as quais, por excelência, são imparciais), bem assim que essa solução consensual poderia ferir caras garantias do suposto ofensor, que, sob o temor de se ver subjugado a um processo penal, se submeteria a um ônus (ainda que restaurativo) sem ter se formado a sua culpa. Poder-se-ia argumentar, ainda, que, por conta da informalidade dos procedimentos e do próprio modo em que é construída a solução para o caso concreto, há riscos de violação à proporcionalidade, na medida em que, em tese, encontros restaurativos distintos poderiam ensejar diferentes respostas para casos semelhantes.

Nada obstante os referidos argumentos, que devem ser objeto de profundo estudo e reflexão, tem-se que essas consequências podem ser significativamente reduzidas se boas práticas forem adotadas. Nesse contexto, é imperioso ressaltar que a Justiça Restaurativa não atua ao arrepio da lei e das garantias, mas as efetiva de uma outra forma: ela toma a lei como referência para favorecer a aproximação das perspectivas das partes, reforçando, ao final, a legitimidade do sistema. De mais a mais, não se pode descuidar que de nada adiantam as garantias da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório se, imersos em um paradigma punitivo, só levam à certeza da punição severa. Nem mesmo a legalidade, valor mais caro do garantismo, configura uma segurança jurídica útil, em face da hiperinflação legislativa, com criminalização excessiva e de forma vaga e não taxativa.

Perceba-se, pois, que as críticas acima referidas pressupõem que o sistema penal tradicional tem um alto respeito às garantias, o que não é verdade, o que nos permite concluir que as garantias representam um obstáculo muito mais retórico que efetivo. Ademais, pensar em aplicar as garantias a qualquer custo, sem cogitar temperá-las, nem mesmo para evitar que o indivíduo se submeta ao

Com efeito, a total prescindibilidade do sistema penal pressupõe um alto nível de maturidade democrática, de elevada cultura de paz em toda a sociedade, bem como uma igualitária estrutura social, com padrões ótimos de educação e de atendimento aos direitos fundamentais, o quê, por certo, não se encontra, na completude, em nenhum canto do globo, máxime nos países periféricos.

Por outro lado, no que pertine à influência do movimento vitimológico, apropriou-se a Justiça Restaurativa da revalorização da vítima do delito, a qual experimentou um secular e deliberado abandono, e da preocupação em relação à reparação aos danos por ela sofridos.

Selma Santana ensina que a vítima, antes do surgimento do Direito Penal, encontrava-se situada no centro dos sistemas de justiça estruturados sob o pálio da vingança privada, na medida em que ela própria, ou seus familiares, eram os responsáveis por administrar a justiça, encarregando-se de conferir solução ao problema. Ocorre que, com a tomada do monopólio do *jus puniendi* pelo Estado, a figura da vítima começou a ser olvidada, na medida em que a reação ao delito passou a ser relacionada, tão somente, ao Estado, enquanto garantidor da ordem pública, e ao réu, neutralizando o ofendido. (2010, p. 17-18).

Com efeito, a centralização estatal na administração dos conflitos penais impossibilita que as partes tenham participação ativa na resolução de seus problemas, sobretudo quando se tem em conta que aqueles que lidam com os conflitos, é dizer, os profissionais do sistema de justiça (promotores, juízes, delegados de polícia, advogados, etc.) são pessoas comumente desconhecidas das

processo penal, sabidamente estigmatizante e gravoso, é, *data venia*, ilógico e contraditório, pois que, em última análise, estar-se-ia utilizando a garantia contra o próprio indivíduo.

De fato, a flexibilização das garantias em favor (ressalte-se, somente em favor) do réu seria, para ele, de todo interessante, de modo que, nas vertentes limitadoras do poder punitivo, as garantias permaneceriam intocadas. Pensar diferente, com estrita e rígida observância às garantias seria, em última análise, vulnerar o protegido sob o manto de protegê-lo, porque contém o aumento das possibilidades jurídicas (mais benéficas, inclusive), de soluções do conflito. Registre-se que mesmo a presunção de inocência seria preservada, na medida em que é assegurado ao réu o retorno aos meios tradicionais da Justiça Criminal, sendo que as tratativas dispostas nas práticas restaurativas não podem ser levadas à justiça tradicional (princípio da confidencialidade), impedindo-se assim, que a predisposição do autor em participar do processo restaurativo seja utilizada em seu desfavor. (TIVERON, 2014, p. 387).

Nesse sentido, o direito ao processo deve ser visto como um direito, não como um dever. E para que esse direito seja pleno e realizável, os envolvidos devem, se assim quiserem (após formarem seu consentimento informado -com assistência jurídica digna que lhe garantam a melhor escolha-, poder renunciar ao processo. Não se trata, portanto, de abandonar o garantismo penal, mas, ao revés, promover a máxima efetivação dos postulados garantistas, dentro de uma perspectiva restaurativa, como uma forma de garantismo positivo (SICA, 2007, p. 132).

partes. Nesse cenário, a vítima passa a ter importância apenas para informar as circunstâncias em que ocorreu o crime, cooperando com a investigação e servindo, tão somente, como declarante durante o julgamento do réu (DUSSICH, 2012, p. 54)

Para além disso, a noção de bem jurídico acarretou uma objetivação da figura da vítima, na medida em que ela passou a ser tratada como o sujeito titular de um valor (a saber, o bem jurídico), e não mais o sujeito que sofreu a ação delitiva (SANTANA, 2010, p. 18). Veja-se, pois, que, dentro desta perspectiva, o delito não é tratado como uma ofensa à pessoa, mas a um bem jurídico, retirando o foco da vítima e das suas necessidades que surgiram a partir do conflito.

Considera a doutrina que a Vitimologia teve início com a obra *The Criminal and his Victim*, de Von Henting, seguido por Mendelsohn, que potencializou os seus ensinamentos²⁶. Contudo, nesse primeiro momento, os estudos vitimológicos foram nitidamente marcados por um cariz positivista, preocupando-se, em maior medida, com o estudo dos elementos psíquicos do complexo criminógeno existente na relação entre a vítima e o criminoso.

Nesse momento primevo, buscava-se estudar o comportamento da vítima, durante o crime, para determinar o grau de responsabilidade do autor do delito, a qual poderia ser atenuada, ou mesmo excluída, a partir da conduta do ofendido.

A influência desses estudos iniciais se faz presente, até hoje, no nosso ordenamento jurídico, conforme faz prova a circunstância judicial do *comportamento da vítima*, prevista no art. 59, do Código Penal. Sobre o tema, doutrina e a jurisprudência posicionam-se de forma amplamente majoritária no sentido de que a aludida circunstância só poderá ser considerada neutra ou favorável ao réu, jamais podendo ser valorada negativamente, de modo a justificar a exasperação de sua pena-base. A questão é de tal modo pacificada que o Grupo de Trabalho sobre Dosimetria da Pena, do Ministério Público Federal, registrou não ter encontrado, dentro da vasta amostra de julgados pesquisada no Supremo Tribunal Federal,

26 Nesse sentido preleciona Palamolla (2009, p. 47): “a vitimologia toma fôlego e ganha destaque nos anos 80, todavia, seu início não se deu aí. Pode-se dizer que a vitimologia teve início com a obra *The Criminal and his Victim* (1948), de Von Henting, autor que apontou a contribuição da vítima ao delito e afirmou a existência de vários tipos de vítimas. Depois dele, Mendelsohn (1974) deu seguimento a seus ensinamentos, potencializando-os através de uma classificação que levava em conta o grau de culpabilidade da vítima na produção do delito. Estes autores, portanto, foram responsáveis por introduzir a noção de níveis de responsabilização da vítima na sua própria vitimização e, devido ao destacado caráter positivista de seus estudos, foram alvo de várias críticas.”

Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, um único julgado em que o comportamento da vítima fosse valorado como circunstância judicial desfavorável ao sentenciado. (BRASIL, 2016, p. 58).

A exposição de motivos do Código Penal, no item 50, que melhor esclarece as diretrizes para a fixação da pena, estabelece que se fez referência expressa “ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.” (BRASIL, 1983). Compreendemos que tal entendimento, além de refletir uma concepção patriarcal e machista de há muito obsoleta (“pouco recato da vítima contra os costumes”), acaba por esvaziar, completamente, o sentido e utilidade da valoração do comportamento da vítima, condenando, por vias transversas, o princípio da individualização da pena à inocuidade, tornando letra morta a aludida circunstância judicial.²⁷

Digno de registro que, para Selma Santana, o tema se insere no âmbito da vitimodogmática, à qual atribui “pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão e tão somente, para o autor do delito”. (2010, p. 19)²⁸.

Acompanhando, contudo, a tendência criminológica da teoria da reação social, os movimentos vitimológicos se afastaram da busca pelas causas biológicas, antropológicas e sociais que levavam alguém a se tornar vítima, passando a centrar o foco de análise nos processos de vitimização -primária, secundária e terciária-, os quais revelaram o mais completo desamparo sofrido pela vítima ao longo da

27 Defendemos que as regras pertinentes ao direito penal e ao processo penal devem sempre ser interpretadas sob *dúplice vértice*, de modo a promover a proteção do acusado e a proteção da sociedade, o que se traduz tanto no repúdio à excessiva intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, quanto à deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social, inclusive a vítima. Assim, em observância ao princípio da individualização da pena, ainda que não seja possível valorar-se negativamente o comportamento da vítima sempre que ela não tenha contribuído para o delito (comportamento neutro do ofendido), entendemos ser necessário considerar a circunstância desfavorável -e não de forma neutra- para o agente quando a vítima dificultou ou foi mais afetada pela prática do crime, assumindo uma posição ativa no sentido de demover o agente de sua ação criminosa, o que torna o fato objetivamente mais censurável, merecedor de maior reprovação, portanto.

28 A autora explica que a vitimodogmática analisa a contribuição da vítima para o cometimento do delito, a fim de determinar o grau de responsabilidade do ofensor. Assim, em tese, a depender da conduta do ofendido, seria possível admitir a atenuação, ou mesmo a própria exclusão da responsabilidade do autor do delito. Acrescenta a autora, ainda, que a vitimodogmática parte da premissa de que o Direito Penal destina-se à proteção de bens jurídicos, razão pela qual, caso a vítima (que detém seus próprios meios de autoproteção) opte por renunciar ao uso das medidas de proteção de que dispõe, poder-se-ia cogitar a possibilidade de isenção de responsabilidade do autor do delito. (SANTANA, 2010, p. 19)

persecução penal (tanto na fase inquisitorial quanto na fase judicial). (PALLAMOLLA, 2009, p. 50).

Foi na década de 60 do século XX, com o movimento de direitos civis, o movimento de mulheres e o movimento de “*Law and Order*” que a assistência direta às vítimas começou a surgir nos Estados Unidos, rendendo maiores frutos na década seguinte, com as preocupações e esforços das feministas, que lutaram para combater o estupro e a violência contra a mulher. Em 1972, o primeiro programa completo de assistência às vítimas foi criado em Missouri, nos Estados Unidos, espalhando-se, após, para outras unidades federativas. Tais programas promoviam assistência aos ofendidos para tratar de seus danos e traumas, bem assim para combater os inconvenientes e eventuais abusos que a vítima sofria ao interagir com o sistema de justiça criminal. (DUSSICH, 2012, p. 54-55).

Bem é de se ver, portanto, que a Justiça Restaurativa tem sólidos pontos de contato com a Vitimologia, notadamente a busca pela reparação, mas é preciso ressaltar que com ela não se confunde, porque os seus horizontes são mais amplos, não se preocupando apenas com as vítimas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito.

Exsurge desse contexto, portanto, uma nova proposta de pensar a forma de gerir o conflito penal, qual seja, a Justiça Restaurativa, que operacionaliza o uso de práticas diferenciadas como maneira de gestão e de novas respostas ao delito.

Postas essas considerações, há ainda que se mencionar que as práticas restaurativas – ainda que de início não levassem esse nome- se desenvolveram em momentos distintos da história e em lugares diferentes do globo, tanto no Ocidente, quanto no Oriente, sendo permeadas, a toda evidência, por contextos histórico-culturais diversos e por concepções distintas de como deve ser a Justiça Restaurativa. Nesse sentido, Sica assevera que, no Oriente, há marcas restaurativas nas tradições antigas de alguns povos, as quais centravam a resposta do delito mais na vergonha e no arrependimento do agente que no castigo em si, como é o caso do Japão, “onde, embora o sistema atual de justiça criminal tenha todos os elementos formais dos modelos alemão e norte-americano, na prática os operadores encontram espaço para introduzir uma série de elementos restaurativos.” (SICA, 2007, p. 21).

Foucault (1987, p. 195) assevera que a prisão surge com a reforma humanista do fim do século XVIII, como forma de racionalizar a punição, de caráter corporal e aflitivo, praticada na idade média. Em momento anterior a esse período, a justiça costumava ser feita, em muitos lugares do mundo, de forma consensual e comunitária, o que desconstrói o ideal tão naturalmente propagado da normalidade da prisão²⁹. Dito de outro modo, o modelo de consenso, marca da Justiça Restaurativa, não é tão novo como pensamos, ainda que a construção teórica em seu redor tenha surgido há poucas décadas.

O movimento, por conta do sucesso na prevenção e na diminuição da reincidência de infratores, despertou interesse generalizado e, em razão disso, a Organização das Nações Unidas –ONU- passou a recomendar a adoção das práticas restaurativas. Veja-se, nesse sentido, a Resolução nº 2002/12, que, reportando-se à Resolução nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, marco inicial da regulamentação da matéria, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, definiu as bases principiológicas da Justiça Restaurativa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012)

É certo que tais resoluções são referências internacionais da matéria e a influência por elas exercida foi muito forte, sobretudo porque, em nosso entender, para que o movimento restaurativo ganhe a robustez necessária, faz-se imprescindível a alteração no ordenamento jurídico interno. Tais reflexos podem ser sentidos, por exemplo, no constitucionalismo da América Latina, com a inserção da Justiça Restaurativa no art. 250 da Constituição da Colômbia³⁰, bem como no art. 518 e seguintes, do seu Código de Processo Penal³¹.

29 Diz o autor: “No fim do século XVIII e principio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. (...) A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade. Mas também um momento importante na história desses mecanismos em que aqueles colonizam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas” (1987, p. 195).

30 ARTICULO 250º—Modificado. A.L. 3/2002, art. 2º. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial,

No Brasil, a Justiça Restaurativa vem ganhando cada vez mais força, com várias práticas isoladas no país e alguns projetos-piloto em andamento, desenvolvidos em conjunto pelo Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

A título de exemplo, podemos citar o Projeto-piloto de Justiça Restaurativa desenvolvido nos Juizados Especiais do Fórum do Núcleo Bandeirante, no Distrito Federal; o de Porto Alegre-RS, “Justiça do Século XXI”, voltado para a justiça da infância e juventude, e o de São Caetano do Sul-SP, também voltado para este mesmo âmbito. Há, ainda, um Núcleo de Justiça Restaurativa, em Salvador, e projetos semelhantes em Belo Horizonte, no Mato Grosso do Sul e em outros lugares do Brasil (TIVERON, 2014)³².

Imperioso salientar, ainda, a Resolução nº 225, do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), bem como a “Política Nacional de Alternativas Penais”, instituída pela Portaria nº 495/2016, do Ministério da Justiça (BRASIL, 2016), que elencou a justiça restaurativa como parte das alternativas almejadas³³. Há, outrossim, a Resolução nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que reconhece expressamente as práticas restaurativas como instrumentos efetivos de pacificação

querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. (COLÔMBIA, 1991)

31 ARTÍCULO 518. DEFINICIONES. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. (COLÔMBIA, 2004)

32 Para maiores detalhes a respeito de cada um desses projetos-piloto, recomenda-se o acesso aos sites institucionais dos respectivos Tribunais de Justiça, que contêm notícias várias a respeito do tema: <http://www.tjdft.jus.br>; <http://www.tjrs.jus.br>; <http://www.tjsp.jus.br>; <http://www5.tjba.jus.br>; <http://www.tjmg.jus.br> e <http://www.tjms.jus.br>.

33 Veja-se o art. 1º, parágrafo único, IV, da Portaria nº 495/2016, do Ministério da Justiça: “Art. 1º - Fica instituída a Política Nacional de Alternativas Penais, com o objetivo de 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.(...) IV - conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa; (...). (BRASIL, 2016).

social, resolução e prevenção de litígios, considerando que “a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento” (CNMP, 2014).

Nota-se, portanto, que, malgrado o ordenamento jurídico brasileiro atual não preveja, ainda, lei ou dispositivo de lei referente à Justiça Restaurativa, experiências vêm sendo realizadas no território pátrio, com cada vez mais incentivo e suporte institucional, a demonstrar, inelutavelmente, a necessidade de implementação desse modelo.

2.3 DESMISTIFICANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Tendo em vista a fluidez do modelo, optamos por apresentar um tópico em apartado para definir aquilo que a Justiça Restaurativa não é, a fim de evitar compreensões equivocadas a respeito do tema.

No particular, Zehr bem elenca alguns pontos esclarecedores, que podem ser assim enumerados: 1) A Justiça Restaurativa não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação; 2) A Justiça Restaurativa não é mediação; 3) A Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série; 4) A Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico; 5) A Justiça Restaurativa não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou ofensores primários; 6) A Justiça Restaurativa não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos; 7) A Justiça Restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal; 8) A Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento; 9) A Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva. (2012, p. 18-23).

Assim, nos apropriaremos de cada um dos tópicos referidos para, além de sintetizar as principais ideias do autor, fornecer a nossa contribuição pessoal a respeito de cada ponto que precisa ser desmistificado.

2.3.1 O perdão e a reconciliação não são tidos como objetivo principal pela Justiça Restaurativa.

É bem verdade que o ambiente das práticas restaurativas propicia um terreno mais fértil para a ocorrência de reconciliação ou perdão que o do processo penal tradicional³⁴, no qual, inclusive, a comunidade sequer participa da construção da resposta penal. Todavia, esta é uma escolha que compete aos participantes, por mera liberalidade, não devendo haver coação para que isso ocorra.

Braithwaite elenca o perdão no grupo dos *emergent standards*³⁵, é dizer, como valores que não devem ser obrigatoriamente esperados dos participantes (2002b, p. 570), aduzindo que:

Nós procuramos ativamente persuadir os participantes que eles devem escutar respeitosamente, mas nós não os exortamos a perdoar. É cruel e errado esperar que uma vítima do crime perdoe. Desculpas, perdão e misericórdia são dons; eles só têm significado se surgirem de um desejo genuíno na pessoa que perdoa, pede desculpas ou concede misericórdia. Além de ser moralmente errado impor tal expectativa, nós poderíamos destruir o poder moral do perdão, desculpas ou misericórdia para convidar os participantes de um processo de justiça restaurativa para considerar a oferta durante o processo. As pessoas levam tempo para descobrir os recursos emocionais para desistir de tais dons. Isso não pode, não deve, ser esperado (BRAITHWAITE, 2002b, p. 570-571)³⁶

Assim, não é de se esperar que a vítima (ou a comunidade), necessariamente, perdoe o ofensor. Não é esse o móvel das práticas restaurativas. Com efeito, o perdão é uma dádiva e só significará algo se frutificar um desejo

34 Não se pode descurar que a Lei nº 9.099/95, com os seus institutos despenalizadores (composição de danos, e.g) aprofundou o diálogo entre ofensor e vítima, mas não se olvide que os Juizados Especiais Criminais continuam a se valer das estruturas formais de justiça, havendo uma pressão excessiva pela celeridade processual, com marcante cariz utilitário, sem se preocupar com a reconstrução do tecido social desgastado pelo delito.

35 Braithwaite (2002b, *passim*) propõe a classificação dos valores (leia-se, para o autor: *standards*) em padrões de restrição (*constraining standards*); padrões maximizadores (*maximizing standards*) e padrões emergenciais (*emergent standards*). Em suma, os primeiros seriam responsáveis por precisar direitos e limites; os segundos revelariam características a serem incentivadas nas práticas restaurativas, enquanto o terceiro grupo lista valores que, malgrado desejáveis, não devem ser obrigatoriamente esperados dos participantes.

36 Tradução livre. No original: “We actively seek to persuade participants that they ought to listen respectfully, but we do not urge them to forgive. It is cruel and wrong to expect a victim of crime to forgive. Apology, forgiveness and mercy are gifts; they only have meaning if they well up from a genuine desire in the person who forgives, apologizes or grants mercy. Apart from it being morally wrong to impose such an expectation, we would destroy the moral power of forgiveness, apology or mercy to invite participants in a restorative justice process to consider proffering it during the process. People take time to discover the emotional resources to give up such emotional gifts. It cannot, must not, be expected.(...)” (BRAITHWAITE, 2002b, p. 570-571)

genuíno na pessoa que perdoa, o que demanda tempo e reflexão e poderá não ocorrer durante o encontro restaurativo.

Não se pode confundir, portanto, a Justiça Restaurativa com, apenas, um pedido de desculpas, porque ela não “significa necessariamente concessão ou pedido de perdão – a menos ou até que as vítimas ou sobreviventes se sintam prontos para oferece-los livremente” (TIVERON, 2014, p. 446).

Também por outra razão não se pode afirmar que o perdão e a reconciliação são tidos como objetivo principal pela Justiça Restaurativa. É que não se pode admitir que, em todo e qualquer caso, o perdão e a reconciliação sejam a única resposta ao delito praticado. Com efeito, seria pouco palatável a ideia de que condutas gravemente danosas para a segurança da vítima e para a paz da comunidade pudessem se sujeitar a uma reação que encerre apenas um bem ao agente, pois que tem de haver na resposta ao crime algo que o ofensor e a comunidade entendam como um ônus, uma desvantagem decorrente da conduta indevida por ele praticada (SANTOS, 2007, p. 464)³⁷.

De fato, haverá hipóteses (e a avaliação deverá ser feita à luz da concretude dos fatos - caso a caso) em que a solução do conflito individual obtida com a reparação dos danos causados ao ofendido (e, com ainda mais razão, com o perdão ou a reconciliação) não será suficiente para sanar, por completo, o conflito de natureza coletiva originado pelo delito. Nesse contexto, esclarecedoras são as palavras de Cláudia Santos, quando defende que “é precisamente por a justiça penal ter de se preocupar também com as vítimas futuras que não pode ocupar-se exclusivamente das necessidades da vítima concreta” (2007, p. 466).

A autora pontua que o crime, enquanto fenômeno único, pode desencadear, a um só tempo, dois conflitos³⁸: um conflito concreto -entre o ofensor e a vítima-, que

37 Cláudia Santos explica que a reação a uma conduta desvaliosa não pode ser só um bem, sob pena de não cumprir as suas próprias finalidades de evitar a reincidência do agente, ou garantir a manutenção da confiança coletiva na validade da norma que proíbe o comportamento delitivo, razão pela qual o “agente e a comunidade não podem sentir que à violação da norma corresponde um prêmio” (*sic*- SANTOS, 2007, p. 464).

38 O título da obra [“Um crime, dois conflitos (E a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)] (SANTOS, 2007) já esclarece alguns questionamentos realizados pela autora e a sua reflexão crítica a respeito de um dos pensamentos estruturais da Justiça Restaurativa. Ao revisar a aludida *quaestio*, defende a doutrinadora que o conflito jurídico-penal não foi roubado pelo estado, porque essa dimensão abstrata, é dizer, o conflito entre a conduta delituosa do ofensor e os valores essenciais para a defesa da sociedade devem continuar a ser objeto do sistema de justiça criminal tradicional. (2007, p. 472).

demanda maior consideração às necessidades do ofendido, e um conflito abstrato, que vulnera valores tidos como essenciais pela comunidade (dimensão coletiva do conflito) e, portanto, também deve ser merecedor de atenção³⁹.

Por tais razões, não se pode ter por satisfeita, em um crime de homicídio qualificado tentado, cujo *modus operandi* revelou destacada gravidade concreta, por exemplo, uma resposta que se limite a um pedido de desculpas por parte do ofensor, ainda que seja apenas isso que a vítima pretende. Por evidente, as necessidades do ofendido deverão ser levadas em consideração nas práticas restaurativas - e poderão repercutir na sanção atribuída ao ofensor -, mas não se pode descurar que a Justiça Penal tem de olhar, também, para o futuro e se preocupar com a defesa da comunidade (SANTOS, 2007, p. 466).

2.3.2 Justiça Restaurativa não é Mediação

Assentada a primeira premissa, importante também distinguir a Justiça Restaurativa da Mediação. Essa rotineira assimilação é feita porque nos programas de mediação, bem como em muitos programas restaurativos, o desenvolvimento das práticas é desenhado em torno de um encontro facilitado entre vítimas e ofensores. Ainda a corroborar o aludido entrelaçamento, Pallamolla aduz que “não há dúvida que uma das práticas restaurativas mais utilizadas é a mediação” (2009, p. 107).

Digno de registro, todavia, que a mediação vítima-ofensor é apenas uma das expressões da Justiça Restaurativa, sendo importante lembrar que as práticas restaurativas são muito mais amplas, abarcando outras medidas, a exemplo dos *sentencing circles* e *family-group conferences*⁴⁰.

39 Ressalte-se que a Cláudia Santos reconhece a riqueza e a complexidade da vida, pelo que defende que os distintos conflitos podem assumir relevâncias diversas, a depender da situação concreta. Assevera, nesse sentido, que “em alguns crimes -pensemos nos ditos crimes sem vítimas ou nos crimes de vítima abstracta (*sic*)- o conflito preponderante é o de natureza colectiva (*sic*). Em outros crimes, sobretudo os que contendem com a privacidade ou intimidade dos envolvidos e os que apresentam menos gravidade sob o ponto de vista coletivo, prevalece a dimensão individual do conflito, como tende a reconhecer, de resto, a própria justiça penal que, nesses casos, admite limitações à acção (*sic*) pública”. (SANTOS, 2007, p. 472).

40 No tópico “3.2.2 O como: Os tipos de prática restaurativa”, minudenciaremos melhor a matéria.

Assim, de proêmio, é mister destacar que, malgrado haja muitos pontos de contato entre a Justiça Restaurativa e a mediação⁴¹, os conceitos não podem ser confundidos, mesmo porque, reitera-se, a Justiça Restaurativa abrange um número maior de práticas que não a mediação. Lado outro, não se pode olvidar que a mediação pode ser aplicada fora do contexto da Justiça Restaurativa, embora defendamos que seus efeitos são potencializados e mais benéficos quando inseridos nesse contexto.

Perceba-se, pois, que não se pode estabelecer, entre a Justiça Restaurativa e a mediação, uma relação de gênero-espécie, porque cada um dos conceitos é, a um só passo, mais amplo e mais restrito que o outro. É dizer, ao mesmo tempo em que pode haver Justiça Restaurativa sem mediação (leia-se: com aplicação de outras práticas, a exemplo dos círculos), pode haver mediação sem Justiça Restaurativa (compreenda-se, a composição do conflito sem a preocupação de restaurar os laços rompidos pelo conflito intersubjetivo).

Destaque-se, outrossim, que a mediação, do mesmo modo que a Justiça Restaurativa, não é um conceito unívoco, mas, em geral, consiste em uma prática - extrajudicial, por excelência- de liberação de canais de comunicação outrora bloqueados entre os envolvidos em determinada situação problemática, no qual um terceiro neutro auxilia na construção de uma solução conjunta, atendendo às necessidades de ambas as partes. Pressupõe, além da intervenção de um terceiro neutro, o consentimento informado das partes (voluntariedade) e a confidencialidade (para evitar que o quanto discutido seja utilizado em desfavor das partes) (SICA, 2007, p. 46-47).

A diferenciar os conceitos, Zehr aduz que, na mediação, a linguagem utilizada é eminentemente neutra e as partes atuarão em um mesmo nível, partilhando responsabilidades mútuas. Nos encontros restaurativos, ao revés, a linguagem neutra pode dificultar a solução, que, por vezes, demanda uma intervenção ativa do facilitador, a fim de equilibrar o diálogo. (2012, p.18-19).

41 Sica aduz que é apontado “como antecedente da justiça restaurativa o programa de mediação entre vítima e ofensor instalado na cidade de Kitchener, na província de Ontário, no ano de 1974” (2007, p. 97), pelo que podemos concluir que, dentre as várias práticas restaurativas existentes, a mediação é a que possui mais tempo de aplicação (SICA, 2007, p. 97).

Não por outra razão é que, no modelo restaurativo, há uma reformulação do papel tradicional do facilitador, na medida em que se requer que ele abandone uma postura voltada para a elaboração de acordos, a fim de que priorize o diálogo e a ajuda recíproca, a fim de restaurar os danos causados pelo conflito (TIVERON, 2014, p. 301).

2.3.3 A Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir a reincidência⁴².

Os cultores da Justiça Restaurativa defenderam, em um primeiro momento, no intuito de ganhar aceitação, a ideia de que as práticas restaurativas seriam uma excelente ferramenta para diminuir a reincidência (ZEHR, 2012, p. 19-20).

A bem da verdade, estudos empíricos demonstram que a Justiça Restaurativa, quando comparada com programas não restaurativos, é mais eficaz na redução da reincidência, apresentando resultados positivos em mais de 2/3 (dois terços) dos casos (LATIMER; DOWDEN e MUISE, 2005, p. 137). Nessa esteira, Sica assinala que estudos realizados sobre a aplicação da Justiça Restaurativa na seara menoril, na Nova Zelândia, demonstraram que os índices de reincidência para os jovens advertidos, envolvidos na tomada de decisões, são de 9%, enquanto que entre aqueles submetidos ao Tribunal de Jovens é de 51%, o que, inclusive, estimulou a adoção de práticas restaurativas no sistema criminal destinado aos adultos naquele país (2007, p. 83).

É importante consignar que, embora se reconheça que a diminuição da reincidência seja um subproduto desejável das práticas restaurativas, não deve ser

42 O termo "reincidência", aqui utilizado, é mais amplo que o sentido técnico a ele atribuído pelo Código Penal. Como se sabe, nos termos dos arts. 63 e 64, do referido diploma, a reincidência se opera quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior, desde que, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Por outro lado, a reincidência aqui referida diz respeito à submissão do agente à esfera penal por uma segunda vez. Exemplifiquemos: Se João comete um crime em 20 de janeiro de 2012 e, no curso da ação penal, comete outro crime em 20 de outubro de 2012, ele não será tido como reincidente, para fins penais, nessa segunda oportunidade, porque não houve o trânsito em julgado da primeira ação penal. Inobstante, é de se perceber que João ingressou no raio da intervenção penal por uma segunda vez, quando ainda estava sendo processado, sendo abarcado pelo sentido amplo que emprestamos ao termo "reincidência".

ele o motor principal do seu desenvolvimento. Dito de outro modo, mesmo que, a título de hipótese, a Justiça Restaurativa não fosse capaz de promover significativo impacto nas taxas de reincidência, ainda assim ela deveria ser incentivada, “pelo fato de ser a coisa certa a se fazer” (ZEHR, 2012, p. 20). A nossa preocupação, quando estudamos a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, não é de cariz pragmático. Por evidente, efeitos secundários positivos são desejáveis, mas a Justiça Restaurativa deve ser estimulada por uma questão filosófica, por entender que valores não cultuados no processo penal tradicional (leia-se, necessidades das vítimas, estímulo dos ofensores à assunção de responsabilidade por seus atos, *inter alia*) devem ser exaltados.

2.3.4 A Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico

Sobre esse tema, já tecemos comentários mais dilargados no subtópico “2.1” desta dissertação. Ratificamos que a Justiça Restaurativa -sobretudo no Brasil- está em constante construção, de modo que a reflexão aqui proposta, longe de ser apodítica, mais se presta como uma bússola que aponta na direção almejada.

2.3.5 A Justiça Restaurativa não se restringe às pequenas ofensas

Digno de registro, outrossim, que a Justiça Restaurativa não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou a ofensores primários.

Não se descure que a racionalidade penal moderna⁴³ pode consubstanciar um grande entrave para a aceitação da Justiça Restaurativa em todas as espécies delitivas. Em um primeiro momento, o incentivo da Justiça Restaurativa aos casos que não são tidos como de menor gravidade pode ser mal visto pela comunidade, a qual pode absorvê-la como uma leniência, ou uma resposta muito branda ao delito praticado.

43 Para uma revisitação breve do conceito, ver nota de rodapé nº 16.

Nessa esteira, Arlène Gaudreault assevera que o público e as vítimas geralmente aceitam o modelo de justiça restaurativa, mas são muito relutantes em aceitá-lo em casos de crimes graves (2005, p. 7)⁴⁴. Essa repulsa talvez seja decorrente da equivocada compreensão de que os ofensores, nas práticas restaurativas, se veriam, necessariamente, inocentados ou livres do processo penal tradicional, o que, todavia, não deve ser tido como verdadeiro, na medida em que o acordo restaurativo pode surtir efeitos jurídicos vários, que não a absolvição ou extinção de punibilidade do autor⁴⁵.

De todo modo, é de se destacar que, apesar de mais palatável um discurso mais restrito de aplicação da Justiça Restaurativa aos delitos de menor gravidade, Zehr aduz que a experiência demonstra que ela tem produzido efeitos mais significativos em crimes mais graves (2012, p. 21).

Nessa ordem de ideias, Mark Obbie (2010, p. 1) registra o relato de uma vítima de estupro, que encarou o seu ofensor, tendo o encontro sido conduzido pela equipe de Justiça Restaurativa do Estado do Texas, nos Estados Unidos, mediante consentimento de todos os envolvidos. Na ocasião, a vítima [doravante chamada “D.”] expôs ao ofensor como o crime a prejudicou, narrando que sofreu vários anos de insônia, pânico e ansiedade, além do que não conseguia, na adolescência, manter relações íntimas com outros rapazes, uma vez que a memória do crime por ela sofrido a impedia, mesmo tendo se submetido a terapia psicológica. “D.” disse ao ofensor que nunca conseguiria ser uma boa esposa em razão do trauma sofrido e afirmou que gostaria de perdoá-lo, mas que isso não seria possível. Ao fim, registrou que o encontro transformou a sua vida e deu início a um processo de cura, livrando-a do ressentimento e da intensa cólera que nutria do agressor, asseverando, inclusive, que está mais feliz com sua vida amorosa (OBBIE, 2010, p. 1).

Já aqui no Brasil, Raquel Tiveron também narra um caso de estupro de vulnerável e corrupção de menores, que foi tratado pelo programa de Justiça

44 Dito isso, é importante ressaltar que esse aparente entrave não revela maiores dificuldades para a nossa proposta, porque, como se sabe, o Decreto-Lei nº 201/67, principal diploma normativo que rege os crimes praticados por Prefeitos, elenca 23 (vinte e três) tipos penais, dos quais 21 (vinte e um) cominam penas de três meses a três anos de detenção (art. 1º, §1º, do DL nº 201/67), a revelar, objetivamente, a menor censurabilidade da conduta, comportando, inclusive, vários institutos abrandadores, a exemplo da suspensão condicional do processo e a substituição por penas restritivas de direitos.

45 O tema será melhor abordado no tópico 4.4 deste trabalho.

Restaurativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no qual os ofensores, seus apoiadores, bem assim a vítima e seus genitores aduziram ter extraído efeitos benéficos do encontro, que foi desenvolvido sob a dinâmica do círculo restaurativo (2014, p. 449-456).

Umbreit (2008, p. 1), ao falar sobre os programas de mediação vítima ofensor, destaca que o número de casos envolvendo violência severa, incluindo o homicídio, submetidos às práticas restaurativas, vem crescendo nos últimos anos⁴⁶.

Assim, é de se perceber que a Justiça Restaurativa não se restringe, a toda evidência, aos delitos de pequena monta⁴⁷, podendo surtir efeitos muito positivos mesmo em casos em que as vítimas sofreram violência severa dos seus ofensores.

Todavia, há de se ter cautela destacada na condução dos encontros que envolvem crimes graves, de modo que os casos deverão ser selecionados com bastante critério, a fim de evitar uma revitimização do ofendido⁴⁸. Deve-se, portanto, a fim de prevenir adversidades deste encontro, analisar cuidadosamente o estado emocional da vítima e do ofensor nos pré-encontros, a fim de verificar se eles estão preparados para a intervenção, devendo-se destacar que a celeridade pode não ser adequada para o tempo de superação do ofendido (TIVERON, 2014, p. 447).

46 Rossi (2008) defende a implementação de programas de mediação vítima ofensor em crimes para os quais foram fixadas, pelo processo tradicional, penas capitais.

47 No Brasil, muito por conta da ausência de um diploma legislativo que especificamente cuide de regulamentar as práticas restaurativas, a sua aplicação vem sendo feita, na quase totalidade dos casos, na seara menoril e nos delitos de menor potencial ofensivo, onde há mais portas de entrada para a aplicação da Justiça Restaurativa (TIVERON, 2014, p. 379-380). Nada impede, todavia, que o legislador promova mudanças no ordenamento jurídico, a fim de alargar o espectro de abrangência da Justiça Restaurativa. Nesse ponto, convém destacar que, na Província de Chaco, na Argentina, as práticas restaurativas têm sido admitidas não só para delitos culposos em geral, ou contravenções penais, mas também para crimes cuja pena máxima seja de seis anos de prisão, nos termos do art. 4 da Lei nº 4989/2002. (ARGENTINA, 2002, p. 1). Em Portugal, a Lei nº 21/2007 autoriza a aplicação de práticas restaurativas aos crimes de pena inferior ou igual a 5 (cinco) anos, *ex vi* do art. 2º, item 3, alínea a), do aludido Diploma (PORTUGAL, 2007, p. 1).

48 No mesmo sentido, Wellikoff assevera que: “Por conseguinte, enquanto os facilitadores forem rigorosamente e propriamente treinados, os Tribunais selecionarem casos apropriados; os casos passarem por um processo criterioso de seleção; todas as partes forem preparadas para participar do encontro; e as Cortes Criminais continuarem seus papéis no processamento dos acusados, não existirá razão que justifique a proibição da expansão da mediação vítima-ofensor para crimes violentos e sérios” (2003, p. 1).

2.3.6. A Justiça Restaurativa não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos.

Mylène Jaccoud (2005, p. 163-164), buscando estudar origens mais remotas da Justiça Restaurativa, relembra que, por conta do seu modelo de organização social, as sociedades pré-estatais europeias, bem como os povos colonizados da África, da Nova Zelândia, da Áustria e das Américas já se valiam de mecanismos aptos a controlar a estabilidade do grupo social.

As formas extremadas, baseadas na vingança e na morte não eram excluídas das suas práticas, mas elas criaram soluções peculiares aos conflitos, disputas e danos, orientadas para a obtenção de uma solução para o problema, bem como o restabelecimento do equilíbrio rompido - a restauração da paz social.

Jaccoud aduz, ainda, que vestígios de práticas restaurativas podem ser encontrados em alguns códigos muito antigos, anteriores à era cristã, inclusive:

Os vestígios destas práticas restaurativas, reintegradoras, cons (*sic*) e negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã. Por exemplo, o código de Hammurabi (1700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1875 a.C.) prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O código sumeriano (2050 a.C.) e o de Eshunna (1700 a.C.) previam a restituição nos casos de crimes de violência (Van Ness e Strong, 1997). (2005, p. 164)

John Dussich também considera que é possível encontrar variantes das primeiras práticas de Justiça Restaurativa em antigas civilizações, tais quais as de Israel, Suméria, Babilônia e Roma, além dos povos aborígenes da América do Norte e da Oceania. (2012, p. 56).

Foi, à guisa de exemplificação, nas tradições indígenas da América do Norte que os procedimentos restaurativos denominados “Círculos de Sentença” e “Círculos de Paz” encontraram inspiração⁴⁹, a exemplo da sociedade Maori, na Nova Zelândia, quando, após muitas exigências, formulou-se um processo diferenciado, culturalmente adaptado para os Maoris, para o tratamento dado pelas instituições

49 Howard Zehr informa que “Alguns defendem a ideia de que abordagens restaurativas como os ‘círculos’ (prática específica que nasceu nas comunidades indígenas canadenses) podem ser usadas para trabalhar, resolver e transformar os conflitos em geral. Outros veem as ‘conferências de grupos familiares’ (modalidade com raízes na Nova Zelândia e Austrália, e também em encontros facilitados entre vítima e ofensor) como um caminho para construir e sanar comunidades”. (2012, p. 14).

neo-zelandesas aos seus jovens e crianças, bem como às famílias maoris que não tinham recursos e possibilidades de oferecer o cuidado devido aos seus próprios infantes. Nesse diapasão, as práticas tribais das comunidades Maori incorporaram-se, oficialmente, aos processos da Justiça Juvenil da Nova Zelândia, com a promulgação, em 1989, do *Children, Young Persons, and Their Families Act*⁵⁰. (SICA, 2007, p. 23-24).

Com a aprovação do referido ato, o processo passou a aglutinar todos os envolvidos no conflito, além dos órgãos estatais. Assim, as famílias participavam ativamente na solução a ser dada ao conflito, bem como traçavam objetivos de reparação da vítima e da reintegração do ofensor à sociedade.

Esse é, indubitavelmente, um marco para a Justiça Restaurativa, e pode ser tido como um de seus propulsores, porque os valores de participação, reparação e reintegração à sociedade, que eram as marcas do novo sistema de justiça juvenil neozelandês, passaram a ser vistos como um mecanismo eficiente que poderia ser aplicado como modelo alternativo à Justiça Criminal Tradicional.

Por todo o exposto, a Nova Zelândia vem sendo reconhecida como um país pioneiro na implantação das práticas restaurativas, conforme aduz Leonardo Sica, para quem o pioneirismo é devido, em grande parte, ao esforço reivindicativo da população Maori, em razão de uma taxa desproporcional de encarceramento de membros da comunidade em relação à população branca - de origem europeia-, bem assim pela “aplicação de métodos menos invasivos no trato de adolescentes infratores, que não implicassem o afastamento do jovem de sua comunidade” (SICA, 2007, p. 82).

2.3.7. A Justiça Restaurativa não é uma panaceia, tampouco um substituto para o processo penal.

De proêmio, é mister destacar que entendemos que a Justiça Restaurativa pode conviver com o sistema de justiça tradicional, é dizer, que os dois sistemas se pretendem complementares -e não excludentes- entre si.

50 Diploma normativo que, *mutatis mutandis*, se assemelha à nossa Lei nº 8.069/90 –ECA (BRASIL, 1990).

Sobre o tema, conforme muito bem esclarece Palamolla, há dois tipos de modelos que buscam trazer luzes para o debate acerca da possibilidade de a Justiça Restaurativa atuar fora ou inserida no sistema de justiça criminal: A um, o centrado nos processos (minimalista) e, a dois, o centrado nos resultados (maximalista). (2009, p. 83).

Como o próprio nome já sugere, o modelo centrado nos processos (minimalista) foca na própria noção de encontro entre as partes, no processo restaurativo, enxergando nessas práticas um valor em si mesmo. Dito de outro modo, a reparação é almejada, mas mais importante que ela é o seu processo de construção, porque o acordo teria um valor intrínseco e elevado, que não poderia ser substituído pela imposição do juiz, nem mesmo se essa imposição consistisse em uma reparação, por exemplo. Com efeito, a reparação é de todo desejável, porém, para que os fins restaurativos sejam atendidos, ela não deve ser imposta, mas construída, razão pela qual, nessa perspectiva minimalista, a voluntariedade das partes em participar do processo é imprescindível, tendo um cariz eminentemente cooperativo.

Nessa ótica, a Justiça Restaurativa não representaria uma alternativa substitutiva ao modelo de justiça criminal, mas uma forma complementar de reação penal, necessitando do sistema criminal, inclusive, para receber os conflitos, resguardando a hipótese de que, caso o acordo restaurativo, por qualquer razão, não logre êxito, a solução retorne ao modelo tradicional.

Por seu turno, o modelo centrado nos resultados *-maximalista-* enfatiza a reparação à vítima – o resultado-, de modo que a voluntariedade das partes seria prescindível, podendo haver, inclusive, coercibilidade para a participação, além do que seria possibilitado ao juiz impor uma sanção restaurativa, pois, como dito, o foco é dirigido ao resultado, objetivando-se, de qualquer modo, que haja a sobredita sanção restaurativa.

Embora a completa voluntariedade seja, talvez, uma utopia, na medida em que o ofensor sempre estará pressionado por instâncias informais de coerção (família, comunidade, etc.), além do temor de ser sujeitado a um processo penal e eventualmente receber uma sanção, prescindir da livre vontade das partes para a participação do encontro pode malferir, por completo, a *ratio* da proposta, sobretudo

por conta da racionalidade penal moderna, que pode desvirtuar a aplicação do modelo em um nítido -e indesejado- caráter utilitário, no afã de “esvaziar prateleiras” e cumprir metas exigidas pelos órgãos de controle.

Outrossim, reconhecemos a necessidade de coexistência e complementariedade entre os modelos restaurativos e o tradicional, pois que não seria possível prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em situações limite, bem como seria necessária a presença do Estado, ainda que com papel de gerente e administrador público de interesses privados, a fim de evitar a privatização do conflito e a ofensa às garantias.

Sobre o tema, Zehr assevera que:

A Justiça Restaurativa não é, de modo algum, resposta para todas as situações. Nem está claro que deva substituir o processo penal, mesmo num mundo ideal. Muitos entendem que, mesmo que a Justiça Restaurativa pudesse ganhar ampla implementação, algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos fundamentais. De fato, esta é a função das varas de infância e juventude no sistema de Justiça Restaurativa juvenil da Nova Zelândia. (2012, p. 22)

Há, contudo, de se ter cautela para que a Justiça Restaurativa, sob a sombra da justiça criminal tradicional, não acabe por expandir a rede de controle formal, tal qual ocorreu com a Lei 9099/95, que, com o mister de conferir maior celeridade e simplicidade aos julgamentos dos crimes de menor potencial ofensivo, acabou por abarcar uma série de delitos menos graves que já tinham perdido a relevância penal. Esses problemas certamente surgirão se a Justiça Restaurativa for estruturada sob um raciocínio utilitarista, o que poderia implicar, inclusive, em sério risco de *bis in idem*, é dizer, que os ônus decorrentes do acordo restaurativo sejam utilizados apenas como uma adição de pena pelo sistema tradicional de justiça, sem surtir alguma melhoria para o ofensor⁵¹.

51 Com efeito, malgrado os ônus decorrentes do acordo restaurativo não se confundam com as sanções penais, é certo que eles acarretam uma desvantagem ao ofensor. Assim, deve-se ficar atento, a fim de evitar que a aplicação do ônus decorrente do acordo restaurativo, acompanhado de uma sanção penal, não consubstancie, à luz da racionalidade penal moderna, uma solução ainda mais desvaliosa que aquela eventualmente imposta pelo sistema criminal tradicional.

2.3.8 A Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento.

Zehr (2012, p. 23) salienta que a expansão da Justiça Restaurativa certamente reduziria o recurso ao aprisionamento, bem assim promoveria mudanças significativas na natureza dos estabelecimentos carcerários, mas aduz, de outro lado, que as abordagens restaurativas não seriam um substitutivo das medidas de restrição à liberdade, podendo com elas serem utilizadas em conjunto.

Zvi Gabbay, ao estudar a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de colarinho branco, nos Estados Unidos, assevera que é possível concluir que tempos longos de condenação têm efeitos preventivos gerais para esses tipos de delito. Para tanto, cita, como exemplo, as sentenças condenatórias de altos executivos americanos, envolvidos em escândalos corporativos em 2001/2002, cujas penas, em alguns casos, atingiram patamares de 25 (vinte e cinco) anos. Segundo Gabbay, tais circunstâncias ensejaram um impacto real nos negócios executivos nos Estados Unidos, porque ninguém queria ser o próximo - "*No one wants to be the next*" (2007, p. 447-448).

Se não bastasse isso, Gabbay noticia que a demanda da sociedade e de seus representantes por sentenças mais severas e por períodos mais longos de encarceramento para os ofensores de colarinho branco cria um problema considerável para intervenções restaurativas, razão pela qual defende que as medidas restaurativas devem ser aplicadas em complementação às medidas tradicionais, sem pretender substituí-las (2007, p. 444).

No que pertine ao nosso objeto de pesquisa, é de se reiterar que o ordenamento jurídico não prevê, em regra, tratamento severo aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, na medida em que, como já salientado alhures, dos 23 (vinte e três) tipos penais elencados no Decreto-Lei nº 201/67, 21 (vinte e um) são apenados com três meses a três anos de *detenção* (art. 1º, §1º, do Decreto-Lei nº 201/67). Como se sabe, a possibilidade de prisão em casos tais é ínfima, quase nula, não só porque o regime inicial para cumprimento de pena é, em regra, o

aberto, *ex vi* do art. 33, §2º, c) do Código Penal⁵², mas, sobretudo, por conta da possibilidade de suspensão condicional do processo; substituição por penas restritivas de direitos, ou mesmo o *sursis*.

Entretanto, ainda que seja possível, em tese, a aplicação de pena de prisão (máxime nos crimes funcionais punidos com penas maiores, a exemplo daqueles previstos no art. 1º, I e II, do Decreto-Lei nº 201/67), tal não pode consubstanciar um óbice intransponível à incidência da Justiça Restaurativa a essa modalidade delitiva, porque, como visto, ela não se pretende, necessariamente, uma substituição ao cárcere⁵³.

2.3.9 A Justiça Restaurativa não se contrapõe necessariamente à Justiça Criminal Tradicional

Como visto no subtópico anterior, os cultores da Justiça Restaurativa, buscando ressaltar as qualidades do modelo, promoveram um discurso de contraposição entre os programas restaurativos e a Justiça Retributiva (leia-se: Tradicional), exaltando as características da primeira e conferindo destaque aos pontos negativos da segunda.

Nesse contexto, julgamos oportuno colacionar tabela comparativa elaborada por Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 24), para esclarecer, no entender do autor, as distinções de valores entre a Justiça Restaurativa e a Justiça dita Retributiva (*rectius*: Tradicional):

52 Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto (*sic*) ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto (*sic*), ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (BRASIL, 1940)

53 O acordo restaurativo pode contribuir para uma diminuição da pena para os crimes de maior potencial ofensivo, por exemplo. Os efeitos jurídicos decorrentes do cumprimento do acordo restaurativo serão melhor estudados no tópico 4.4 desta dissertação.

TABELA 2: JUSTIÇA RETRIBUTIVA (*RECTIUS*: JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL) E JUSTIÇA RESTAURATIVA

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito jurídico-normativo de crime - ato contra a sociedade representada pelo Estado –Unidisciplinarietà	Conceito realístico de Crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos. - Multidisciplinarietà
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa
Culpabilidade Individual voltada para o passado – Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

A referida tabela, em nosso entender, resume, em apertada síntese, a pretensão de boa parte dos cultores da Justiça Restaurativa em definir a sua proposta pela negativa da Justiça Penal Tradicional, o que confere ao debate certo cariz maniqueísta e apresenta a finalidade reparadora como algo *bom*, ao revés da finalidade “retributiva”, que é vista como *má*.

Zehr, todavia, assevera que, em verdade, a Justiça Restaurativa e a Justiça dita Retributiva têm muito em comum e destaca que:

Um dos objetivos primários de ambas as teorias – a retributiva e a restaurativa- é o de acertar as contas através da reciprocidade, ou seja, igualar o placar. Elas diferem nas suas propostas quanto ao que será eficaz para equilibrar a balança.

Tanto a teoria retributiva quanto a teoria restaurativa reconhecem a intuição ética básica de que o comportamento socialmente nocivo desequilibra a balança. Consequentemente, a vítima merece algo e o ofensor deve algo. As duas abordagens sustentam que deve haver uma proporcionalidade entre o ato lesivo e a reação a ele. Contudo, as teorias diferem no tocante à “moeda” que vai pagar as obrigações e equilibrar a balança.

A justiça retributiva postula que a dor é o elemento capaz de acertar as contas, mas na prática ela vem se mostrando contraproducente, tanto para a vítima quanto para o ofensor. Por outro lado, a teoria da Justiça Restaurativa sustenta que o único elemento apto para realmente acertar as contas é a conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades ao esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento. Ao lidar de modo positivo com esta necessidade de vindicação ou acerto de contas, a Justiça Restaurativa tem o potencial de dar segurança à vítima e ao ofensor, ajudando-os a transformar suas vidas (...) (2012, p. 71-72)

É possível concluir, portanto, que, malgrado a Justiça Restaurativa e a Justiça Criminal Tradicional difiram quanto à justificativa da sanção penal, não se pode daí extrair uma completa dissociação ou antagonismo.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS CRIMES TRANSINDIVIDUAIS

A discussão tratada no primeiro capítulo permitiu perceber que a Justiça Restaurativa foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que derivam de ações humanas próximas e definidas e que atingem essencialmente uma vítima conhecida, concreta e individualizada, (e.g. roubo, homicídio, etc.). Dito de outro modo, ao pensar em Justiça Restaurativa, a primeira associação que se faz é aos delitos para os quais o sistema penal tradicional destina a tutela aos clássicos bens jurídicos, e.g, a vida, a integridade física, a dignidade sexual e o patrimônio.

A questão que tem lugar nesse capítulo concerne a um desafio que ganha cada vez mais importância, associado à criminalização expansiva dos delitos de vitimização transindividual, decorrente da sociedade de risco e da globalização, e os efeitos irradiados para a Dogmática Penal Tradicional e, no que aqui nos interessa, para as práticas restaurativas.

Trataremos, portanto, em um primeiro momento, de delinear os contornos desse panorama, que coloca novos problemas a serem enfrentados pelo Direito Penal, requisitando a sua expansão, bem como a modificação e/ou flexibilização de certas categorias vigentes, nomeadamente a título de causalidade, culpabilidade e responsabilidade, além do surgimento de novos tipos de incriminações.

Essa nova realidade promoveu mudanças na Dogmática penal, a exemplo do desgaste da imputação individual; o adelgaçamento das distinções entre autoria e participação; entre tentativa e consumação; dolo e culpa; aumento das cominações penais e difusão do injusto (HASSEMER, 2003, p. 61-62).

Para além disso, destaca Paulo Fernandes que o Direito Penal, ao atender as demandas da sociedade do risco, corre também, ele próprio, alguns riscos, sobretudo de “descaracterização, diluição, relativização, funcionalização, entre outros.” (2001, p. 70). É que o Direito Penal passou a se orientar institucionalmente para a proteção de bens jurídicos universais (leia-se: transindividuais), e não individuais; recorrer à técnica dos tipos de perigo abstrato, que ampliam o seu âmbito de aplicação, e, conseqüentemente, à construção de delitos sem vítimas concretas, ou, ao menos, com vítimas mais difundidas, prescindindo da configuração do dano (HASSEMER, 2003, p. 60-61).

O novo panorama demanda um Direito Penal pragmático, orientado sobremaneira à finalidade de lograr a defesa da sociedade da maneira mais eficaz possível frente aos riscos decorrentes das disfunções da sociedade atual. Exige-se do Direito Penal, pois, um mecanismo eficiente de gestão de determinados problemas.

Abordaremos, portanto, o cuidado necessário para que as práticas restaurativas não se desvirtuem nesse contexto de eficientismo, tampouco se confundam com os mecanismos de formalização de acordos no Processo Penal, que se oferecem como meios mais céleres de realização do moderno Direito Penal.

Conferir-se-á destaque, outrossim, ao surgimento de novos bens jurídicos penalmente tuteláveis, de caráter transindividual, o que traz grandes desafios às práticas restaurativas, antes voltadas, como dito, para a figura da vítima conhecida e determinada. O nosso problema, ao revés, remete aos crimes vagos - que se proliferaram em um contexto de expansão do Direito Penal-, afinal, os crimes funcionais praticados por prefeitos atingem uma coletividade e não apenas um indivíduo especificamente.

Com o surgimento de novas espécies de bens jurídicos, que demandam novas abordagens, os estudos tradicionalmente desenvolvidos sobre a Justiça Restaurativa, de cunho mais individual, não respondem às exigências postas por ações que, a um só tempo, têm o condão de criar danos ou perigos difusos, supraindividuais, coletivos, ou, inclusive, aqueles de raiz individual, mas multiplicados por vários indivíduos.

Dessa forma, a *quaestio* a ser desenvolvida neste capítulo gravita em torno da possibilidade de os crimes transindividuais poderem ser albergados pela Justiça Restaurativa, sem descaracterizá-la, sem desvirtuá-la, sem desviá-la dos princípios que a estruturam, viabilizando uma solução para o conflito, ainda que em um ou outro aspecto seja necessária uma conformação procedimental.

Nessa esteira intelectual, traçaremos os contornos das principais práticas restaurativas, analisando qual delas melhor se amoldaria aos crimes transindividuais (dentre os quais, reitera-se, inserem-se os crimes funcionais praticados por prefeitos), bem assim o papel da comunidade diante desse novo cenário.

3.1 A SOCIEDADE DO RISCO E A TUTELA PENAL DE NOVOS BENS JURÍDICOS

O desenvolvimento da técnica, na chamada era industrial, apesar de ter sido responsável por um incremento na qualidade de vida, acabou por promover, de forma nem sempre positiva, uma aceleração da sucessão de acontecimentos além da criação e multiplicação de novos riscos (FERNANDES, 2001, p. 31 e 32).

Com os avanços tecnológicos, o homem passou a se imiscuir em áreas nunca antes exploradas (ou exploradas em menor grau), a exemplo da seara nuclear (notadamente a produção de armas nucleares), química, biológica, ambiental, informática e de manipulação genética, criando, assim, *novos riscos*.

De mais a mais, é de se notar que o progresso tecnológico conduziu a uma nova dimensão de risco, demasiadamente expandida, na medida em que, apesar de ter permitido minorar os perigos decorrentes de fontes naturais, a exemplo das patologias e catástrofes, mostrou-se falha, trazendo chances concretas de ameaças, inclusive à vida humana enquanto espécie predominante no Planeta (relembrem-se desastres notórios, e.g. os ocorridos em Chernobyl e Mariana-MG).

É digno registrar que os riscos sempre existiram, não sendo um conceito próprio da pós-modernidade⁵⁴ ou da era industrializada. A expansão marítima, própria da Europa Moderna, quando os recentes Estados europeus lançavam-se ao mar para o Descobrimento das terras do novo mundo era, ela própria, um risco. Contudo, o termo “risco”, naquela época, mais se assemelhava a um tom de ousadia, de aventura, de cariz eminentemente pessoal, não configurando situações de ameaça generalizada e global, a exemplo das que surgem para toda a humanidade com uma eventual tragédia radioativa, *exempli gratia*. (BECK, 2011, p. 25).

54 O debate a respeito do que vem a ser a pós-modernidade desborda, por evidente, os propósitos do estudo *sub examine*. Não deixamos, contudo, de delinear breves linhas sobre o tema, recomendando ao leitor, de pronto, as obras de Zygmunt Bauman, em especial, “O Mal-Estar da Pós-Modernidade” (1998), onde se pode mergulhar, com profundidade, a respeito da matéria. Ao se referir à pós-modernidade, Bauman assevera que “os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade” (1998, p. 08), depreendendo-se que a marca da pós-modernidade - ou seu valor supremo - é a vontade de liberdade que acompanha a velocidade das mudanças econômicas, tecnológicas, culturais e do cotidiano. Daí resulta um mundo vivido como incerto, incontrolável e assustador - bem diverso da segurança projetada em torno de uma vida social estável, ou em torno da ordem, como na modernidade.

Ulrich Beck, ao discorrer sobre os riscos da era industrializada, os diferencia dos riscos típicos da era medieval⁵⁵ pela globalidade do seu alcance e de suas causas, atribuindo-lhes a qualidade de um “produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior” (2011, p. 24).

Veja-se, então, que, com o já citado progresso tecnológico, os riscos e potenciais de ameaça são desencadeados em avultada magnitude, em uma medida até então desconhecida, pelo que os novos riscos, muito por conta das possíveis e eventuais falhas da técnica científica, causam, não raro, uma sensação de desproteção.

Para evitar a realização do resultado que se busca evitar, a tecnociência promove um cálculo de riscos e probabilidade de ocorrência de consequências, bem como de vantagens e desvantagens, principalmente econômicas, a fim de escolher a decisão a ser adotada, ainda que não seja possível controlar ou prever totalmente as consequências, na medida em que os riscos, antes localizados e definidos no tempo e no espaço, agora passam a ganhar conotações universais e atemporais, máxime por conta da ramificação de decisões humanas, que acabam por se encadear e se protraírem no tempo.

Veja-se, pois, que os riscos não têm cariz necessariamente natural (a exemplo das epidemias, a fome, as tragédias naturais, etc.), eis que pressupõem decisões humanas, sejam comissivas ou omissivas, as quais, por sua vez, conduzem à tomada de outras tantas, promovendo uma verdadeira ramificação de decisões que podem, elas mesmas, ensejar riscos próprios, “instalando o caos da inidentificabilidade dos agressores (e ainda da diluição *ad absurdum* das responsabilidades)”. (FERNANDES, 2001, p.59).

Se os riscos, sob esta ótica, derivam de decisões humanas, que se baseiam em um cálculo de vantagens e oportunidades e a chance do desastre, a noção de evento acidental se esvaece. Há uma resistência psicológica em se admitir que os

55 Beck fala de problemas decorrentes de uma subprovisão de tecnologia higiênica, citando como exemplo o mau cheiro das ruas de Paris, em razão da acumulação de excrementos. Mas essas ameaças eram de pequena monta e sensorialmente perceptíveis, enquanto os riscos atuais escapam à percepção, residindo nas fórmulas físico-químicas, e.g. ameaça nuclear e toxinas nos alimentos. (2011, p. 26).

danos decorram do azar⁵⁶, o que se relaciona diretamente com a compreensão de que a maior parte dos perigos decorre das decisões humanas, razão pela qual um terceiro deverá sempre ser responsabilizado por essas consequências. Busca-se sempre um culpado.

Essa nova realidade demanda um novo modo de operar do Direito Penal, na medida em que os bens jurídicos clássicos, bem como as regras de imputação, notadamente individualistas, não conseguem responder adequadamente às novas necessidades. Não por outra razão é que Silva Sanchez defende que a expansão da imputação de responsabilidade pode ser tida como uma marca da sociedade contemporânea (2002, p. 46 e 47).

Opera-se, pois, uma crescente eliminação de espaços de risco permitido, e, por via de consequência, um incremento de delitos culposos e delitos de comissão por omissão, bem como de tipos de perigo, traduzindo, assim, uma verdadeira expansão do Direito Penal, com o escopo de prevenir futuros injustos. É dizer, “no Direito Penal não se trata mais de dar uma resposta apropriada ao passado, mas da dominação do futuro” (HASSEMER, 2003, p. 61).

Essa tendência expansionista, decorrente da sociedade de risco e da globalização, irradia efeitos para o Direito Penal, o qual, para se adequar às novas exigências, necessitou de conformações dogmáticas e de novos instrumentos. Consequentemente, esse panorama resvala, em maior ou menor grau, nas práticas restaurativas, consoante passaremos a expor nas próximas linhas.

56 Ulrich Beck explica que o processo de modernização -por ele utilizado como um conceito generalizante, sinônimo de industrialização- significa o “salto tecnológico de racionalização e transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão, das concepções de realidade e das normas cognitivas.” (2011, p. 23). Esse processo de modernização é tratado, pelo autor, como um tema e um problema. Tema, porque posto, fruto da evolução tecnocientífica. Mas, ao mesmo tempo, um problema, na medida em que o processo de modernização gera efeitos colaterais, ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo, que podem comprometê-lo. Em razão disso, faz-se necessário reforçar continuamente uma promessa de segurança, a fim de possibilitar o manejo dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis. (2011, p. 23-24). Por essa promessa de segurança, que deve ser continuamente reforçada, como dito, é que se cria, como consequência, a resistência psicológica ao acidente, à qual nos referimos.

3.1.1 Surgimento de novos bens jurídicos penalmente tuteláveis

Os novos interesses, que proporcionam o surgimento dos novos bens jurídicos penais, decorrem de causas distintas, a saber, a conformação de novas realidades, que antes não existiam, ou, se existiam, não o eram no mesmo grau de intensidade; a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que passaram a se tornar mais escassas, a exemplo do meio ambiente, bem como o incremento de valor a um determinado bem da vida, em razão de evolução cultural e social, *v.g.* o patrimônio histórico e artístico (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 28).

Todas essas causas, imiscuídas em um contexto do risco, criam um cenário suscetível a uma expansão considerável do Direito Penal, a ensejar, portanto, a tutela penal desses novos interesses⁵⁷. A relação entre a aparição de novos riscos

57 Adverte-se o leitor que o presente trabalho não tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção penal nessa nova seara. É dizer, malgrado não se descure da relevância do estudo a respeito da expansão do Direito Penal, o que envolve o questionamento a respeito da exortação dos limites que deveria se deter, à luz de uma *ultima ratio*, o que se pretende aqui é analisar a Justiça Restaurativa inserida nesse contexto de *expansão*. Assim, buscamos analisar a evolução do Direito Penal frente a essa nova realidade como um fenômeno posto, que vem ocorrendo no globo e, também, no Brasil. Não podemos, contudo, deixar de tecer breves linhas a respeito do tema, com o fito precípua – ao menos nesse momento- de informar o leitor da existência de críticas relacionadas à política criminal de expansão.

Nesse contexto, ganha especial relevo a contribuição doutrinária da “Escola de Frankfurt”, cujos expoentes sustentavam que o Direito Penal deve ajustar-se rigorosamente aos postulados do Estado de Direito e respeitar as tradicionais regras de imputação e os princípios político-criminais de garantia que a ciência penal vem elaborando desde o Iluminismo. Para tanto, o Direito Penal deve se ater a uma concepção de bem jurídico meramente individualista ou pessoal, de modo que os bens supraindividuais somente poderiam ser objeto de proteção se considerados de forma mediata e a serviço do indivíduo (PEREZ, 2003, p. 955).

Hassemer lança duras críticas à política expansionista. Assevera o autor que o Direito Penal passa a lançar mão de novos instrumentos, orientando-se institucionalmente para a proteção de bens jurídicos universais (leia-se: transindividuais) e recorre à técnica dos tipos de perigo abstrato. De mais a mais, como consequência dos dois primeiros instrumentos (bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato), o moderno Direito Penal é orientado pela criminalidade sem vítimas concretas, ou com vítimas mais rarefeitas, prescindindo, como dito, de um dano, na medida em que a concepção de injusto é resultado de uma avaliação técnica. O novo panorama faz com que o significado de “Direito Penal nuclear” - intimamente relacionado às lesões mais graves ao interesse de liberdade dos cidadãos- reduza significativamente, tornando-o um instrumento de defesa das instituições, da política interna, aproximando-o, conseqüentemente, das funções do Direito Civil e do Direito Administrativo (HASSEMER, 2003, p. 61).

Nesse contexto, o Direito Penal incorre no risco de se tornar simbólico, além de flexibilizar por demais suas garantias, administrativando-se e ancorando-se em esteios diversos dos seus, em nome de um raciocínio utilitarista. Inobstante, essa criminalização inflacionada, muitas vezes a serviço de um projeto de autoafirmação de grupos políticos e ideológicos, gera um efeito reverso e indesejado, a saber, o descrédito geral no sistema de justiça penal. Isso porque o direito penal simbólico, marcadamente ameaçador, não cumpre suas promessas, permitindo a impunidade dos infratores e criando, assim, a imagem de um direito penal que não funciona, de pura intimidação.

(ou majoração dos já existentes) e criminalização de novas condutas é, pois, evidente.

Hassemer assevera que o Direito Penal Clássico -de nítida inspiração iluminista- gravita em torno da subsidiariedade, tendo o crime de dano como a forma regular de comportamento delitivo, enquanto o “moderno” Direito Penal -designação sua, com aspas no original- se afastaria desse centro ideal (2003, p. 55-56).

Segundo o autor, pela concepção clássica de Direito Penal, o bem jurídico operaria como um critério negativo de criminalização, de modo que, inexistindo lesão palpável a ele - bem jurídico-, inexistiria, também, ato punível. No “moderno” Direito Penal, o bem jurídico se torna um critério positivo de criminalização, é dizer, deixa de ser uma crítica ao legislador para se tornar uma ordem de punição, um desafio para o legislador tipificar determinadas condutas. Com isso, há uma “tendência progressiva de instituir o Direito Penal não mais como *ultima*, mas como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas sociais” (HASSEMER, 2003, p. 58), estabelecendo-se o Direito Penal como um instrumento de pedagogia popular, orientando-o pelas consequências.

Assim, o Direito Penal, historicamente e tradicionalmente desenvolvido como uma reação do Estado aos que atentaram contra o patrimônio, a vida e a dignidade sexual, agora passa a ser visto como um instrumento de defesa da sociedade contra a criminalidade organizada, contra o narcotráfico; terrorismo; delitos fiscais; o meio ambiente; as relações de consumo; saúde; interesses econômicos, a corrupção político-administrativa, o abuso de poder, etc.⁵⁸.

Não por outra razão é que Carlos Martínez-Buján Perez esclarece que essa tendência se impôs, como paradigma dominante, no movimento de reforma penal,

58 Segundo Hassemer, com essas novas funções que lhes são desconhecidas, o Direito Penal passa a lidar com déficits de execução crônicos (diversos processos ficam estagnados ainda na fase de investigação; juízes não conseguem preencher as condições para punição; os campos obscuros são vastos; as pessoas “erradas” vêm à luz do Direito Penal, enquanto as pessoas “certas” permanecem ocultas, realizando-a de modo deficiente e recolhendo-se em funções simbólicas (a ilusão de que pode resolver os seus problemas faz com que o Direito Penal simbólico se torne paliativo, a curto prazo, mas destrutivo a longo prazo). (HASSEMER, 2003, p. 61-62).

Por isso, Hassemer propõe que “se retire parcialmente a modernidade do Direito Penal” (2003, p. 65), o que consiste em reduzir o Código Penal a um Direito Penal nuclear, voltado para lesões aos bens jurídicos individuais clássicos. Os bens jurídicos universais, de sua vez, deveriam ser regulados por um “Direito de Intervenção”, localizado entre o Direito Penal e o Direito Civil e Administrativo, que dispõe de garantias e regulações processuais menos exigentes e que, em razão dessa maior concessão, é munido de sanções menos invasivas aos indivíduos. (HASSEMER, 2003, p. 65-66).

citando, para dar esteio à sua afirmação, as legislações penais vigentes nos países da União Europeia, a exemplo da Alemanha e da Itália, e mesmo na Espanha, cujo Código Penal de 1995 pode ser tido como grande representante do fenômeno da expansão⁵⁹ (2003, p. 953-954).

No Brasil não foi diferente. Nesse contexto, vale a citação dos diplomas normativos que alteraram o ordenamento jurídico-penal para fazê-lo se adaptar a essa nova realidade, a saber, a Lei nº 13.260/2016 (terrorismo); Lei nº 11.343/06 (Lei antidrogas); Lei nº 9.605/98 (crimes ambientais); Lei nº 8.666/93 (art. 89 e seguintes, que cuidam dos crimes previstos na lei de licitações); Lei nº 9.613/98 (Lei de lavagem de dinheiro); Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo); Lei nº 7.716/89 (lei de combate ao racismo); Lei nº 9.434/97 (tráfico de órgãos); Lei nº 9.807/99 (lei de proteção à testemunha); Lei nº 10.028/2000 (incluiu oito tipos penais ao Decreto-Lei nº 201/67 -incisos XVI a XXIII- que trata dos crimes praticados por Prefeitos); Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo); Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas); Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); Lei nº 9.472/97 (Lei das telecomunicações) e a Lei nº 11.105/05 (crimes de manipulação genética).

A insegurança em relação à percepção dos benefícios e dos direitos decorrentes de um Estado Providência, a exemplo da educação, saúde, meio

59 Em seu artigo, o autor faz um paralelo com as teorias astrofísicas do *Big Bang* e do *Big Crunch*. O primeiro termo designa a teoria, hoje dominante, que explica o nascimento do Universo a partir de uma grande explosão marcada pelo movimento continuamente expansivo das galáxias. A teoria do *Big Bang* foi transladada metaforicamente para as ciências sociais e econômicas, pelo que Martínez-Buján Perez o faz em relação ao Direito Penal, em alusão ao fenômeno de expansão desse setor do ordenamento jurídico, “que nos últimos se revelou como um fenômeno claramente perceptível em detrimento de outros setores do dito ordenamento, ou mesmo em detrimento de outros sistemas não jurídicos de controle social”. (2003, p. 953 – tradução livre). (no original - *que en los últimos años se ha revelado como un fenómeno claramente perceptible en detrimento de otros sectores de dicho Ordenamiento o incluso en detrimento de otros sistemas no jurídicos de control social*)

Ocorre que a astrofísica também aponta a teoria do *Big Crunch*, segundo a qual a expansão das galáxias atingiria um limite, um ponto de retorno, a partir da qual o Universo deixaria de expandir, bem assim iniciaria um processo de retração até atingir um ponto similar ao que lhe deu origem. Buján Perez se vale dessa teoria para descrever, metaforicamente, a proposta de redução no âmbito de incidência do Direito Penal, que se retrairia ao ponto próximo de seu nascimento – Direito Penal Clássico- circunscrito à tutela de bens jurídicos pessoais e ao patrimônio.

Essa ideia de redução é associada à expressão Direito Penal mínimo, que, em apertada síntese, pretende restringir a seleção de bens jurídicos penais e respeitar as regras de imputação e todos os princípios político-criminais de garantia característicos do Direito Penal Clássico ou Iluminista. (PEREZ, 2003, p. 953-955). Nessa esteira, Cláudia Santos aduz que é “recorrente a proclamação de que o direito penal deve ser mínimo e limitado à protecção (*sic*) subsidiária de valores essenciais para a subsistência da comunidade sem que, para atingir essa finalidade, se desrespeitem em medida insuportável direitos fundamentais do indivíduo.” (2007, p. 462).

ambiente, consumo, ordem econômica e benefícios sociais, demandam, no contexto da sociedade de risco, a instrumentalização do Direito Penal para garanti-las.

Diante desse cenário, o Direito Penal passa a lançar mão de novos instrumentos, orientando-se institucionalmente para a proteção de bens jurídicos universais (leia-se: transindividuais), e não individuais, sendo certo que, ao fazê-lo, o legislador utiliza técnicas de formulação vaga e trivial, sem concretude e precisão. Efetivamente, quanto à dogmática e à principiologia penal, como visto, a nova realidade decorrente da globalização promoveu significativas mudanças, notadamente quanto aos princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 94).

Com efeito, os bens jurídicos clássicos, bem assim a dogmática penal tradicional, fulcrada na imputação individual, seria insuficiente para as exigências da sociedade de risco. Nesse sentido, Paulo Fernandes aduz que “A flexibilização ou diminuição de categorias como as da causalidade, da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo é também marca desta tendência para a desformalização” (2001, p. 73), o que reflete a tendência de maleabilizar os institutos da dogmática, em favor de um maior indeterminismo que se revela necessário para o Direito Penal de Risco.

Na mesma esteira, aduz Winfried Hassemer:

No moderno Direito Penal, pode-se verificar, por toda parte, que as diferenciações dogmáticas, as quais possibilitam a imputação objetiva e a subjetiva em uma graduação sutil e, ao mesmo tempo, de acordo com critérios racionais e controláveis, se desgastam. Assim, as distinções entre autoria e participação, entre tentativa e consumação ou entre dolo e culpa, as quais têm determinado em toda parte o Direito Penal tradicional, no moderno Direito Penal, que trata do “comércio” ou das “empresas”, não possuem maior urgência e às vezes nenhuma significação. A consequência é que se amplia cada vez mais a margem de decisão do juiz criminal (cada vez menos controlável), a qual se torna bem menos acessível a uma revisão através de critérios dogmáticos. (2003, p. 62)

Com efeito, ao tutelar bens jurídicos transindividuais⁶⁰, o legislador necessita utilizar técnicas de formulação vaga e trivial, sem concretude e precisão. Para além

60 Digno de registro que, quando aqui nos referimos a bens jurídicos transindividuais, estamos a tratar do grupo de bens que estão diretamente relacionados a um número múltiplo de pessoas (e não só de uma vítima concreta e definida), é dizer, bens coletivos em sentido amplo, abarcando, por conseguinte, os bens difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. O estudo detido de cada um desses conceitos refoge ao escopo precípuo do presente trabalho, mas, apenas a título

disso, o moderno Direito Penal recorre à técnica dos tipos de perigo abstrato, que facilitam a sua aplicação, na medida em que prescindem do dano, bastando comprovar a realização da ação tipificada, cuja periculosidade não precisa ser aferida pelo juiz, por já ter sido antecipadamente prevista pelo legislador, gerando, como consequência, “uma diluição e uma redução do processo de interpretação legalmente determinado em face da jurisprudência” (HASSEMER, 2003, p. 60).

Silva Sanchez aponta, ainda, a privatização e a desformalização como uma consequência inevitável da expansão. Isso porque o setor público, naturalmente deficitário, não suporta o crescimento do sistema do Direito Penal (notadamente o sistema penitenciário), razão pela qual surge, como alternativa, o recurso a instâncias privadas, a exemplo dos discursos que propugnam por prisões privadas e por polícias privadas. (2002, p. 71).

Para além disso, o autor descreve que há quem defenda, no seio da própria doutrina jurídico-penal, a possibilidade de modificação das regras do jogo, aludindo à necessidade de abrandamento das garantias político-criminais do Estado de Direito e regras clássicas de imputação, em prol do combate à macrocriminalidade, revelando a limitação da capacidade do Direito Penal clássico de base liberal e dos seus princípios da taxatividade, imputação individual, presunção de inocência, etc. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 68).

Nesse contexto, os princípios da culpabilidade, as regras do devido processo legal e a jurisdicionalidade, bem como os demais conceitos da teoria do delito e princípios do Direito Penal, são contemplados como barreiras a uma real solução dos problemas, pelo que prosperam os modelos de justiça negociada, “nos quais a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano” (SILVA SANCHEZ,

de esclarecimento ao leitor, fazemos referência ao art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que elucida, rapidamente, as distinções conceituais retro. Assim, os bens difusos seriam aqueles de titularidade indeterminável, porque o titular do interesse, seja no plano abstrato ou no plano concreto não poderia ser identificado, a exemplo do meio ambiente. Os bens coletivos em sentido estrito têm titularidade indeterminada, no plano abstrato, mas não no plano concreto (neste, são determináveis), porque os indivíduos afetados ostentam a mesma relação jurídica base (fazem parte de um mesmo grupo, categoria, classe, etc.), a exemplo de um grupo de servidores públicos. Por fim, os bens individuais homogêneos são, em essência, meramente individuais, mas decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

2002, p. 69), revelando, assim, uma visão do Direito Penal como um mecanismo eficiente de gestão de determinados problemas⁶¹.

3.1.2 O pragmatismo penal e o cuidado necessário com as práticas restaurativas.

A aparição de novos riscos ganha dimensão mais alargada em um contexto de densa interação política e econômica entre os países ao redor do globo, na medida em que o processo de governo de cada Estado não mais se limita ao seu próprio espaço, mas repercute em outros países, atingindo escalas internacionais⁶².

Nesse contexto, as avançadas tecnologias de comunicação e informação intensificaram, de forma significativa, as conexões entre Estados, sociedades e pessoas, permitindo o acesso, em uma escala planetária, a todos os acontecimentos do globo.

61 Importante advertir ao leitor que não defendemos a aplicação da Justiça Restaurativa por razões de eficiência e pragmatismo, puro e simples, da atuação estatal. Ao revés, salientamos a necessidade de cautela perante esse viés utilitarista, conforme explanaremos, com mais vagar, no tópico “3.1.2” deste estudo. Por ora, ressaltamos que a Justiça Restaurativa não pode ser confundida com a Justiça Negociada, que, em suma, abdica de direitos e garantias do acusado por razões utilitaristas e efficientistas, a exemplo do *plea bargaining*, nos Estados Unidos (VASCONCELLOS, 2015, p. 73). Na Justiça Negociada, o ofensor encontra-se em um patamar desigual, pressionado pela negociação ofertada pelo *Parquet*, em um processo que busca condenação rápida, com baixo custo sistêmico (leia-se: o sistema judicial seria livrado de realizar um julgamento para todo e qualquer crime, desafogando as abarrotadas unidades judiciárias), mas com substanciais violações de garantias. Lado outro, no procedimento restaurativo, como estamos a ressaltar ao longo deste trabalho, o ofensor se encontra em posição de igualdade com a vítima, bem assim com a comunidade envolvida, além do que a decisão não é proposta, ou mesmo imposta, por um terceiro alheio ao conflito intersubjetivo – como ocorre na Justiça Negociada.

62 Não por outra razão é que a cooperação internacional (no âmbito cível e penal) vem ganhando cada vez mais força. Saulo Casali Bahia assevera que a persistência do apreço incondicional à soberania ainda constitui algumas barreiras para a viabilização e desenvolvimento da cooperação internacional, mas afirma que, com a mudança do mundo e com a internacionalização das relações sociais, “os pedidos de cooperação vêm dobrando a cada grupo menor de anos, segundo algumas estatísticas” (2016, p. 42). É de se perceber, portanto, que esse novo cenário traz desafios não somente para a dogmática penal, mas também de ordem prática, na medida em que a apuração e julgamento de delitos transnacionais demandam, por excelência, o bom desenvolvimento de mecanismos de cooperação jurídica internacional. Sobre o tema, em pesquisa mais direcionada ao MERCOSUL, Fernanda Ravazzano Baqueiro salienta que, embora seja possível constatar avanços nessa seara, ainda estamos distantes de uma cooperação eficaz, o que pode ser atribuído à resistência de alguns países integrantes do bloco em cooperar, por dificuldades de compreensão da redefinição da soberania à moderna realidade internacional; burocracia para tramitação dos pedidos; falta de legislação interna que regulamente a cooperação jurídica internacional e a dificuldade na definição de qual Estado seria competente para processamento e julgamento do feito. (2016, 209-211)

A globalização, a bem da verdade, propicia a solidarização do progresso, mas também facilita a propagação dos problemas. A informação facilitada e difundida pode gerar uma sensação de medo, terror e insegurança. Isso porque, no afã sensacionalista, as notícias relacionadas com crimes e tragédias são expostas de maneira repetida, prolongada e por vezes exagerada, fazendo com que o telespectador se imagine como potencial vítima, ensejando um amedrontamento geral.

A atenção dedicada pela mídia aos crimes faz com que as pessoas acreditem que a criminalidade está aumentando⁶³. O crime tem sua própria história e seduz a população, o que favorece a cobertura jornalística, a qual, em razão das novas tecnologias de transmissão via satélite, possibilita que a notícia alcance pessoas que moram a quilômetros de distância do local do fato. Apesar de viverem, por vezes, em contextos absolutamente diversos, a repetição de notícias cria a impressão de que o perigo está à espreita, bem próximo de suas casas. (LOTKE, 1998, p. 45)

Efetivamente, a dramatização e a morbidez “com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 38)⁶⁴.

63 Lotke assevera que a taxa de criminalidade permaneceu estável, mesmo com o crescimento do sistema criminal, defendendo que o aumento no número de prisões não teve o condão de diminuir a criminalidade, que tem se estabilizado ao longo dos anos, apresentando, inclusive, leve declínio em certos períodos (1998, p. 43). O autor relata que a tese de que a criminalidade não tem aumentado causa certa surpresa nas pessoas e atribui isso a dois principais fatores, a saber, a forma diferente de medi-la e a cobertura feita pela mídia. Sobre a primeira razão, aduz: “Normalmente, a chamada medida da criminalidade, em verdade é a medida da atividade policial e resulta do número de registros de prisões efetuadas pela polícia (...) quando os registros começaram a ser informatizados, a medição da criminalidade sofreu um aumento consistente – principalmente porque os métodos de registro de ocorrências e armazenamento de dados foram melhorados e não porque a criminalidade tenha aumentado.” (1998, p. 44-45). Esse fenômeno gera um círculo vicioso, porque, com um registro maior de crimes, naturalmente há um investimento maior na segurança pública, o que faz com que mais computadores sejam adquiridos e mais crimes sejam registrados, fazendo com que as pessoas achem que a criminalidade está aumentando, “simplesmente porque ninguém presta atenção à forma de cálculo da taxa de criminalidade” (LOTKE, 1998, p. 45). Sobre a segunda razão, o autor esclarece que “Entre os anos 80 e começo dos anos 90, a atenção dedicada pela mídia ao crime explodiu. Até mesmo quando as taxas de criminalidade baixavam, a cobertura pela imprensa continuava subindo” (1998, p. 45) e conclui que “a taxa de criminalidade tem se mantido estável desde os anos 1970 e com certeza assim se manteve durante a era de construção de prisões” (1998, p. 45).

64 Silva Sanchez aduz que para além dos meios de comunicação, as próprias instituições públicas transmitem imagens diversas da realidade, contribuindo com a difusão dessa sensação de insegurança. Cita, exemplificativamente, nesse sentido, a forma como são apresentadas as estatísticas de crimes cometidos por jovens filhos de imigrantes na Alemanha (2002, p. 39).

Com isso não se está a dizer, por evidente, que a insegurança e o medo que permeiam a sociedade decorrem, tão só, da divulgação enviesada de informações, mas é preciso pontuar que a sociedade, ao ser atemorizada e ilusoriamente conduzida à conclusão de que nada mais há além de crime e destruição, passa a clamar por um endurecimento da política criminal, na crença de que o Direito Penal é o porto seguro, uma panaceia.

Se as interações ganharam conotações cada vez mais globais, assim como a circulação de produtos se estabeleceu em uma escala mundial, o crime também se tornou global, multiplicando-se, de maneira organizada, em redes densificadas, que percorrem todos os setores sociais.

A integração supranacional faz gerar uma nova concepção de objeto do delito, abrangendo elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico, na medida em que, além de contemplar corrupção de funcionários das instituições, “gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções)” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 80).

A criminalidade nos tempos de globalização é, em última análise, organizada, na medida em que nela intervém um número de pessoas estruturadas hierarquicamente, sendo, do ponto de vista material, uma criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela influência econômica, política e social na magnitude dos seus efeitos.

Como dito, o objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é eminentemente prático, evitando a conformação de “paraísos jurídico-penais” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 81). Para o autor, a existência desses “paraísos” é deveras problemática, na medida em que se trata de uma modalidade de delinquência na qual os principais responsáveis podem estar significativamente distantes do lugar e do momento dos atos de execução.

Linhas acima, referimo-nos aos desastres de larga escala, a exemplo de Chernobyl. Apesar de trágicos, esses incidentes, sobretudo porque esporádicos, não vitimizam mais pessoas que as ocorrências cotidianas, a exemplo dos acidentes automobilísticos e a morte decorrente de uso de drogas (lícitas ou ilícitas). Mas por que, então, causam eles -os desastres de maior escala- maior alarmismo na população? Certamente, por conta da imprevisibilidade, a sensação de espanto e medo diante do que não pode ser percebido, bem como pelo destaque que é conferido a essas tragédias pelos meios de comunicação social.

Para Paulo Fernandes (2001, p. 36), o crime da era global, por excelência, é o crime econômico. Dito de outro modo, para o autor, a globalização acabou por multiplicar, em larga escala, circuitos criminosos que envolvem grandes montas financeiras, bem como organizações e pessoas, voltadas à prática delituosa, com o fim de obter lucros vultosos, intensificando-se, assim, sobremaneira, a criminalidade econômica, a delinquência de colarinho branco e a criminalidade dos poderosos⁶⁵.

Os crimes praticados por Prefeitos, por exemplo, envolvem, não raramente, a intervenção de um número de pessoas estruturadas hierarquicamente, e enseja efeitos de magnitude extremamente relevante, não só do ponto de vista econômico, mas também político e social. Sua capacidade de desestabilização geral do município, assim como de corrupção da máquina pública, são traços igualmente marcantes.

Esse cenário impulsiona a expansão do Direito Penal, de cariz menos garantista, demandando que ele busque atender exigências de uma nova realidade, de uma criminalidade transnacional complexa e organizada, dirigindo o Direito Penal a um pragmatismo declarado, em busca de uma eficiência na abordagem da criminalidade.

Reivindica-se um Direito Penal pragmático, orientado sobremaneira à finalidade de lograr a defesa da sociedade da maneira mais eficaz possível frente aos riscos decorrentes das disfunções da sociedade atual.

E, para concretizar essas demandas, proliferaram-se mecanismos de formalização de acordos no Processo Penal, que se oferecem como meios mais céleres de realização do moderno Direito Penal⁶⁶. Para Hassemer, tais instrumentos

65 Fernandes (2001, p. 36 e 37) distingue os três tipos de criminalidade, os quais não raramente são tratados como sinônimos. Assim, a criminalidade de colarinho branco se restringiria às classes socioeconômicas detentoras de maior poder econômico, enquanto a criminalidade econômica seria, em verdade, fruto da democratização daquele tipo de criminalidade, agora praticada pelos mais diversos estratos sociais, em razão da facilitação de acesso aos cargos que permitiam a prática de determinados crimes (crimes financeiros, e.g). É dizer, a criminalidade econômica não se diferenciaria, na essência, da criminalidade de colarinho branco, dela se distanciando apenas pelo estrato social que ocupa o autor. Por sua vez, a criminalidade dos poderosos consubstancia o conjunto de crimes praticados por agentes que ocupam uma posição especial em um contexto de poder, no intuito de manter ou reforçar o poder político, ou econômico (a exemplo dos crimes de corrupção ativa/passiva, lavagem de capitais, etc.).

66 Advertimos o leitor, mais uma vez, que não estamos a defender a Justiça Restaurativa por razões utilitaristas e eficientistas. Não podemos, contudo, deixar de mencionar que os mecanismos de acordos no Processo Penal vêm se proliferando com cada vez mais intensidade, o que, a bem da verdade, expressa o crescimento da Justiça Negociada, máxime pelas já citadas questões de ordem

atentam contra as tradições democráticas do Direito penal e não são uma opção (no sentido mais puro do termo, fruto de uma escolha livre e desimpedida) do sistema, mas um resultado das necessidades do moderno Direito Penal (2003, p. 64).

Veja-se:

Um Processo Penal democrático custa tempo e dinheiro. Principalmente nos setores que foram caracterizados aqui como “modernos”, passa-se o que nós denominamos como “acordo (*Deal*) no Processo Penal”. E isto provavelmente não é um acaso. São estes mesmos setores, os quais romperam as capacidades do moderno Direito Penal, que não podem mais ser levados a cabo com os princípios tradicionais do Processo Penal. Portanto, deve-se contar com uma tendência de reduzir as sutilezas jurídico-processuais penais, para converter o Direito Penal material em realidade, para assegurar a sua grande função (HASSEMER, 2003, p. 63)

Justo por essa razão, defendemos ser imprescindível uma vigilância constante para que a Justiça Restaurativa não se veja imersa em um nítido cariz utilitarista, com viés puramente “esvaziador de prateleiras” do já sobrecarregado judiciário, tampouco se confunda com a barganha ou com a justiça criminal negocial.

No ordenamento jurídico pátrio, o modelo consensual encontra maior ressonância na Lei 9.099/95, que alberga institutos como a suspensão condicional do processo, a transação e a composição civil dos danos, os quais, inclusive, serviram de supedâneo para a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências:

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; (*grifos no original*) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

Hugo Leonardo Rodrigues Santos esclarece que o modelo consensual brasileiro conseguiu aprofundar o diálogo entre infrator e vítima, conforme previsão de efeitos despenalizadores decorrentes da composição de danos, *ex vi* do art. 74,

prática. Tal advertência é necessária, para ressaltar, a mais não poder, a necessidade de vigilância constante, para que as práticas restaurativas não sejam maculadas por um viés utilitarista (que tanto marca a Justiça Negociada), que busca poupar despesas de um moroso julgamento e aliviar a carga de trabalho do sabidamente assoberbado sistema de justiça criminal tradicional.

da Lei nº 9.099/95, em que, se satisfeita a vítima, nos casos de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação do ofendido, não mais justificável seria a instauração de um processo penal. (2013, p. 12)

Contudo, nas hipóteses de ação penal pública incondicionada – em que se faz presente a transação penal- a prática demonstra que há apenas uma oferta de transação por parte do Ministério Público, excluindo-se a vítima das soluções oferecidas pelo sistema criminal. Se não bastasse isso, a transação penal continua a utilizar as estruturas formais de justiça, promovendo, assim, uma pressão excessiva para que o acusado aceite a proposta ofertada pelo titular da ação penal, na medida em que, se houver a concordância, o processo penal poderá ser evitado (SANTOS, 2013, p. 12-13).

Para além disso, o perigo é que ocorra com a Justiça Restaurativa o que aconteceu com o modelo consensual brasileiro, o qual, apesar de ter sido imbuído de boas intenções e de nítida inspiração em políticas criminais de minimização do sistema punitivo, acabou por contribuir para o efeito diametralmente oposto, qual seja, a sua expansão, ampliando a rede de controle penal, ao revalorizar alguns tipos penais outrora considerados insignificantes e atraindo uma clientela que não seria submetida penalmente (SANTOS, 2013, p. 12)⁶⁷.

Não se trata de “fazer justiça rápido”, o que, à evidência, não pode -nem deve- ser atribuído à Justiça Restaurativa. Assim, a celeridade não necessariamente deve permear as práticas restaurativas, porque o fator tempo não é determinante -e muitas vezes pode ser prejudicial- ao acordo eventualmente firmado.

Adverta-se ao leitor que, com isso, não estamos a defender que as práticas restaurativas se estendam por tempo indefinido, mas, tão só, que não haja uma coação para a formulação de um acordo em tempo breve, a todo e qualquer custo. Digno registrar, de outro lado, que, no direito estrangeiro, há diplomas normativos que estabelecem um prazo para as práticas restaurativas, após o que, em caso de insucesso, o feito volta aos cuidados do sistema de justiça criminal tradicional. Cite-se, como exemplo, a Lei nº 4989/2002, da Província del Chaco, na Argentina, que, em seu art. 16, fixa o prazo de 60 (sessenta dias) úteis para a resolução do conflito,

67 Hugo Santos destaca que a implantação dos juizados especiais criminais não diminuiu o número de processos criminais nas varas comuns, pois se sustentou uma ideologia punitivista de tolerância zero (2013, p. 12), o que pode ser explicado pela racionalidade penal moderna (PIRES, 2004).

salvo se as partes e o facilitador desejarem prorrogá-lo e o juiz autorizar, podendo conceder uma nova oportunidade por igual número de dias. A lei ainda prevê, na parte final do aludido dispositivo, que, quando a gravidade do fato, a quantidade de vítimas e a complexidade do conflito demandarem um prazo mais dilargado, o Juiz poderá autorizar a prorrogação do prazo. (ARGENTINA, 2002, p. 1). Em Portugal, consoante o art. 5º, itens 1 e 2, da Lei nº 21/2007, o prazo para conclusão das práticas é de três meses, podendo ser prorrogado por mais dois meses, caso se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo (PORTUGAL, 2007, p. 1).

3.2 DIFICULDADES DA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES TRANSINDIVIDUAIS: REFLEXÕES QUANTO AO OFENDIDO E A COMUNIDADE

Malgrado a nossa pesquisa seja voltada para o estudo das práticas restaurativas aos delitos sem vítimas concretas e individualizadas, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a importância da figura do ofendido para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, a fim de possibilitar, em linhas seguintes, o desenvolvimento da nossa proposta.

Como se sabe, a Justiça Criminal Tradicional tem, como protagonistas do processo penal, o ofensor, no polo passivo da demanda, e o Estado representando o órgão acusador e julgador. A Justiça Restaurativa, por seu turno, iniciou um esforço de repensar as necessidades que o delito gera, remodelando os papéis inerentes ao conflito penal, ampliando, nessa esteira, o espectro de interessados no processo, de modo a envolver as vítimas e, quando possível, a comunidade⁶⁸.

Como já destacado no primeiro capítulo do nosso trabalho, embora não seja possível vincular a gênese da Justiça Restaurativa à Vitimologia, é certo reconhecer que ela muito contribuiu para o seu desenvolvimento, máxime pela redescoberta da

68 Nessa linha de pensamento, Howard Zehr destaca que “Os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal corrente” e observaram também “que é por demais restritiva a visão prevalente de quais são os legítimos participantes ou detentores de interesse no processo judicial”. (2012, p. 24).

vítima, bem como pela preocupação com a *reparação* em face dos danos que lhe foram causados pela prática delitiva.

A Justiça Restaurativa parte, tradicionalmente, de uma preocupação com as vítimas e suas reais necessidades, procurando reparar o dano dentro do possível, tanto de maneira concreta como simbólica. Assim, dentre outros objetivos, busca o processo restaurativo resgatar a vítima, empoderá-la, para dar azo a interesses que não são atendidos adequadamente pela Justiça Criminal Tradicional, onde frequentemente são abandonadas e olvidadas pelo processo penal⁶⁹.

Dito de outro modo, busca a Justiça Restaurativa devolver à vítima o empoderamento do conflito, conferindo a ela a prerrogativa de poder participar ativamente do seu deslinde – sem, ressalte-se, desconsiderar a importância do ofensor, nem colocá-lo em segundo plano. Essa preocupação deriva do sentimento de impotência que, em geral, atinge as vítimas, as quais não raramente se sentem privadas, após a ocorrência da ofensa, do controle sobre suas emoções, sua propriedade, seu corpo, etc. De fato, devolver-lhe o senso de poder, decorrente da participação efetiva -e ativa- do processo judicial, pode ser muito reconfortante⁷⁰.

Considere-se, outrossim, que um crime gera muitas dúvidas na vítima. Muitas pessoas ficam a se perguntar, por exemplo, o porquê de terem elas sido as escolhidas pelo ofensor para serem destinatárias da prática delituosa. Essas dúvidas, posteriores ao crime, geram, em alguns casos, um transtorno psicológico maior que o próprio dano sofrido, razão pela qual não se pode deixar de levar em consideração que a vítima precisa de respostas. Respostas não advindas dos encartes processuais -que, muitas vezes, sequer as encontram- mas sim, respostas

69 As vítimas sofrem diversas consequências do crime. Para além da perda financeira ou patrimonial, há também, por vezes, os danos físicos e emocionais, que, inclusive, podem durar anos, reverberando no espírito do ofendido. Alguns podem se sentir deprimidos, nervosos e temerosos, dificultando-se, assim, o ajuste à vida normal, em decorrência do trauma experimentado quando do cometimento do crime. (BORIBOONTHANA, 2006, p. 12). Outrossim, o delito pode estigmatizar a vítima, porque esta acaba por se tornar, para os seus pares, um lembrete desconfortável de que o crime pode ocorrer com qualquer um. Não raramente, algumas pessoas, inclusive do círculo familiar ou de amizade da vítima, em vez de apoiá-la, culpam-na pelo ocorrido, o que acaba por apartá-la dos membros da comunidade, estigmatizando-a. Todas essas questões passam ao largo do processo penal tradicional e serviram de supedâneo para o surgimento da Justiça Restaurativa.

70 Ao tecer comentários sobre a tentativa de colocar a vítima no centro das preocupações do sistema penal, Raúl Esteves afirma que: “Uma justiça para a vítima significa tão somente transportá-la para o centro do drama jurídico que se inicia, precisamente, com a afetação da sua vida, integridade física, saúde, patrimônio, liberdade, dignidade, honra e consideração ou qualquer outra dimensão da sua existência tutelada pelo direito penal, em uma acção (*sic*) ou omissão de outrem.” (2006, p. 58)

reais, que requerem acesso -direto ou indireto- àquele que perpetró a conduta delitiva.

Nesse contexto, muitos defensores da Justiça Restaurativa exaltam o efeito terapêutico decorrente de suas práticas, argumentando que o simples ato de ouvir, ou permiti-la falar sobre a história narrada pela vítima pode auxiliar na superação da experiência negativa de se vivenciar um crime (e.g. BORIBOONTHANA, 2006; LATIMER; DOWDEN e MUISE, 2005, *inter alia*). Não tratam, por evidente, da tomada de um depoimento, seja em juízo ou em uma delegacia - ambientes formais e indiferentes- mas, sim, de um contexto próprio, significativo, que faça com que o ofensor e a sociedade entendam o real impacto que lhe fora causado pelo ato ilícito cometido.

Umbreit; Coates e Vos resumiram vários estudos de diferentes tipos de criminosos, bem como de vítimas, de várias culturas, e demonstraram, empiricamente, que os processos de Justiça Restaurativa reportaram, em seus participantes, altas taxas de satisfação. Aduzem os autores que oito ou nove de cada dez participantes afirmam saírem satisfeitos com o processo e com o resultado do acordo, bem como informam que as vítimas frequentemente noticiam satisfação de terem a oportunidade de dividir as suas histórias e sua dor -com o ofensor ou com a comunidade- resultante do crime. (2004, p. 287 e 288)

Na mesma esteira, Latimer; Dowden e Muise afirmam que as vítimas que participaram de programas restaurativos ficam significativamente mais satisfeitas, se comparadas com aquelas que participaram do sistema de justiça tradicional (2005, p. 136).

Assim, é de se ver que uma das principais críticas que a Justiça Restaurativa tece ao Sistema de Justiça Criminal Tradicional é de que o processo penal - sobretudo a fase investigativa, inquisitorial- abandona a vítima, tratando-a, quando muito, apenas como objeto de prova⁷¹.

71 Claudia Santos explica que a Justiça Penal Tradicional demanda muito da vítima, mas oferece-lhe pouco. No primeiro ponto, explica a autora que o Estado requer a sua participação para produzir prova contra o ofensor. Lado outro, oferece pouco à vítima por duas principais razões. A um, porque o crime resultará, quando muito, na imposição de uma pena -prisão ou multa- que não se presta à reparação dos danos sofridos. A dois, porque embora seja convocada a participar do processo, o Estado não consegue lhe garantir proteção absoluta contra a vitimização secundária, ou mesmo à sua integridade física. Tem-se, assim, “uma vítima cuja participação no processo penal é útil ao exercício do poder punitivo do Estado, uma vítima cuja participação no processo penal o Estado

Note-se, portanto, que os Cultores da Justiça Restaurativa muito se dedicaram a estudar a figura da vítima - conhecida e determinada. O modelo tradicional de Justiça Restaurativa pressupõe uma pessoa identificável como ofensor, outra pessoa identificável como vítima e o ato vitimizante que infringiu seus direitos. Com efeito, ao tratar do modelo restaurativo, seus cultores fazem, não raro, referências a crimes em que o conflito se instaura entre pessoas individualmente consideradas, que ocupam os papéis de ofensor e vítima, *e.g.*, roubo, homicídio, furto, estupro. Nesses casos, a comunidade é chamada a compor a resolução do conflito, porque a ofensa causada pelo crime lhe atingiu de forma indireta, como repercussão do dano entre os diretamente envolvidos no conflito (ofensor e vítima), não sendo ela, nessas hipóteses, o sujeito principal das práticas restaurativas. Isso não significa dizer, por evidente, que ela será excluída da resposta restaurativa, mas é preciso compreender que, nos casos de vitimização direta, a comunidade ingressa como agente de suporte e fator de auxílio para o agente do crime e sua vítima.

O nosso problema, ao revés, remete aos crimes transindividuais, sem vítimas definidas, na medida em que os crimes funcionais praticados por prefeitos atingem uma coletividade e não apenas um indivíduo especificamente.

No nosso objeto de estudo (crimes funcionais praticados por Prefeitos), de cariz transindividual, há um giro epistemológico que deve ser analisado com critério, eis que a comunidade não mais ocupará papel secundário, mas direto no conflito e, como tal, será sujeito principal das práticas restaurativas e intervirá “não como suporte para a resolução do conflito que é de outros, mas no papel central de quem reivindica uma reparação ou de quem assume o dever de a propiciar” (SANTOS, 2007, p. 193).

Para Ashworth; Hirsch e Shearing, a Justiça Restaurativa pressupõe uma pessoa identificável como ofensor, outra pessoa identificável como vítima e o ato vitimizante que infringiu seus direitos, de modo que alguns casos seriam inadequáveis a esse tipo de resposta, quais sejam, os “crimes nos quais não há vítimas identificáveis”⁷² (2003, p. 8). Os autores utilizam como exemplo o crime de

encoraja, mas uma vítima a quem o Estado pede muito e tem pouco para oferecer” (2007, p. 468-469).

⁷² No original: “An ‘unsuitable’ category, in our judgement, would consist of crimes in which there is no identifiable victim.” (ASHWORTH; HIRSCH E SHEARING, 2003, p. 8).

evasão de divisas (“tax evasion”), caso em que o ofensor, se acusado, não seria confrontado com alguém que pudesse viabilizar uma postura apologética via algum tipo de ato restaurativo, pelo que não poderia ser admitida a comunidade como vítima.

Inobstante a opinião contrária, defendemos que a inexistência de uma pessoa identificável ou de um dano tangível não inviabiliza, por si só, a intervenção restaurativa. É dizer, o só fato de não haver uma vítima concreta e definida não descarta todas as reflexões tradicionalmente desenvolvidas pelos cultores da Justiça Restaurativa⁷³. Ao revés, pensamos que a produção de conhecimento a respeito dos benefícios das práticas restaurativas para os ofendidos podem ser trasladadas para a comunidade nos crimes transindividuais, mesmo porque, neles, é a comunidade, ela própria, uma vítima do delito.

No que pertine mais especificamente ao nosso objeto de pesquisa -crimes funcionais praticados por prefeitos- podemos asseverar que o abalo à administração pública em virtude da má gestão do alcaide (que pode repercutir na seara penal) causa danos a toda a sociedade do município, pela perda de confiança no trato com a coisa pública e a possível crise sistêmica que pode advir do delito.

O aumento de despesas públicas e os distúrbios na gestão dos ativos municipais geram danos em maiores ou menores proporções a todos da comunidade, colocando em risco empregos e a estabilidade de vários cidadãos, gerando consequências que podem ser imediatas ou protraídas por um longo tempo, a depender de uma série de fatores, a exemplo do tamanho do município e a extensão e gravidade do dano.

Efetivamente, os danos causados pelos crimes funcionais praticados por Prefeitos vão além das perdas monetárias, repercutindo na perda de empregos,

73 Hans Joachim Hirsch, ao falar da reparação enquanto resposta penal autônoma, aborda a impossibilidade de encampar esse entendimento em todo e qualquer caso, notadamente porque haveria numerosos delitos *sem* vítima, casos em que, segundo assevera, queda-se fracassada, pela própria natureza do delito, a possibilidade de uma compensação autor-vítima, razão pela qual não se poderia prescindir da pena estatal (1992, p. 56-57). Compreendemos, todavia, que essa conclusão não pode ser tratada em paralelo com as práticas restaurativas, na medida em que, conforme explicaremos, o só fato de inexistir uma vítima concreta e definida não impede a *ratio* do modelo. Há, é bem verdade, dificuldades de ordem procedimental, que demandarão certas conformações a serem adotadas nas práticas, mas, decerto, a natureza do delito, *per se*, não pode ser vista como um impeditivo para a implementação da Justiça Restaurativa aos crimes transindividuais.

lares, solvência do Município, acesso à saúde, educação e outras necessidades vitais da comunidade.

Não se pode descartar, portanto, a importância de um processo participado também nos casos de crimes transindividuais. Também aqui se configura o problema -por nós relatado no primeiro capítulo de nossa dissertação- do “roubo do conflito” pelo Estado, bem assim a relevância que tem a ideia de devolução do conflito aos seus envolvidos, os quais, agora, não são mais uma vítima concreta e definida, mas a comunidade, ela própria.

Nas práticas restaurativas, a busca por processos de comunicação que possibilitem à vítima -no nosso caso, a comunidade- exteriorizar os danos que sofreu e reclamar o que entende indispensável para a sua reparação é uma preocupação fundamental. E, no sistema tradicional de justiça, de espaço demasiadamente técnico e solene, não raramente inacessível aos comuns do povo, esse objetivo muitas vezes não é alcançado⁷⁴.

Nesse contexto, nos crimes transindividuais, a Justiça Restaurativa desponta como instrumento viável de aproximação do corpo social às normas pátrias, na medida em que faz com que, ali, na construção da solução para o conflito, se tenha uma melhor percepção dos valores insculpidos na lei, propondo-se uma construção marcada pela quase informalidade, no sentido de evitar a liturgia incompreensível e as cerimônias soberbas do processo penal.

Com efeito, no ambiente informal da Justiça Restaurativa, as partes podem problematizar o conflito, expor as emoções e necessidades e trocar suas impressões sobre o fato e sua possível solução, o que é de todo proveitoso.

74 A Justiça Restaurativa representa, antes de tudo, uma mudança de linguagem e orientação, de elevada importância não só para o rompimento com o paradigma punitivo, mas, também, como meio para propiciar um terreno fértil para a instauração de novas práticas, que só encontram lugar em um novo modo de pensar, com linguagem própria. Há, no sistema de justiça tradicional, um déficit comunicativo que não permite a expressão das partes e simplifica situações casuisticamente complexas.

Sobre o tema, Leonardo Sica muito bem ressalta que: “Fixando-se na comunicação, para adiante anexá-la ao fator relacional, o primeiro argumento que surge em favor de uma alternativa penal que a facilite, é a linguagem jurídica, cuja complexidade e a formalidade atingiram níveis tais que a atividade dos tribunais tornou-se absolutamente incompreensível para o cidadão leigo. (...) Não é só na forma, no estilo barroco e na eloquência pseudo-erudita, que a linguagem jurídica constitui-se como barreira: na essência, a comunicação nas varas criminais não permite a menor expressão das emoções das partes, mesmo aquelas derivadas do ato sob julgamento; não se preocupa em colher e estabilizar as expectativas dos jurisdicionados em relação à justiça e, muito menos, preocupa-se em transmitir qualquer compreensão acerca do valor da norma violada ou questionada.” (2007, p. 61)

Para melhor ilustração do quanto aqui delineado, voltando-nos mais especificamente ao nosso objeto de pesquisa, façamos uso do didático recurso do exemplo: Imagine-se que um determinado Prefeito de uma pequena cidade do interior resolva proceder à contratação direta de servidores públicos, deixando de observar o comando previsto no art. 37, II, da Constituição Federal. Tal fato, como se sabe, consiste em violação ao princípio do concurso público e traz sérios gravames à moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública, bem como onerosidade indevida aos cofres públicos, sendo tipificada a conduta no art. 1º, XIII, do Decreto Lei nº 201/67, nos seguintes termos:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;

(...)

§1º Os crimes definidos neste (*sic*) artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

(...) (BRASIL, 1967)

Do referido cenário, muito comum em pequenas cidades do interior do Brasil, notadamente na Bahia, a resposta penal, se existente, tem abrangência muito limitada: ou o réu é condenado, com pena de 3 (três) meses a 3 (três) anos, potencialmente substituível por restritivas de direitos -*ex vi* do art. 41, do CP- e a pena acessória prevista no art. 1º, §2º, do Decreto-Lei nº 201/67; ou o réu é absolvido, caso incidentes quaisquer das hipóteses do art. 386, do Código de Processo Penal⁷⁵.

Demais disso, por conta da morosidade no trâmite de uma Ação Penal Originária, não é raro que os prefeitos terminem os seus mandatos no curso do processo, fazendo com que a eventual responsabilização penal (ou mesmo a civil) já não mais tenha tanta visibilidade na comunidade afetada.

75 Como a pena mínima do delito é menor que 01 (um) ano, há, ainda, a possibilidade de suspensão condicional do processo, se atendidas as demais condições do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Seja qual for o deslinde do processo, haverá, tão somente, a imposição da solução pelo Juízo competente, sem participação da sociedade envolvida, tampouco a necessária reflexão por parte do alcaide infrator, a perpetuar as nefastas consequências do constitucionalismo brasileiro tardio⁷⁶.

Uma solução construída em um contexto restaurativo poderia, a título exemplificativo, resultar na determinação de que o Executivo Municipal adotasse providências imediatas para realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, para preenchimento dos seus cargos, a beneficiar de imediato a Administração Pública⁷⁷.

Com a participação ativa da comunidade envolvida, reafirmar-se-ia o valor das normas constitucionais e penais, porque o atuar restaurativo pressupõe a compreensão, por parte dos destinatários, do conteúdo das suas decisões - o que não há na justiça criminal tradicional, em razão do déficit comunicativo e de linguagem próprios do sistema penal.

Efetivamente, a participação nas práticas restaurativas expressa, com muito mais eficiência, um sentido de confiança no ordenamento e de reconhecimento da mensagem normativa, porque os envolvidos participam diretamente da construção da solução, discutindo, sob a insígnia do ordenamento jurídico penal, de forma democrática e de modo muito mais acessível, rompendo o déficit comunicativo próprio do sistema de justiça tradicional.

Além disso, o encontro tem um valor em si mesmo, que tem grande potencial preventivo, tanto negativo, quanto positivo, pois o Prefeito-ofensor tem a chance real

76 Nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto, o constitucionalismo brasileiro tardio “é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais.” (2016, p. 19). Conforme preleciona o autor, a ideia de *constitucionalismo tardio*, que não pode ser confundida com a adoção tardia do texto constitucional, está intrinsecamente relacionada à noção de cultura constitucional, consistente, em suma síntese, na preservação da vontade constitucional, na efetivação de direitos fundamentais e na disseminação do conhecimento a respeito do texto constitucional. O referido fenômeno, malgrado seja fruto de uma confluência de fatores históricos, sociais, políticos e jurídicos, no tocante à responsabilização penal dos prefeitos, é efetivamente agravado pelo atual modelo de resposta tradicional. Com efeito, a peculiar ausência de pertencimento de boa parte da população brasileira alcança ainda maiores dimensões quando se tem em conta que durante todo o trâmite da Ação Penal, a comunidade, em momento algum, participa da construção da resposta, ficando alheia a todo o processo.

77 Os efeitos jurídicos dessa solução construída em um contexto restaurativo serão melhor trabalhadas, por nós, no tópico 4.4 desta dissertação. Todavia, oportuno adiantar ao leitor que o só fato de ter havido um acordo restaurativo não implica, necessariamente, na extinção de punibilidade do Prefeito.

de ver os impactos do crime na comunidade, além do que se possibilita a internalização da norma e compreensão e valorização do preceito.

De fato, o ambiente em que é propiciada a prática restaurativa propõe uma nova ética de comunicação sobre o conteúdo da norma e estabelece novos canais de comunicação.

Com efeito, por meio das práticas restaurativas, passa-se a discutir diversos fatores que não importam para o método tradicional, a exemplo das causas do crime, o contexto específico em que ocorreu, a maneira que a comunidade traduz aquela conduta, sua relação com a lei, etc.

Permitir àqueles que são afetados pela norma participar das discussões nas quais a sua validade é determinada incrementa a confiança na justiça e promove uma solução mais efetiva ao conflito.

Entretanto, nesse processo de aplicação das práticas restaurativas aos crimes transindividuais, algumas conformações procedimentais se revelam espinhosas, consoante passamos a expor.

3.2.1 O quem: quem dialogará com o ofensor?

Superada a questão de índole teórica, o que mais nos aflige diz respeito à questão procedimental. É dizer, *quem* representará a comunidade e *como* isso será viabilizado na prática?

E, nesse ponto, algumas dificuldades se revelam. Estamos a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação entre os indivíduos alcançou níveis elevados, seja pelas necessidades de cooperação, seja pela imperiosidade da divisão de funções. Isso porque as esferas individuais de organização não são mais autônomas, tampouco autossuficientes, sendo crescente a interdependência dos indivíduos na vida social.

Inobstante, paradoxalmente, malgrado se possa falar de um incremento da interdependência social, há de se considerar, ao revés, uma “dessolidarização estrutural” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 35), consubstanciada em um *modus vivendi* marcadamente individualista, na qual a noção de comunidade se esvaece, na

medida em que os seus componentes mais se preocupam em satisfazer as suas próprias demandas que os interesses do corpo social.

Assim, um problema a ser pensado e resolvido, quando se pretende aplicar a Justiça Restaurativa aos delitos transindividuais é: quem dialogará com o ofensor? Esse problema se agudiza quando se tem em conta a própria diversidade e complexidade social, com uma pluralidade de pessoas, de realidades (econômicas, sociais e culturais) distintas, e ausência de uma ordem relativa de valores (ou preferências) generalizáveis, o que se soma, possivelmente, a uma falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau para a comunidade, constituindo, assim, uma fonte de incertezas e dúvidas.

Efetivamente, quando se está a tratar de Justiça Restaurativa nos crimes transindividuais, naturalmente se está a atribuir à sociedade civil um novo protagonismo. Daí que se produz uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que tradicionalmente serviu de referência à construção da Justiça Restaurativa: em lugar do furto do autor individual, trata-se, *e.g.*, de abordar atos de corrupção, *lato sensu*, realizados por um Prefeito, que, por sua vez, comete delitos contra a municipalidade.

A despeito disso, não sendo possível identificar as vítimas, a primeira questão a se problematizar é: quando a vitimização é difusa, a prática restaurativa fica prejudicada, ou mesmo inviabilizada?

Para Cláudia Santos, a indefinição das vítimas não seria, *per se*, um obstáculo à prática restaurativa. Apesar de o delito atingir um número indeterminado de indivíduos, haverá pessoas mais atingidas que outras, por assim dizer (2014, 598), a exemplo do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93: A dispensa ou inexigibilidade de licitação afetará toda a comunidade, bem como a Administração Pública, mas causará danos mais diretos aos concorrentes interessados no objeto do pleito licitatório.

No entanto, mesmo nos casos em que o crime atinja toda a comunidade, de forma indistinta, a autora defende a possibilidade das práticas restaurativas, sugerindo que a comunidade não seja representada pelo Estado (tal qual no sistema de justiça criminal tradicional), mas por entidades que tratem de questões e

interesses afeitos à violação decorrente da prática delitiva, entidades que intervenham em nome da comunidade. (SANTOS, 2014, p. 598).

No mesmo sentido, Thiago Di Pietro (2014, p. 72 e 73) exemplifica:

se o ofensor realizar alguma prática delituosa que atinja um número incalculável ou imensurável de consumidores, quando muitos desses consumidores sequer conhecem sua condição de vítima, a falta de individualização da pessoa lesada não impediria a prática restaurativa, eis que uma entidade de defesa do consumidor, por exemplo, poderia assumir tal papel.

Em arremate, Claudia Santos (2014, 598) assevera:

A ideia que se pretende vincar, relativamente à admissibilidade das práticas restaurativas quanto a crimes que ofendam em primeira linha valores supra-individuais, é a possibilidade de neles também se vislumbrar a existência de pessoas cujos interesses foram concretamente prejudicados pela infração, ou por se entender que todas o foram, ou por se considerar que algumas o foram mais directamente (*sic*).

Há, então, duas possibilidades: a comunidade participar diretamente, por meio de seus membros, líderes comunitários, ou por meio de entidades coletivas que a representem.

Não descartamos, de imediato, nenhuma das duas possibilidades, mas os problemas e vantagens de cada uma devem ser agora destacados, a fim de perquirir, caso a caso, qual seria a melhor forma de viabilizar a prática restaurativa.

Com o escopo de possibilitar a mais ampla participação da comunidade, é necessário buscar formas para garantir que a maior quantidade de pessoas saiba que tem à sua disposição este recurso para poder falar de seus conflitos. Assim, para que esse sistema faça parte da comunidade, deverá haver divulgação em jornais, páginas da internet, folhetos com informação básica, dentre outros.

O importante é que a comunidade receba informações sobre o processo, a fim de conhecer, de forma mais clara, o seu funcionamento. As pessoas que desejem participar devem ter um acesso facilitado ao processo, o que demanda um procedimento claro e conhecido por todos.

Dito isso, uma questão nos surge: todos aqueles que quiserem participar do processo terão lugar nas práticas restaurativas? Explicamos a *quaestio*. Devemos rememorar que estamos a tratar de crimes sem uma vítima concreta e definida. A vítima aqui estudada é a comunidade, ela própria, pelo que, em tese, todos os

membros do corpo social seriam destinatários dos danos (ou perigos) praticados. Se cogitarmos a possibilidade -que não pode ser descartada- de um número muito significativo de pessoas (na ordem das centenas, ou milhares) se predispor a participar do processo restaurativo, como viabilizar essa demanda?

Surgiria, inegavelmente, um problema grave de logística, não só de espaço, mas também de tempo, na medida e que a participação de um número dantesco de pessoas poderia inviabilizar a condução das práticas.

Creemos que esse problema não surgiria em todo e qualquer conflito decorrente de um crime transindividual. Efetivamente, muito por conta do que abordamos nas linhas acima -“dessolidarização estrutural” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 35)- não é crível pressupor que, em todo e qualquer conflito transindividual, centenas ou milhares de pessoas se interessem. Ao revés; é muito mais factível que poucas pessoas se predisponham a participar.

Para além disso, malgrado os crimes transindividuais, pela sua conformação dogmática tradicional, não atinjam uma vítima concreta e definida, há, por certo, indivíduos que sofrem os danos de forma mais direcionada do que outros.

Pensemos no art. 311, do Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo, que tipifica a conduta daquele que trafega em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano.

O aludido crime, diferente da maioria dos delitos comuns (e.g homicídio, lesão corporal, estupro, etc.), não possui, à luz da dogmática penal tradicional, uma vítima precisa, determinada, individualizada, na medida em que a coletividade surge como vítima do fato criminoso. Dilui-se, então, a lesão entre o corpo social, coletivamente considerado, pois que, em tese, ofende interesse que pertence a todos os cidadãos.

Contudo, é pouquíssimo provável que o referido crime desperte o interesse de todos os cidadãos do corpo social, sendo mais factível que os principais interessados sejam aqueles que circunvizinham a ofensa, é dizer, a comunidade mais próxima do trajeto em que o motorista conduziu o veículo causando perigo de dano.

Di Pietro defende que seria possível um encontro restaurativo, mesmo em crimes transindividuais, entre o ofensor e os membros da comunidade que foram diretamente afetados. Para tanto, vale-se do exemplo dos crimes ambientais de danos de menor escala e crimes contra o consumidor, nos quais, apesar de a sociedade figurar como vítima, seria possível, em certos casos, identificar os indivíduos que foram diretamente afetados, como aqueles que sofreram intoxicação alimentar ou compraram um bem que fere as normas de segurança. (2014, p. 89-90).

Em circunstâncias tais, percebemos que a participação direta (cujo problema maior seria a questão logística) não é irrealizável.

De outro lado, quando pensamos em crimes mais abstratos, ou de grande repercussão, o problema prático citado exsurge em maior monta, seja porque a comunidade possa se mostrar mais interessada (grande repercussão), seja porque a visualização dos indivíduos mais atingidos fique mais dificultada.

E aí está a questão: como poderíamos cogitar uma intervenção restaurativa se nem mesmo elas -as vítimas- sabem da sua condição -de vítimas- e se o dano é difícil de determinar? E mesmo que isso fosse superável, seria possível, no plano dos fatos, viabilizar um processo restaurativo com múltiplas vítimas, às vezes em centenas, de realidades absolutamente distintas?

Parece-nos impraticável que todos que se sintam lesados possam participar da construção da solução restaurativa. Não só por conta das dificuldades fáticas de reunir um grande número de pessoas e viabilizar uma discussão proveitosa em tais circunstâncias, mas também porque muitas dessas vítimas não serão empoderadas, não serão ouvidas, ou serão sujeitas à dominação ou de algum modo deixadas de lado durante o processo.

Em situações-limite, poder-se-ia cogitar, então, a possibilidade de a comunidade se ver representada. Mas por quem?

Para responder a esse questionamento, devemos salientar que o mote da Justiça Restaurativa foi, justamente, resgatar o ofendido para o centro de resolução, evitando o já tratado “roubo do conflito”, de modo que a representação, se não tratada com critério, poderá continuar a perpetuar os problemas da Justiça Penal Tradicional.

Como já por muitas vezes relatado em linhas anteriores, o interessante é que todos os envolvidos, mormente os ofensores e os membros da comunidade participem diretamente, pessoalmente, do processo restaurativo, e não através de representantes.

O sistema criminal tradicional já é largamente baseado em representantes, notadamente o Ministério Público, que atua em nome do povo na persecução penal, figurando como titular da ação penal pública, *ex vi* do art. 129, I, da CF. Justo por essa razão é que, apesar de não desconhecermos que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao *Parquet* funções de alto relevo⁷⁸, temos certa resistência em defender, como primeira opção, a representação da comunidade pelo Ministério Público nas práticas restaurativas.

Com isso não estamos a dizer que o Ministério Público deva ficar alheio às práticas restaurativas. Reconhecemos, a toda evidência, a importância destacada que a Constituição Federal atribuiu ao *Parquet*, que pode atuar na defesa de direitos e interesses da sociedade, eis que representante e legitimado coletivo universal, *ex vi* do art. 129, III, da CF. De fato, os avanços na Justiça Restaurativa, enquanto instrumento transformador do Direito Penal e do Direito Processual Penal, podem alcançar maior espectro com a participação do Ministério Público.

Todavia, não podemos deixar de observar que a participação direta do Ministério Público -que, não se olvide, é o titular da ação penal de iniciativa pública- em nome da comunidade poderia acarretar em um déficit de representatividade desta, que virtualmente continuaria a ficar alheia à resolução direta dos seus conflitos.

Com isso não se está a tolher, por evidente, a possibilidade de o Ministério Público contribuir qualitativamente para o empoderamento da comunidade, com ela interagindo mais intensamente, o que é de todo salutar. Com efeito, entendemos que a participação ativa do Ministério Público é crucial para a melhoria e transformação do sistema de justiça criminal, notadamente como indutor da Justiça Restaurativa.

Assim, defendemos que o Ministério Público, mesmo sem expressar o consentimento em nome da comunidade, poderia, *inter alia*, acompanhar as práticas

78 A Carta Magna consagrou o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos exatos termos do seu art. 127 (BRASIL, 1988).

restaurativas; promover mecanismos para que a comunidade receba ajuda e assistência eficazes; remeter casos com potencial restaurativo para as práticas respectivas; prestar atendimento e orientação aos cidadãos sobre tais mecanismos; bem assim prestar auxílio à comunidade na formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano e à reintegração do ofensor e a harmonização social.

Não é outra a interpretação que extraímos da Resolução nº 118, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2014), a qual, além de outras providências, dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. De fato, da leitura do aludido diploma, notadamente do seu art. 14⁷⁹, é de se perceber que, malgrado o *Parquet* seja imbuído do desenvolvimento das práticas restaurativas, a formulação de um acordo restaurativo dependerá, em última análise, do consentimento das partes envolvidas. Assim, se nos crimes individuais o Ministério Público não poderia substituir a vítima (a qual, pela essência das práticas restaurativas, deverá ser ouvida), nos crimes transindividuais não poderia a comunidade se ver substituída - leia-se: necessariamente representada - pelo Órgão Ministerial.

A representação da comunidade poderia se operar, assim, por meio da participação de entidades de representatividade adequada, a exemplo de associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico⁸⁰.

79 Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social. (CNMP, 2014)

80 Apropriamo-nos, aqui, de um dos legitimados para propor a ação principal e a ação cautelar, nos termos do art. 5º, V, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL, 1985). O rol contém outros legitimados, mas, dos ali listados, cremos que a associação é a que envolve uma participação popular mais direta, em razão da sua composição e forma de ingresso. Os demais ali listados são órgãos públicos e podem ter uma participação de relevo nas práticas restaurativas – sobretudo no aparelhamento de recursos necessários para sua implementação – mas a representação deve ficar a cargo das associações, em razão de sua maior legitimidade.

Os Conselhos da Comunidade, previsto no art. 80, da Lei de Execuções Penais⁸¹, também podem se revelar, pela sua heterogeneidade e pluralidade compositiva, um interessante órgão legitimado para representar a comunidade.

Ademais, cita-se a Defensoria Pública, pela sua vocação constitucional para o exercício das funções de *ombudsman*⁸².

Antes, porém, defendemos que a representação da comunidade seja viabilizada por meio da escolha democrática entre os cidadãos da comunidade vitimizada, seja de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. Nossa preocupação é sempre privilegiar a legitimação do processo, fazendo com que a comunidade seja o mais representada possível⁸³. E essa dinâmica facilitaria a operacionalização da prática restaurativa em casos de grande número de vítimas e permitiria uma resposta mais satisfatória à comunidade do que o sistema tradicional.

81 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. (BRASIL, 1984)

82 O Instituto Interamericano de Derechos Humanos conceitua a figura do *Ombudsman* como “uma instituição que protege as pessoas contra os abusos ou atos arbitrários da administração pública, que podem afetar seus direitos e garantias fundamentais” (tradução livre). No original: “una institución que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales” (2006, p. 11). Assim, o *ombudsman* está relacionado a uma instituição independente, que tem o objetivo de proteger a comunidade, notadamente aquela hipossuficiente, contra os arbítrios do Estado, buscando prevenir e combater os atos violadores de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o Defensor Marcos Gomes assevera que “Amparado nessas premissas, a Defensoria Pública possui o dever constitucional de atuar extrajudicialmente, inclusive de forma não demandista, na função de *ombudsman*, com o escopo de tutelar os direitos o escopo de tutelar os direitos fundamentais dos hipossuficientes, evitando abusos e ações arbitrárias do Estado, recebendo e investigando denúncias, e utilizando-se de todas as espécies de medidas capazes de garantir seus direitos.” (2017, p. 1).

83 Defendemos a representação da comunidade apenas em último caso, porque a participação direta possibilitaria um maior empoderamento, que é um dos grandes objetivos da Justiça Restaurativa. Como já dissemos outrora, as vítimas -bem assim os membros da comunidade- precisam contar suas histórias, serem ouvidas, e os ofensores precisam reconciliar com as vítimas, o que fica prejudicado -mas não inviabilizado- sem o contato direto e pessoal. Assim, é de todo recomendável empreender esforços para providenciar à comunidade a oportunidade de participar direta e ativamente do processo restaurativo. Ponderamos, entretanto, que, mesmo nos casos de crimes que afetam uma vítima individualizada, o encontro vítima-ofensor pode não ser recomendável, ou mesmo viável, pelo que o processo poderá se dar por meio de representantes do ofendido, sem que isso inviabilize a prática. (ZEHR, 2012 p. 58). Braithwaite sinaliza, inclusive, que as pesquisas por ele realizadas demonstraram fortes evidências empíricas no sentido de que as práticas restaurativas funcionavam melhor quando os trabalhadores e sindicatos, representando as vítimas do crime, se envolviam no processo (2002a, p. 63).

Di Pietro exemplifica com uma comunidade pesqueira que pode ser atingida por um desastre ecológico decorrente de um crime ambiental praticado por uma grande corporação petrolífera, que é responsável por destruir a fauna marinha local, principal fonte de subsistência da comunidade. Nesse caso, como a comunidade foi atingida de forma muito homogênea, defende o autor que não haveria diferenças práticas substanciais se dez ou dez mil vítimas fossem ouvidas, pelo que a criação de pequenos organismos sociais, criados temporariamente e escolhidos pela comunidade poderiam exercer o papel de representatividade e liderar as soluções para o bem-estar de todos no caso em questão, evitando, ainda, que o processo se torne muito moroso, o que poderia ocorrer se um grande número de pessoas fosse ouvido. (2014, p. 90-91).

Por essa razão, quando nos propomos a responder a pergunta “quem dialogará com o ofensor nos crimes transindividuais?”, levamos em consideração a flexibilidade e fluidez das práticas restaurativas para cogitar três possíveis soluções, em ordem de preferência: 1) participação direta da comunidade; 2) representação da comunidade por membros por ela escolhidos; 3) representação da comunidade por uma entidade de representatividade adequada, a exemplo de entidade associativa constituída há mais de um ano e que inclua, na sua finalidade institucional, objeto relacionado ao conflito que se busca resolver; Conselhos da Comunidade, previstos no art. 80, da Lei de Execuções Penais, e a Defensoria Pública.

3.2.2 O como: Os tipos de prática restaurativa

A Resolução nº 12/2002, da ONU, estabelece um rol exemplificativo de práticas restaurativas, a saber, “a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)” (ONU, 2002)⁸⁴.

O rol, como dito, não é taxativo, e, ao longo dos anos, novas experiências surgiram ou foram aperfeiçoadas de acordo com as peculiaridades locais, de modo

84 Na mesma linha da Resolução nº 12/2002, Latimer, Dowden e Muise defendem que os modelos de Justiça Restaurativa podem ser agrupados em três grandes categorias, a saber: círculos, conferências e mediações vítima-ofensor. (2005, p. 128).

que alguns autores apresentam uma lista mais ampla que a oferecida pela aludida resolução.⁸⁵

Apesar de algumas distinções entre as práticas restaurativas, os princípios empregados em cada modelo permanecem similares. Como a lista de possíveis práticas restaurativas é extensa e variável, a depender do autor a ser consultado, optamos -para manter o foco principal de nosso trabalho- por abordar de forma mais detida aquelas previstas na Resolução nº 12/2002 (ONU, 2002), bem assim outras que entendemos guardar maior pertinência com o nosso objeto de pesquisa, consoante trataremos a seguir.

3.2.2.1 Victim-Offender Mediation Programs (programas de Mediação Vítima-Ofensor):

Os programas de mediação vítima-ofensor foram inicialmente denominados de programas de reconciliação vítima ofensor (*victim offender reconciliation programs -VORP*), nas décadas de 1970 e 1980⁸⁶ e ainda assim são chamados, em alguns lugares, embora a denominação mais comum seja a epigrafada (VOM). (UMBREIT, 2008, p. 1).

Tais programas envolvem uma reunião entre o ofendido e o ofensor, a qual é viabilizada na presença de um facilitador treinado. Com a assistência desse facilitador, os envolvidos interagem e começam a resolver o conflito, construindo sua própria abordagem para alcançarem um acordo restaurativo, que poderá solucionar o impasse causado pelo crime.

As reuniões (poderão ocorrer mais de uma) permitem que ofensor e ofendido expressem seus sentimentos e experiências pessoais decorrentes do delito e concluem com a tentativa de alcançar um acordo sobre quais as medidas que o infrator deverá adotar para reparar o dano sofrido pela vítima.

85 O *Centre for Justice & Reconciliation* lista como programas restaurativos a mediação vítima-ofensor; os círculos; o *conferencing*; os painéis vítima-ofensor; programas de assistência às vítimas e programas de assistência a ex-ofensores. (CENTRE FOR JUSTICE & RECONCILIATION, 2018b)

86 Bradshaw; Coates e Umbreit classificam a mediação vítima-ofensor como o mais antigo e disseminado tipo de prática restaurativa (2001, p. 3).

O facilitador não imporá nenhum resultado específico; mas apenas auxiliará na interação e no diálogo entre a vítima e o ofensor, os quais, por seu turno, assumirão papéis proativos na construção de um resultado tido como justo por ambos. O facilitador deverá buscar conectar-se com as partes através da construção de confiança, sem se posicionar a favor de nenhum dos lados, identificando os pontos fortes de cada parte, usando um estilo de mediação que cria um espaço seguro para o diálogo, além de reconhecer e usar o poder do silêncio (UMBREIT, 2008, p. 1).

O processo geralmente envolve quatro fases, a saber, encaminhamento e gerenciamento de casos, preparação para a mediação, a própria mediação e qualquer acompanhamento necessário, e.g, aplicação do acordo de restituição. (BRIGHT, 2017, p.1)

Perceba-se, portanto, que, para além da fase de mediação propriamente dita, na qual os envolvidos se reunirão e dialogarão, existem fases prévias e posteriores, a fim de filtrar os casos com potencial restaurativo, bem assim garantir que o quanto acordado seja efetivamente cumprido.

Digno de registro que o momento em que os casos serão encaminhados para os programas de mediação vítima-ofensor depende da conformação do ordenamento jurídico e do sistema de justiça de cada país, mas, em tese, eles podem ocorrer antes, ou mesmo após uma condenação transitada em julgado. De um ou de outro modo, vítima e ofensor serão contactados pelo facilitador, para garantir que ambos estejam dispostos a participar do encontro. O facilitador deverá se assegurar de que ambos entendem que a participação é voluntária, bem como se certificar de que são psicologicamente capazes de fazer da prática restaurativa uma experiência construtiva, a fim de evitar, inclusive, que a vítima seja mais prejudicada pela reunião com o agressor.

Feito isso, as partes se encontrarão para apresentarem a sua versão dos eventos que antecederam as circunstâncias em torno do crime, possibilitando a identificação do dano, a forma de sua correção e a forma de cumprimento. A vítima terá a chance de falar sobre as dimensões pessoais da vitimização e da perda, permitindo que o ofensor saiba como o crime a afetou, bem como ter resposta a questões que ela -a vítima- pode ter (UMBREIT, 2008, p. 1).

O infrator, por sua vez, poderá explicar as circunstâncias que envolvem seu comportamento ou mesmo, se for o caso, expressar remorso. Sequencialmente, se as partes concordarem sobre a extensão do dano causado pelo crime, passarão à identificação dos atos necessários para reparar o prejuízo para a vítima. Os termos da reparação acordada, que pode consubstanciar, e.g, uma restituição ou uma prestação de serviços, serão reduzidos a termo, em conjunto com a forma de adimplemento e de monitoramento⁸⁷.

Estudos concluíram (e.g COATES; UMBREIT; 1992) que esses programas têm altas taxas de satisfação das partes, taxas de participação das vítimas, taxas de conclusão da restituição e resultam em menor medo entre as vítimas e redução do comportamento criminal por parte dos infratores⁸⁸.

3.2.2.2 Circles (CÍRCULOS)

Os círculos também proporcionam um espaço de encontro entre a vítima e o ofensor, mas, para além deles, envolvem a comunidade no processo de tomada de decisão. E, a depender do modelo utilizado, a comunidade pode ser representada por pessoas que integram o sistema de justiça ou por quaisquer pessoas daquela comunidade que se mostrem preocupadas com o crime. (PARKER, 2017, p. 1).

A metodologia é muito antiga, inspirada na ancestral tradição dos índios norte-americanos de usar um bastão de fala, passado de pessoa para pessoa dentro do grupo, o qual confere a seu detentor o direito de falar, enquanto os demais o ouvem. Apesar de ter inspiração ancestral, a experiência dos Círculos no sistema de justiça criminal é relativamente recente, e se originou no Canadá, no início da década de 1990 (PRANIS, 2010, p. 15-20).

Os círculos estão sendo utilizados em contextos diversos, a exemplo de escolas, locais de trabalho, centro de assistência social e no sistema judiciário, e se

87 Caso não haja acordo, o feito retornará ao sistema de justiça tradicional, ficando vedada a utilização de tal insucesso em desfavor do réu, tampouco de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova, nos exatos termos do art. 8º, §5º, da Resolução nº 225/2016. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

88 Em pesquisa quantitativa e qualitativa, que coletou dados de 1.153 entrevistas com vítimas de crimes em 04 (quatro) Estados dos Estados Unidos, Coates e Umbreit asseveraram (1992) que a mediação vítima ofensor resultavam em elevados níveis de satisfação, a saber, 79% das vítimas e 87% dos ofensores.

traduzem em um processo realizado através do contar histórias. Nessa dinâmica, que acaba por atribuir voz a todos os presentes - a vítima e sua família, o ofensor e sua família, bem assim os representantes da comunidade-, as pessoas acabam se aproximando umas das outras. (PRANIS, 2010, p. 16).

Segundo Pranis, a filosofia subjacente à prática é a de que todos se ajudam mutuamente ao longo do processo, na medida em que os participantes se beneficiariam da sabedoria coletiva de todos. Destaca, outrossim, que os Círculos são um processo que “Respeita a presença e dignidade de cada participante; Valoriza as contribuições de todos os participantes; Sienta a conexão entre todas as coisas; Oferece apoio para a expressão emocional e espiritual; Dá voz igual para todos” (2010, p. 18).

Castañer fala sobre os elementos básicos e as fases dos Círculos Restaurativos. O processo começaria com os *pré-círculos*, quando alguém, ao tomar conhecimento de algum delito, pede seja formado um círculo, ao que um facilitador designado se reúne com esse solicitante, a fim de identificar claramente o ato, escutar, de forma empática, a experiência do solicitante a respeito do ato; e informar-lhe sobre o funcionamento do círculo, suas fases e perguntas que serão feitas. (2011, p. 47-49)

Ainda nessa fase, o facilitador se reunirá, em separado, com o suposto autor e vítima (se não for ela a solicitante) do conflito, informando-lhes que foi solicitado um círculo para falar sobre o conflito e explicará a dinâmica da prática, perguntando se querem dela participar -já que a participação é voluntária- e quem deve participar do círculo (CASTAÑER, 2011, p. 48).

Ultimada a fase *supra*, inicia-se a fase do círculo, propriamente dito, que começará com uma breve apresentação feita pelo facilitador⁸⁹ para explicar o

89 Castañer elabora uma proposta ilustrativa de apresentação do Círculo Restaurativo. Cuidaremos de destacar o seu introito, que se revela deveras didático, ao tempo em que recomendamos ao leitor a sua leitura integral, que é de grande proveito (2011, p. 91): “Olá, bom dia. Obrigado por terem vindo participar neste processo. Como sabem, o objetivo deste círculo não é culpar ou saber quem é o culpado pelo que aconteceu, mas para falarmos juntos. Nós já sabemos que falar e dizer o que nós pensamos é às vezes mais arriscado do que lutar ou evitar o conflito. Então, eu lhes agradeço por tomar o passo de participar no círculo. Vamos rever por alguns momentos como o círculo restaurador funciona (...)” (tradução livre). No original: “Hola, buenos días. Gracias por haber venido para participar en este proceso. Como sabéis, la finalidad de este círculo no es dar culpas o saber quien tiene la culpa de lo que pasa, sino hablar juntos. Ya sabemos que hablar y decir lo que pensamos a veces es más arriesgado que pelearnos o evitar el conflicto. Por eso os agradezco que hayáis dado el

processo e deixar claro que todos terão a oportunidade de falar e serem ouvidos. O círculo, então, passa por três fases, a saber: 1) a compreensão mútua - na qual as pessoas falarão de suas experiências e sentimentos, contribuindo, assim, para a conexão entre os participantes-; 2) a responsabilidade pessoal – o autor fala sobre o que pensava quando praticou o fato, bem assim os antecedentes que o levaram a assim agir, enquanto a vítima e a comunidade falam sobre a extensão dos danos sofridos e o impacto em suas vidas, o que reforça os laços e ajuda a desconstruir a figura do inimigo, que passa a ser tratado como pessoa humana- e 3) os acordos - fase na qual se fala sobre o que gostaria de ser feito para melhorar a situação e restabelecer ou criar vínculos no grupo. (CASTAÑER, 2011, p. 49-53)

Finalizada a fase de círculos, iniciam-se os pós-círculos, que têm, como objetivo, revisar os planos de ação, analisando detalhadamente o exato cumprimento dos acordos, bem assim como se sentem os participantes. Se satisfeitos todos, celebra-se a restauração dos diálogos; se ainda há aspectos a serem resolvidos, podem ser realizados novos acordos, para os quais serão designados novos pós-círculos (CASTAÑER, 2011, p. 53)

Essa prática foi adotada nos anos 90, nas favelas do Rio de Janeiro, para lidar com os problemas de violência decorrentes do tráfico de drogas, sobretudo o alto índice de homicídios. No início de 2005, Dominic Barter⁹⁰, inglês desenvolvedor de práticas restaurativas, apresentou o trabalho realizado nas favelas cariocas no Fórum Social Mundial, realizado no Brasil, e foi contratado pelo Ministério da Justiça para desenvolver a prática e treinar facilitadores para os projetos-piloto em São Paulo e Porto Alegre, pelo que, com o passar dos tempos, foi se solidificando a prática dos círculos restaurativos, que, ao envolver três participantes principais -o

paso de participar en el círculo. Vamos a repasar durante unos momentos cómo funciona el círculo restaurativo (...)"

90 Dominic Barter conta a sua experiência no Brasil, asseverando ter sido convidado pelo Ministro da Justiça para desenvolver práticas restaurativas em projetos em Porto Alegre e São Paulo. Narra que os programas tinham, em comum, a característica de trabalhar, inicialmente, com jovens, malgrado o projeto tenha se estendido, posteriormente, para crimes praticados por adultos. O projeto, o treinamento de facilitadores e a atividade por eles exercida no círculo restaurativo são orientados por uma comunicação não-violenta, em que o poder de solução é dividido e as pessoas envolvidas no círculo possam encontrá-la sem se sentirem ameaçadas. Dominic aduz que os círculos restaurativos foram utilizados não apenas no sistema de justiça, mas também na área de educação, serviço social e comunidades locais – grupos de igrejas, vizinhanças e ONGs, e.g- tendo sido bastante proveitosa a prática em todas essas áreas. A prática é vista, portanto, não só como uma forma de responder ao crime, mas uma forma de resolver os conflitos em geral, de modo a permitir que cada ponto de vista seja inteiramente expressado e ouvido (BARTER, 2009).

autor do fato, o destinatário do fato (vítima) e a comunidade local- se mostrou mais adequada à complexa rede de violência mútua que os encontros entre vítima e ofensor. (WACHTEL, 2009, p. 1)

3.2.2.3. A reunião familiar ou comunitária (*conferencing*)

O modelo de conferência surgiu em 1989, com o *Children, Young Persons and Their Families Act*, na Nova Zelândia, diploma que estabeleceu um novo meio de lidar com os jovens infratores, a saber, deixar de encaminhá-los, de pronto, ao sistema de justiça criminal tradicional, ao conferir autoridade à família para decidir, em conjunto com a vítima e outros grupos comunitários de apoio, a sanção adequada para o jovem infrator. (BRIGHT, 2018, p. 1).

Assim como os programas de mediação de vítimas e ofensores (vide ponto 3.3.1), os programas de *Conferencing* envolvem a vítima e o infrator em uma extensa conversação sobre o crime e os danos dele decorrentes. Entretanto, na reunião familiar ou comunitária, diversamente do VOM, há, também, a participação de famílias, grupos comunitários de apoio, polícia, funcionários da assistência social e advogados, a fim de demonstrar ao jovem infrator que muitas pessoas se preocupam com ele, bem assim para nele incutir um sentimento de responsabilidade para com sua família e círculo social. (BRIGHT, 2018, p. 1).

Um valor importante para os programas de *Conferencing* é a “*reintegrative shame*” (vergonha reintegrativa), que, ao revés da vergonha que estigmatiza, afirma o compromisso da comunidade -que denunciou a conduta do infrator como inaceitável- com o ofensor e o desejo de reintegrá-lo. (BRIGHT, 2018, p. 1).

O processo de *conferencing*, por evidente, não vincula o ofensor, que, a qualquer momento durante as práticas, pode optar por ir ao tribunal para se submeter a um julgamento tradicional. (BRIGHT, 2018, p. 1).

A prática passa pela fase de preparação, a conferência propriamente dita e o acompanhamento pós-conferência. Na primeira fase, o facilitador receberá um

relatório de referência e consultará os funcionários da Justiça Juvenil⁹¹ para melhor se inteirar sobre o caso, permitindo-lhe se familiarizar com as necessidades das partes e os propósitos da conferência. Na segunda etapa, o ofensor e a vítima começam a contar as suas versões da história, tendo a oportunidade de expressarem suas impressões a respeito do crime. O ofensor se reunirá com sua família para discutir a proposta de reparação, a qual será ofertada para a vítima e outros presentes; continuando as negociações até que o consenso seja alcançado, momento em que o acordo será reduzido a termo, com as especificações do montante e prazos de adimplemento. (BRIGHT, 2018, p. 1).

Por derradeiro, na terceira fase -pós-conferência- o cumprimento do acordo será monitorado pelo facilitador, que poderá empreender esforços para ajudar a família e o ofensor em adimpli-lo. Contudo, se, ainda assim o acordo não for cumprido, o caso retornará ao sistema de justiça tradicional, para providências cabíveis. (BRIGHT, 2018, p. 1).

3.2.2.4 A Comissão da Verdade

Em 1948, foi instituído o regime de *apartheid*, na África do Sul, que consubstanciou um modelo de hierarquia baseado em critérios fenotípicos, no qual os negros ocupavam o estrato social menos favorecido. A distinção entre os grupos ensejava uma série de medidas públicas que os separavam, verdadeiramente, dentre as quais se pode citar a remuneração, transporte e a criminalização de casamentos inter-raciais. (BUARQUE DE HOLLANDA, 2013, p. 9).

Como se sabe, foram os negros os que mais sofreram no regime de *apartheid*, tendo sido destinatários das medidas mais severas de controle social, a exemplo de remoções forçadas, controles de mobilidade urbana, restrição de cultos, *inter alia*, sobretudo nos anos seguintes ao Massacre de Sharpeville (1960) e ao Levante de Soweto (1976)⁹². (CABANILLAS, 2014, p. 523).

91 Christopher Bright aduz que os programas de *Conferencing* são os mais intimamente ligados ao sistema de justiça penal. São programas semelhantes aos VOM, bem assim aos círculos, mas se voltam, em maior grau, a serviço do sistema de justiça penal. (2018, p. 1)

92 No Massacre de Sharpeville (21 de março de 1960), a polícia deflagrou disparos contra a população que manifestava pacificamente contra o controle de mobilidade da população não branca,

Em 1994, nas primeiras eleições livres da África do Sul, Nelson Mandela foi escolhido Presidente e tinha como bandeira de governo o fim da diferença entre os cidadãos. Ocorre que o processo de transição política foi fruto de um processo de negociação com os atores políticos que estavam em declínio, de modo que as forças conservadoras de outrora ainda permaneceram com representação no governo e no parlamento mesmo após a eleição de Mandela. Assim, a adoção de uma política punitiva poderia comprometer o processo de negociação da paz e prejudicar o curso da democracia no país. (BUARQUE DE HOLLANDA, 2013, p. 10).

Por tais razões, o foco na punição dos agressores não era viável para a bandeira de conciliação que ostentava o governo Mandela; mas a anistia indiscriminada, que isentaria todos os que violaram gravemente os direitos humanos, também não se revelava adequada. Nesse cenário, a *Truth and Reconciliation Commission* emergiu como a solução para o caso. (BUARQUE DE HOLLANDA, 2013, p. 10-11).

A Comissão contava com três comitês, a saber, o *Human Rights Violations Committee*, o qual era responsável por conduzir a oitiva das vítimas, colhendo as suas declarações e as propostas de reparações a serem promovidas pelo governo; o *Reparations and Rehabilitation Comitee*, que facilitou o processo de reconciliação e fez recomendações ao governo, no que pertine à reparação e reabilitação das vítimas e o *Amnesty Comitee*, que era responsável por determinar os critérios de anistia. (GABBAY, 2007, p. 476-477).

Através desses comitês, a Comissão oportunizou a milhares de vítimas dos crimes cometidos durante o regime de *apartheid* a chance de contarem as suas histórias em um ambiente empoderador, respeitoso e não adversarial. Lado outro, os ofensores seriam anistiados se contassem o seu lado da história, de modo a possibilitar que o povo sul-africano obtivesse a verdade sobre o que aconteceu e o porquê.⁹³ (GABBAY, 2007, p. 477).

desatando, logo após, um processo repressivo severo, exilando e detendo as principais lideranças. Episódio igualmente trágico foi o Levante de Soweto (1976), quando o governo reforçou a repressão contra estudantes que protestaram contra o ensino em língua *afrikaans*, que era considerada a língua do opressor (CABANILLAS, 2014, p. 523).

⁹³ A comissão da verdade buscou documentar os fatos do *apartheid* e possibilitar um sentimento de finalização, de conclusão, evitando o sofrimento da população decorrente do não conhecimento do que aconteceu naquele período. Para tanto, foi necessário ter acesso às narrativas do ofensor, pelo

A comissão da verdade, assim como as demais práticas restaurativas, buscou a verdade consensual, construída de forma pacífica, voluntária e natural, a partir das percepções das partes envolvidas no conflito, o que, inegavelmente, tende a se aproximar mais da realidade dos fatos que a verdade construída no processo penal tradicional⁹⁴.

Entretanto, na comissão da verdade, o interesse precípua é que o ofensor exponha os fatos à sociedade, dando uma explicação pública de seus atos, o que é um ponto de substancial distinção em relação às demais práticas restaurativas, nas quais os fatos narrados e as percepções não raramente ficam contidas no procedimento. (DI PIETRO, 2014, p. 39).

Justo por essa razão é que a estrutura e o formato da Comissão da Verdade se mostram adequados para crimes que atingem, diretamente, um número muito grande de pessoas, causando uma sensação de vingança e retribuição generalizada.

3.2.2.5 A(s) mais adequada(s) prática(s) restaurativa(s) para os crimes funcionais praticados por prefeitos

Antes de traçarmos os contornos de compreensão do tema, devemos sinalizar, de proêmio, nossa preocupação com as propostas regulatórias que são altamente prescritivas e rígidas, as quais poderiam, inclusive, inibir a inovação do modelo.

John Braithwaite já esclareceu a sua preocupação com a tentativa de definir a Justiça Restaurativa de forma rígida:

Nós ainda estamos a aprender como bem praticar a justiça restaurativa. Os programas de cura atuais envolvem avanços reais sobre os da década de 1990 e os melhores programas da década de 1990 fizeram avanços importantes sobre os da década de 1980. Nós devemos nos preocupar com as propostas regulamentares que são altamente prescritivas sobre a forma

que foi necessária uma política de anistia dos crimes cometidos, que consubstanciou um requisito para “alcançar uma verdade plena e livre de coações e sanções penais.” (DI PIETRO, 2014, p. 40).

94 O processo penal tradicional também objetiva alcançar a verdade dos fatos, por evidente, mas a verdade absoluta é virtualmente inalcançável, porque estreita, parcial e restrita, pelo que o magistrado lida com graus de probabilidade, condenando o réu quando as provas coligidas aos autos permitem chegar além da dúvida razoável. (DI PIETRO, 2014, p. 38-39).

como devemos definir o que é um padrão ou um princípio de justiça restaurativa, ou as questões que devem ser formuladas como direitos que são garantias que nunca devem ser violadas. Eu não estou certo de que nós aprendemos bastante ainda sobre o que acontece em processos de restauração para estarmos prontos para tal prescrição. (Tradução livre:-2002b, p. 565).⁹⁵.

Tal preocupação nos orienta, sobremaneira, quando nos propomos a analisar qual a prática restaurativa que melhor se adéqua aos crimes funcionais praticados por Prefeitos. Trata-se, antes de tudo, de uma proposta, jamais uma premissa apodítica.

A prática restaurativa a ser aplicada aos crimes funcionais praticados por prefeitos não deve se descurar de prover a aproximação daqueles afetados pelo crime (o Prefeito-Ofensor e a comunidade), a fim de possibilitar a oportunidade de discutirem o evento e providenciarem uma reparação apropriada.

Creemos que o processo restaurativo deve envolver a voluntariedade dos participantes, bem assim que o Prefeito necessitará aceitar a responsabilidade pelo dano causado⁹⁶ e estar imbuído de vontade de discutir honesta e abertamente o comportamento criminoso. De sua vez, os membros da comunidade deverão se encontrar em um espaço organizado e seguro para concordar coletivamente sobre qual o meio apropriado para a reparação do dano.

Uma proposta de Justiça Restaurativa para os crimes funcionais praticados por Prefeitos deve lidar com a -provável- possibilidade de existir um grande número de vítimas e a dificuldade de avaliar a extensão do dano causado por esses crimes. Por tais razões, deve incluir mecanismos de identificação e alcance das vítimas e facilitar um processo de delimitação e cálculo do dano ao qual o ofensor vai ser obrigado a reparar. Sabemos que, em determinados casos, identificar e localizar

95 No original: "We are still learning how to do restorative justice well. The healing edge programmes today involve real advances over those of the 1990s and the best programmes of the 1990s made important advances over those of the 1980s. We should even worry about regulatory proposals that are highly prescriptive about how we should define what a standard or a principle of restorative justice is, or which matters should be formulated as rights that are guarantees that should never be breached. I am not sure we have learnt enough yet about what happens in restorative processes to be ready for such prescription." (BRAITHWAITE, 2002b, p. 565).

96 Cuidaremos de expor, com mais vagar e em momento próprio, as dificuldades da proposta de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos. Contudo, convém adiantar ao leitor que o Prefeito-Ofensor pode, sim, auferir benefícios decorrentes da sua participação em procedimentos restaurativos, não só por questões éticas, mas também de índole pessoal, sobretudo para reconquista de posição e perspectivas pessoais, sociais e eleitorais. De mais a mais, a participação no procedimento restaurativo poderia ensejar reflexos outros na sua responsabilidade penal e, por conseguinte, nos direitos políticos e no seu mandato.

todas as vítimas será uma tarefa hercúlea; entretanto, entendemos que a presença de todos os membros da comunidade, como já explicado, não é imprescindível para o início da prática restaurativa⁹⁷.

Ademais, a prática restaurativa deve providenciar, preferencialmente, a chance de os membros da comunidade terem a oportunidade de se encontrar com o ofensor e contar a eles a sua história.

Tendo em conta que as características peculiares dos crimes funcionais praticados por Prefeitos -quanto ao ofensor, as vítimas e o dano que ele causa- demandam um modelo diferente e inovador de processo restaurativo, defendemos que os modelos de medição vítima-ofensor e de reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) não são os mais indicados sob essas circunstâncias, sobretudo porque pressupõem, em regra, uma vítima concreta e definida.

Creemos, portanto, que os círculos restaurativos e a Comissão da Verdade podem inspirar uma resposta restaurativa para os crimes funcionais praticados por Prefeitos, além de se mostrarem apropriados e factíveis à hipótese.

O modelo da Comissão da Verdade tem uma série de vantagens que o torna apropriado e relevante para os crimes funcionais praticados por Prefeitos: a ferramenta de lidar com um grande número de vítimas; a exposição dos fatos à sociedade; a habilidade inerente de incluir membros da comunidade no processo; seu mecanismo de calcular a reparação financeira às vítimas; e o fato de focar na reparação de todos os tipos de dano causados por certos tipos de ofensa como oposição à retribuição.

Não se olvide, outrossim, que a prática da Comissão da Verdade tem a sua gênese intrinsecamente relacionada a ofensas de grandes proporções, que atingem de maneira muito séria a comunidade, pelo que, também por isso, são indicadas aos crimes funcionais praticados por Prefeitos que, muitas vezes, detêm essas características.

97 A questão foi melhor abordada no tópico anterior (3.2.1. O *quem*: quem dialogará com o ofensor?), quando levamos em consideração a flexibilidade e fluidez das práticas restaurativas para cogitar três possíveis soluções, em ordem de preferência: 1) participação direta da comunidade; 2) representação da comunidade por membros por ela escolhidos; 3) representação da comunidade por uma entidade de representatividade adequada, a exemplo de entidade associativa constituída há mais de um ano e que inclua, na sua finalidade institucional, objeto relacionado ao conflito que se busca resolver; Conselhos da Comunidade, previstos no art. 80, da Lei de Execuções Penais, e a Defensoria Pública.

A Comissão da Verdade, todavia, demanda uma maior estrutura e, conseqüentemente, um maior dispêndio de recursos -estruturais e de pessoal. Por essa razão, quando a ofensa tiver menores proporções, a prática dos círculos restaurativos pode se revelar indicada.

Sabe-se que os círculos, ao menos na sua acepção mais tradicional, também pressupõem um espaço de encontro entre a vítima e o ofensor, mas a sua metodologia pode ser adaptada às peculiaridades de um crime transindividual, eis que a comunidade -que já participava do processo, em um papel secundário- assume o papel da vítima, interagindo de forma mais direta no deslinde do conflito.

4. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS.

Nas primeiras linhas do nosso estudo, cuidamos de salientar que a teoria e os programas de Justiça Restaurativa despontaram, nas últimas décadas, ao longo do globo, como uma alternativa cada vez mais importante na prática da Justiça Criminal, notadamente por conta do cenário de crise do sistema penal, em especial do sistema carcerário; ao seu descrédito e à total insatisfação no que concerne aos fins da pena.

Destacamos, outrossim, que as práticas Restaurativas vêm sendo aplicadas em vários locais no Brasil e ao longo do globo na seara juvenil e, no campo dos adultos, para os crimes de rua, não havendo grandes reflexões sobre a vitimização transindividual, tampouco notícias de experiências de sua aplicação aos crimes funcionais praticados por Prefeitos.

Assentadas as premissas anteriores, cuidaremos de traçar, neste espaço, contornos dogmáticos dos crimes funcionais praticados por prefeitos. Saliente-se que a aproximação do estudo da Justiça Restaurativa da Dogmática Penal auxilia o desiderato de promover a sua aplicação, bem como consolida a possibilidade de ampliação do espectro de alcance das modalidades delitivas.

Em assim sendo, destacaremos as generalidades da espécie *sub examine* e esclareceremos que a expressão *crimes de responsabilidade*, consignada no Decreto-Lei nº 201/67, não alberga as infrações políticas que sujeitam o seu autor ao *impeachment* (tais quais aquelas previstas na Lei nº 1.079/1950), mas, sim, crimes em sentido estrito, julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, de Ação Penal Pública Incondicionada e sujeitos a penas de reclusão (nos casos dos incisos I e II do art. 1º) e de detenção (no caso dos demais incisos).

Em seguida, cuidaremos de pontuar as dificuldades da proposta de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, analisando, outrossim, o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal e a (im)prescindibilidade de alteração legislativa para implementação de nossa proposta.

Por derradeiro, trataremos do momento processual em que os casos podem ser encaminhados às práticas restaurativas, bem assim dos efeitos jurídicos decorrentes do eventual cumprimento do acordo restaurativo.

4.1 ANÁLISE DOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS.

O presente trabalho não tem, por escopo, a investigação dogmática de todas as tormentosas questões que dizem respeito aos mais diversos crimes possíveis de serem praticados por prefeitos⁹⁸. Com evidência, o burgomestre, assim como qualquer outro agente imputável, pode ser sujeito ativo de um sem número de crimes previstos no nosso ordenamento jurídico, mas aqui se pretende pesquisar, em especial, a efetividade dos procedimentos restaurativos nos crimes *funcionais* praticados por prefeito, é dizer, aqueles que tenham, de algum modo, relação com a probidade da administração pública, nos casos em que o exercício do cargo se faça essencial à configuração típica.

Ferrajoli sinaliza para a existência, mesmo nos países de democracia mais avançada, de uma crise crescente e profunda do direito, que se manifesta em múltiplos planos e em diversas formas; a crise da legalidade (ausência ou ineficácia dos controles); a crise do Estado Social (diga-se: crise de adequação estrutural das formas de Direito às funções do *Welfare State*)⁹⁹ e a crise do Estado Nacional¹⁰⁰,

98 Não nos deteremos, por exemplo, na discussão sobre a (in)constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201/67. Malgrado parcela da doutrina repute o diploma inconstitucional, por questionar a validade da Constituição Federal de 1967, que convalida o multicitado Decreto-Lei, a *quaestio* está pacificada na jurisprudência, consoante o enunciado da Súmula nº 496, do Supremo Tribunal Federal: “São válidos, porque salvaguardados pelas disposições constitucionais transitórias da constituição federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.” (BRASIL, 1969). Para maiores reflexões sobre o tema, vide a obra “Crimes Funcionais de Prefeitos: Decreto-Lei 201/67” (PANTUZZO, 2000, p. 21-25)

99 Nesse particular, aduz Ferrajoli: “Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista.” (2004, p. 16) “Como se sabe, esta crise tem sido frequentemente associada a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, que consiste em um conjunto de limites e proibições impostos aos poderes públicos de uma forma certa, geral e abstrata, para a tutela dos direitos de liberdade dos cidadãos, e o Estado social, que, ao contrário, exige dos próprios poderes a satisfação dos direitos sociais por meio de prestações positivas, nem sempre predetermináveis de maneira geral e abstrata e, portanto, eminentemente

que se manifesta pela remodelação da noção de soberania, alteração do sistema de fontes e, conseqüentemente, em um enfraquecimento do constitucionalismo (2001, p. 15-17)

O objeto da nossa pesquisa se insere nesse contexto de crise e guarda pertinência com a *cordialidade*¹⁰¹ do administrador pátrio e os sérios gravames à moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública, bem como onerosidade indevida ao erário, advindos do maltrato à coisa pública; e da gerência do aparato estatal como extensão da sua vida privada, a qual dá ensejo a uma relação parasitária e verdadeiramente sanguessuga.

Como bem esclarece Marino Pazzaglini Filho, os Prefeitos, enquanto chefes do Executivo Municipal, podem ser condenados por crimes funcionais previstos no Decreto-Lei nº 201/67, mas também por crimes funcionais tipificados no Código Penal, no capítulo que tipifica os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública em geral, *ex vi* dos arts. 312 a 337-A, ressalvada a aplicação do princípio da especialidade, caso o fato já tenha sido contemplado por um dos tipos previstos no Decreto-Lei nº 201/67, que é norma especial. (2009, p. 12).

Para além desses, cita-se, também, os crimes contra as finanças públicas, previstos nos arts. 359-A a 359-H, do Código Penal, e a Lei nº 8.666/93 que, em seus arts. 89 a 98, prevê incriminações dos agentes públicos e particulares que

discricionárias, contingentes, subtraídas dos princípios de certeza e legalidade estrita e confiadas à intermediação burocrática e partidária.” (tradução livre). Essa crise se manifestaria através de uma inflação legislativa, inclusive no âmbito penal, provocada pela pressão exercida setorialmente e corporativamente, marcadamente emergencial e excepcional, sem generalidade e abstração, que causa incoerência normativa e ausência de um sistema de garantias dos direitos sociais.

100 Quanto a este último, refere-se ao processo de integração mundial, que fez com que decisões tradicionalmente reservadas à soberania dos Estados Nacionais (máxime questões militares e de políticas sociais e monetárias) ultrapassasse, cada vez mais, os seus limites e confins. (FERRAJOLI, 2004, p. 16). Essa nova realidade demanda mais que a tradicional hierarquia das fontes, pelo que se está pondo em crise a falta de um constitucionalismo de direito internacional.

101 Faz-se, aqui, expressa referência à figura do *homem cordial*, criada por Sérgio Buarque de Holanda para qualificar o povo brasileiro. A cordialidade ali referida, para além do corriqueiro significado que se atribui ao termo, significa a afabilidade e a informalidade que o *homem cordial* traz do seu ciclo familiar quando da convivência em sociedade e mesmo da organização da administração pública, a implicar em confusão, não raramente, entre o público e o privado. Ilustrativo, nessa esteira intelectual, excerto do livro *Raízes do Brasil*: “No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização - que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades - ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje. Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público.” (HOLANDA, 1995, p. 145)

infringirem normas relativas aos procedimentos de licitação, com o objetivo de salvaguardar a seleção das propostas mais proveitosas para o Poder Público.

Percebe-se, pois, que diversos são os crimes funcionais que podem ser praticados por Prefeitos, mas, diante das várias condutas desta espécie -tipificadas no Código Penal e em leis extravagantes-, fizemos uma escolha, visando melhor recorte metodológico, elegendo aqueles contidos no diploma normativo especificamente destinado à figura do alcaide, qual seja, o Decreto-Lei nº 201/67. Advertimos, contudo, que o estudo aqui destinado pode ser aproveitado aos demais crimes funcionais e, para além disso, aos crimes transindividuais, conforme cuidamos de explicar no segundo capítulo desta dissertação.

4.1.1 Generalidades sobre os crimes previstos no Decreto-Lei nº 201/67

O Decreto-Lei nº 201/67, editado ainda sob a égide do Ato Institucional nº 4, de 1966, que conferia ao Presidente da República o poder de editar decretos-lei, cuida das infrações político-administrativas ou de responsabilidade política dos Prefeitos e dos Vereadores e, no seu art. 1º, dos *crimes de responsabilidade* praticados por Prefeitos Municipais -objeto de nosso estudo.

De saída, a fim de evitar equívocos interpretativos e imperfeições técnicas, importante ressaltar que a expressão *crimes de responsabilidade*, adotada nesse diploma penal, não alberga as infrações políticas que sujeitam o seu autor ao *impeachment* (tais quais aquelas previstas na Lei nº 1.079/1950), mas, sim, crimes em sentido estrito, é dizer, julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, de Ação Penal Pública Incondicionada e sujeitos a penas de reclusão (nos casos dos incisos I e II do art. 1º) e de detenção (no caso dos demais incisos).

Nesse sentido, aduz Ramos (2002, p. 13):

Em outras ocasiões, tornou a afirmar peremptoriamente que os crimes de responsabilidade de prefeitos (Decreto-Lei n. 201/67, art. 1º) são, na verdade, crimes comuns.

(...)

No âmbito do direito municipal, o dispositivo legal que regula as infrações político-administrativas dos Prefeitos é o art. 4º do Decreto-lei n. 201, de 27

de fevereiro de 1967. Mas desse tema não se tratará aqui. (...) A preocupação aqui diz apenas com os *crimes funcionais*.

Demais disso, embora a ementa do diploma normativo *sub examine* anuncie tratar da “responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores”, impende esclarecer que a responsabilidade *criminal* normatizada diz respeito tão somente aos Prefeitos, não aos Vereadores. Com relação aos parlamentares municipais, o Decreto-Lei nº 201/67 cuida tão somente de sua responsabilização política, *ex vi* do seu art. 7º, sem, contudo, tipificar nenhum crime.

Mister pontuar que o Decreto-Lei nº 201/67 não faz nenhuma referência à culpa, pelo que, em razão do quanto disposto no art. 18, do Código Penal, as condutas tipificadas pelo aludido diploma somente configurarão crime se praticadas dolosamente.

Os crimes em tratativa são próprios, porque demandam uma qualidade especial do sujeito ativo, podendo apenas serem cometidos pelo Prefeito ou por aquele que está exercendo, temporária ou definitivamente, as funções de chefe do executivo municipal. O Ex-Prefeito não pode ser autor dos crimes previstos no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67¹⁰², salvo, logicamente, se ocupava o cargo de Prefeito à época em que cometido o crime. (COSTA, 2011, p. 59-61).

O julgamento dos crimes praticados por Prefeitos, a ser realizado pelo Poder Judiciário, independe da autorização da Câmara de Vereadores, a qual poderá julgar o Prefeito, tão só, por infrações político-administrativas descritas no art. 4º, do Decreto-Lei nº 201/67.

Por força do art. 29, X, da Constituição Federal, os Prefeitos têm foro por prerrogativa de função, de modo que serão julgados, originariamente, por Tribunais de 2º grau. Se o crime for de competência da justiça comum, o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça; se federal, pelo respectivo Tribunal Regional Federal e, se eleitoral, pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do enunciado de súmula nº 702, do Supremo Tribunal Federal¹⁰³ (BRASIL, 2003).

102 Por evidente, se atuar em conjunto com o Prefeito, como coautor, figurará como sujeito ativo, assim como qualquer outra pessoa que agisse do mesmo modo, em razão da norma extensiva de punibilidade prevista no art. 29, do Código Penal.

103 Súmula 702: A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau. (BRASIL, 2003).

Digno registrar que os Ex-Prefeitos serão julgados por juízes singulares, na medida em que o foro por prerrogativa de função somente terá lugar durante o exercício do cargo ou mandato, e não em razão da pessoa. Nesse sentido, a perda superveniente do mandato de Prefeito enseja a alteração do órgão julgador, inexistindo a perpetuação da competência do Tribunal para o processamento e julgamento do feito. Outra não poderia ser a conclusão, em razão do princípio republicano e do duplo grau de jurisdição, que tornam excepcional -e não regra- o foro por prerrogativa de função, tese que foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 687/SP (BRASIL, 1999), ocasião na qual foi cancelada, inclusive, a Súmula 394, do STF (BRASIL, 1964), que dispunha: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

A corroborar a conclusão *supra*, vale destacar que o Congresso Nacional, em franca reação legislativa, fez editar a Lei nº 10.628/2002 (BRASIL, 2002), diploma que, por sua vez, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF (BRASIL, 2005), o que ratifica, a mais não poder, a competência do Juízo de Primeiro Grau para processamento e julgamento dos Ex-Prefeitos.

O Prefeito está sujeito, em decorrência da condenação pelos crimes previstos no Decreto-Lei nº 201/67, às seguintes sanções: 1) pena privativa de liberdade; 2) pena restritiva de direitos; 3) sanção de reparação e 4) suspensão dos direitos políticos.

Quanto à pena privativa de liberdade, os incisos I e II, do art. 1º, do aludido diploma, preveem a pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, enquanto as demais figuras típicas (incisos III a XXIII) estabelecem a pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

A pena restritiva de direitos está disposta no art. 1º, §2º, do Decreto-Lei nº 201/67, que prevê a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação. O mesmo dispositivo prevê a possibilidade de reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Não se pode descurar da suspensão dos direitos políticos, enquanto persistirem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, *ex vi* do art. 15, III, da Constituição Federal. O dispositivo constitucional, a toda evidência, aplica-se a qualquer pessoa, qualquer seja o crime praticado, mas, no caso dos Prefeitos, a consequência é ainda mais gravosa, implicando a cessação do mandato eletivo e o cancelamento de sua filiação partidária.

Nessa mesma esteira, vale dizer que a condenação definitiva pela prática de crimes contra a Administração Pública constitui causa de inelegibilidade para o Prefeito, *ex vi* do art. 1º, e), da Lei Complementar nº 64, de 1990, o que, inegavelmente, se revela consequência muito grave para o agente político, o que, além de extinguir o seu mandato, impede de pleitear outro por determinado período de tempo.

4.1.2. Bens jurídicos tutelados

Os bens jurídicos protegidos pelos tipos penais insertos no Decreto-Lei nº 201/67 foram construídos pelo desenvolver histórico, nomeadamente movido pela ascensão do Município como ente federativo autônomo, não contando com o substrato onto-antropológico definido e sedimentado, ao revés do que ocorre com os bens jurídicos clássicos, a exemplo da vida, da integridade física e da dignidade sexual.

São mais plásticos e normativamente orientados para um objetivo político-econômico, mas de importância indiscutível, na medida em que fundamentais para ordenação da administração pública, cujo funcionamento, dentro da legalidade e transparência, pretende regular-se de forma eficiente, recorrendo-se, muitas vezes, nesse contexto, à técnica de tipificação de condutas de perigo abstrato.

Afasta-se, de certo modo, da ofensividade ao bem jurídico como critério de incidência da norma penal, aproximando-se de recursos normativos extrapenais e normas penais em branco, para melhor atender às exigências postas e à expansão necessária¹⁰⁴.

104 O objetivo da nossa pesquisa não comporta uma análise mais aprofundada a respeito da necessidade, ou não, da tipificação individualizada de cada conduta prevista no Decreto-Lei nº

A tutela é demandada no domínio das atividades de risco permitido, socialmente necessárias e indispensáveis. Lado outro, as condutas descritas no diploma normativo *sub examine* são dotadas, muitas vezes, de uma grande complexidade e sofisticação, envolvendo um complexo acumulado de decisões que se prolongam no espaço e no tempo.

Percebe-se, ademais, no Decreto-Lei nº 201/67, uma índole transindividual dos bens jurídicos. E é importante trazer luzes ao debate do tema, na medida em que os interesses coletivos e difusos, bem como os interesses gerais da comunidade, são tão ou ainda mais valiosos que os interesses individuais, eis que são, a um só tempo, concernentes a um indivíduo e a muitos indivíduos.

Os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais previstos no Decreto-Lei nº 201/67 são o patrimônio público, que só deve ser utilizado para atender a propósitos públicos; a probidade na Administração Pública do Município, evitando o proveito indevido de terceiros ou do próprio prefeito, além do equilíbrio das finanças públicas.

Para além da boa versação do patrimônio público, o diploma visa salvaguardar o cumprimento dos planos administrativos a que devem se submeter os governantes (RAMOS, 2002, p. 38). Busca-se tutelar a boa gestão das finanças municipais, com a correta aplicação das rendas ou verbas públicas, de acordo com a destinação que confere a lei (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 51).

Dito de outro modo, o Decreto-Lei nº 201/67 visa assegurar que as despesas ordenadas ou efetuadas pelo alcaide não sejam apenas necessárias ou úteis ao município, atingindo objetivos mediatos, mas também respeitadas às regras do jogo, observando-se a legalidade da aplicação do dinheiro público.

Ao tipificar a conduta do Prefeito que deixa de prestar contas anuais da administração financeira dos Municípios aos órgãos competentes, nos prazos e

201/67. Lembremos: estamos a estudar a viabilidade da aplicação do modelo restaurativo aos crimes de vitimização transindividual. A eleição dos tipos penais previstos no diploma demanda uma discussão igualmente importante, mas prévia e paralela à nossa pesquisa. É dizer, não se descarta das necessárias preocupações e cuidados que devem existir para que o Direito Penal não se desvincule do seu cariz de *ultima ratio*, mas, por ora, tendo em vista a tomada de decisão pela criminalização, a análise que se pretende dos bens jurídicos já eleitos tem o escopo de descrever as suas principais características, a fim de proporcionar a compreensão necessária para as reflexões que têm lugar nesse estudo, a saber: a possibilidade, ou não, de aplicação da Justiça Restaurativa, como forma de enfrentamento dos crimes funcionais praticados por prefeitos. A opção legislativa de valorar ou não valorar tais comportamentos como delitos (em termos outros: a legitimação do Direito Penal nessa seara) tem terreno próprio em obras destinadas a esse fim específico.

condições estabelecidos (art. 1º, VI, do Decreto-Lei nº 201/67), busca-se tutelar, também, a transparência da gestão fiscal (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 65)

O art. 1º, XI, tipifica a conduta do Prefeito que adquire bens ou realiza serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei, demonstrando, assim, a preocupação do legislador em proteger a lisura das concorrências, a fim de premiar aqueles que oferecem melhores condições ao Estado. Advirta-se, todavia, que, ao comentar o aludido dispositivo, Pazzaglini Filho assevera que ele foi revogado pelo art. 89, da Lei nº 8.666/93, lei posterior que passou a regular inteiramente a matéria, com o que concordamos (2009, p. 83-84)¹⁰⁵.

O Decreto-Lei nº 201/67 criminaliza a conduta de antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário (inciso XII), o que protege a administração financeira do município e a impessoalidade e isonomia no tratamento aos credores, em observância ao princípio constitucional da igualdade.

Criminaliza-se, outrossim, a nomeação, admissão ou designação de servidor, contra expressa disposição de lei (inciso XIII), em observância à exigência constitucional do concurso público, privilegiando, assim, não só a moralidade, mas também a eficiência da Administração Pública.

O art. 1º, XIV, do Decreto Lei nº 201/67, tipifica a negativa de execução à lei federal, estadual ou municipal, ou o descumprimento imotivado de ordem judicial, o que, para João Gualberto Garcez Ramos, visa salvaguardar a “manutenção do prestígio do Poder Judiciário, um dos alicerces do Estado Moderno, o que se opera através da garantia da exequibilidade das decisões judiciais.” (2002, p. 85).

Ao incriminar a conduta de deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo legal (inciso XV), o multicitado Decreto-Lei também

105 Em sentido contrário, Tito Costa aduz que prevalece a penalidade do Decreto Lei nº 201/67, art. 1º XI, porque o diploma é norma especial e porque as punições da Lei nº 8.666/93 são mais rigorosas (2011, p. 107). Ocorre que a Lei de Licitações também tem natureza de norma especial, na medida em que disciplina especificamente os crimes praticados em procedimentos licitatórios. Assim, o aludido diploma tem mesma equivalência hierárquica do Decreto-Lei nº 201/67, também de cunho especial, pelo que o conflito aparente entre as normas deve ser solucionado à luz do princípio da temporariedade, o que faz prevalecer o art. 89, da Lei nº 8.666/93, sabidamente posterior. É esse o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1288855/SP- STJ, 2013) e do Supremo Tribunal Federal (AgRg na AP 493- STF, 2008)

busca tutelar o princípio da publicidade no âmbito municipal e “a garantia da certeza nas relações jurídicas com o Poder Público” (RAMOS, 2002, p. 87)

Veja-se, pois, a relevância do estudo do tema da *responsabilidade penal* dos Chefes do Executivo Municipal -aqui proposto sob as luzes da Justiça Restaurativa- tendo em vista a importância dos municípios brasileiros no contexto do sistema federativo adotado no país.

Com efeito, é o município a instância política mais próxima dos cidadãos, pois é nas cidades que as pessoas exercem as mais básicas atividades do seu cotidiano: nelas que vivem, trabalham, demandam, se locomovem, etc.

A Carta Magna de 1988, ao alçar o Município a ente federado, com atribuições e competências abrangentes, integrou-o na organização político-administrativa e garantiu-lhe autonomia, consagrando-o como entidade indispensável do nosso sistema federativo, *ex vi* dos artigos 1º, 18, 29 e 30, todos da Constituição Federal.

A estrutura público-administrativa do Município é que garante, a nível mais capilarizado, a efetivação das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. É nele que as necessidades da população são vistas -ou ao menos deveriam ser- com lupas e não com binóculos, máxime nas cidades do interior, em que a falta de oportunidades de empregos faz com que a comunidade local dependa sobremaneira da Prefeitura respectiva.¹⁰⁶

Todo esse cenário justifica a elevada importância das leis que regem o comportamento do Prefeito Municipal, agente político detentor de atribuições governamentais e administrativas de destacada magnitude, máxime pela relevância que o texto constitucional confere ao seu cargo.

106 Nesse aspecto, basta observar o fervor que comumente rege as eleições municipais das cidades do interior dos Estados. Não raramente os populares se veem coagidos, infelizmente, a declarar publicamente a sua opção política, manifestando-se ostensivamente em favor do seu candidato, a fim de tentar conquistar-lhe a simpatia, porque, em função da falta de oportunidades de emprego, o alcaide eleito certamente terá influência decisiva no curso da sua vida pelo período correspondente ao seu mandato.

4.2 DIFICULDADES DA PROPOSTA: AS PECULIARIDADES CONCERNENTES À FIGURA DO PREFEITO OFENSOR E O FATOR POLÍTICO SUBJACENTE AOS CRIMES FUNCIONAIS POR ELE PRATICADOS.

Analisados os principais aspectos dogmáticos acerca dos crimes funcionais praticados por Prefeitos, cumpre-nos discutir possíveis dificuldades da nossa proposta.

Ao compulsar os principais escritos sobre Justiça Restaurativa, não é raro perceber que os seus cultores costumam se referir aos crimes de rua, aqui entendidos como aqueles praticados por ofensores desassistidos cultural e economicamente. Nessa ordem de ideias, Howard Zehr traça o arquétipo do ofensor como um adolescente de 16 (dezesesseis) anos que veio de “um contexto familiar infeliz, onde provavelmente sofria abusos” (2008, p. 16).

Em outra oportunidade, Zehr aduz que:

A Justiça Restaurativa começou como um esforço para lidar com assaltos e outros crimes patrimoniais que em geral são vistos (em muitos casos incorretamente) como ofensas menores. Hoje, contudo, as abordagens restaurativas estão disponíveis em algumas comunidades para as modalidades mais violentas de crime: morte causada por embriaguez ao volante, agressão, estupro e mesmo homicídio. (2012, p. 14)

No mesmo sentido, Braithwaite se refere às características dos destinatários das práticas restaurativas como “vítimas e ofensores acusados, ambos os grupos referenciados pela literatura criminológica como desproporcionalmente pobres, impotentes e jovens” (2002b, p. 564).¹⁰⁷

O Prefeito Ofensor tende a diferir, consideravelmente, do arquétipo supracitado em diversos aspectos, o que confere certo ineditismo ao nosso estudo. Outrossim, os crimes funcionais praticados por Prefeitos são delitos não violentos, cometidos, no mais das vezes, com o intento de auferir um ganho financeiro, favorecer alguém, ou para, deliberadamente, violar as normas da Administração Pública.

Com efeito, ao propormos a análise da viabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, uma questão que

107 Tradução livre. No original: “*victims and accused offenders, both groups which the criminological literature shows to be disproportionately poor, powerless and young*”. (BRAITHWAITE, 2002b, p. 564)

merece detida reflexão é o fato de que os alcaides ocupam cargos que gozam de prestígio e respeitabilidade, bem como lhes conferem um elevado *status* social, o que os diferencia dos criminosos de ruas, correntemente referenciados nas práticas restaurativas.

A questão que se poderia ter em mente é que os Prefeitos, por vezes, são figuras destacadas no cenário da municipalidade e agem fraudulentamente para o seu próprio lucro (ou para terceiros favorecidos). Poderia a Justiça Restaurativa lidar com esse tipo de ofensor?

Como visto anteriormente, a Justiça Restaurativa, ao se propor uma maneira diferente de pensar sobre o crime e a resposta ao crime, centra-se na necessidade de que os infratores assumam a responsabilidade por suas ações e pelos danos que causaram, objetivando a reparação para as vítimas e a reintegração de ambos à comunidade; exigindo, portanto, um esforço cooperativo de todos os atores envolvidos.

Uma grande crítica formulada pelos cultores da Justiça Restaurativa ao Sistema Tradicional de Justiça Criminal é a estigmatização dos ofensores. Nesse sentido, Sica aduz que a desjuridicização (e, em última análise, o modelo restaurativo) promove “um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos ‘ricos’ e penalizar ‘os pobres’” (2007, p. 154 e 155)

Efetivamente, o crime estigmatiza o ofensor aos olhos da comunidade, o qual passa a sofrer discriminação e grande dificuldade na tentativa de se tornar um cidadão produtivo. De fato, mesmo após o integral cumprimento de pena, o ofensor de rua encontra, não raramente, dificuldades várias; não consegue emprego e, conseqüentemente, tem dificuldades para sustentar-se, comprar alimentos, roupas, habitação, transporte, etc. Por essa razão, a Justiça Restaurativa tradicionalmente atribui grande valor à reintegração do agressor, objetivando a sua inserção integral no contexto de sua comunidade.

A grande questão é que os Prefeitos, na maioria absoluta dos casos, não fazem parte do setor marginalizado da sociedade, pelo que o móvel dos crimes funcionais, no mais das vezes, não é a necessidade, mas a ganância. Como bem nota Braithwaite, “o crime de colarinho branco realça o fato de que as oportunidades

ilegítimas são agarradas não apenas para satisfazer necessidades, mas também para atender à ganância”¹⁰⁸ (2015, p. 42).

Veja-se, portanto, que, também por isso, o Ofensor que ora estudamos foge ao modelo tradicionalmente concebido pelos cultores da Justiça Restaurativa.

Como se não bastasse, é sabido que os crimes funcionais praticados por prefeitos são, não raro, extremamente complexos, com autos carregados intensamente de documentos dos mais diversos, envolvendo detalhes de transações financeiras dos municípios e materiais relacionados a contratos públicos que podem ser elaborados de modo ambíguo. Demais disso, esses casos demandam a apuração da intenção, do dolo do Prefeito (na medida em que a culpa não é punida), o qual, por vezes, é difícil de provar e é usualmente baseado em evidências circunstanciais. Por essa razão, em casos tais, não podemos descartar a hipótese de advogados dos Prefeitos, caso as provas não sejam pungentes, ou se não vislumbrados benefícios ou vantagens, advertirem seus clientes contra a sua participação nas práticas restaurativas¹⁰⁹.

Também por conta das características do Prefeito, os programas restaurativos devem ter atenção destacada para prevenir qualquer tentativa de um participante silenciar ou dominar outro participante, o que é extremamente importante para os fins restaurativos¹¹⁰.

108 Tradução livre. No original: “*White-collar crime highlights the fact that illegitimate opportunities are grasped not only to satisfy need but also to gratify greed*”

109 Inegavelmente, assim como a magistratura e o Ministério Público, a advocacia exerce um papel relevante na transformação e disseminação de uma cultura de paz. Tiveron, ao estudar as práticas restaurativas em geral (leia-se: sem focar na pesquisa de sua aplicação aos crimes transindividuais) assinala que, muitas vezes, os advogados apresentam uma desconfiança acerca da eficácia e da imparcialidade do método, muito por conta da cultura do litígio. (2014, p. 306). A autora aduz, outrossim, que, nos Estados Unidos, a *American Bar Association* (equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil) desempenha um papel importantíssimo no desenvolvimento de práticas restaurativas no âmbito penal. Nesse contexto, relata que, somente em 1994, após alguns anos de ceticismo, é que a associação passou a endossar práticas restaurativas e a recomendá-las; contando, inclusive, com um comitê específico de resolução alternativa de conflitos e Justiça Restaurativa, que não só promove a mediação vítima-ofensor, mas cuida de orientar, também, os advogados a como proceder em tais práticas. No Brasil, Tiveron assevera que várias seccionais da OAB já contam com Comissões de Mediação, ou patrocinam iniciativas de resolução alternativa de conflitos. (2014, p. 307). Iniciativas como essas (não só na OAB, mas também em escolas, como a da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia Pública) são, sem dúvidas, muito importantes para a consolidação das práticas restaurativas no meio acadêmico e de profissionalização.

110 Assim, é importante que o facilitador seja treinado para saber evitar isso, estabelecendo, para tanto, um relacionamento imparcial, de entendimento e de confiança com as partes, para identificar possíveis pontos de força e de poder em cada um dos lados, a fim de evitar a sobredita dominação (TIVERON, 2014, p. 302). É importante, também, que o facilitador bem planeje o encontro restaurativo em si, bem assim dos pré-encontros, com o escopo de preparar a comunidade e o

É possível, ainda, que os Prefeitos ofensores achem que o ato de ficarem sentados por longas horas, dia após dia, ouvindo os membros da comunidade contarem suas histórias seja algo inconveniente e difícil de fazer.

A questão se acentua quando se tem em conta as dificuldades advindas do fator político potencialmente subjacente aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, figuras notadamente públicas, cujas decisões são alvo de intensa observação e críticas. Com efeito, as decisões de um prefeito não raramente são objeto de matérias jornalísticas, ou, mesmo em comunidades mais interioranas, onde não há uma imprensa escrita ou televisiva desenvolvida, costumam ser divulgadas em rádios locais ou em redes sociais.

Essa cobertura massiva, notadamente quando analisada em um contexto de “revolução das comunicações”¹¹¹ (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33), pode dar azo a compreensões distorcidas, por vezes exageradas, da real dimensão do conflito, que, por consequência, pode dar lugar a uma insegurança ou aversão à figura do ofensor, a dificultar as práticas restaurativas.

Certamente deve-se alertar, também, sobre o perigo de o fator político distorcer a condução das práticas restaurativas, na medida em que o ofensor *sub examine* ocupa, por óbvio, um cargo eletivo. Dito de outro modo, deve-se buscar evitar que, em função da posição partidária, a resposta ao conflito incorra em excessos ou abrandamentos demasiados (impunidade).

Deve-se atentar, ademais, para que o fator político não distorça o objeto da discussão, ampliando por demasiado o contexto do delito, a fim de evitar que as práticas restaurativas, no contexto de resolução dos crimes previstos no Decreto-Lei

Prefeito Ofensor, para evitar decepções ou frustrações, caso a outra parte, por exemplo, se revele desinteressada em participar da prática restaurativa. Com efeito, caso o Prefeito Ofensor assevere que não está disposto a aceitar a responsabilidade por suas ações, isso poderia ser absolutamente desagradável para a comunidade. Para além disso, o facilitador deverá esclarecer às partes como funciona o procedimento, suas etapas e características, para que os envolvidos possam compreender, inclusive, as consequências jurídicas do acordo restaurativo. Raquel Tiveron assevera que, caso o esclarecimento não seja feito de modo adequado, alguns participantes podem compreendê-la como uma punição adicional, ou mesmo como uma forma de evitá-la, é dizer, apenas como um benefício para o outro, o que é de todo indesejável, porque, “na verdade, a justiça restaurativa não tem nenhum lado: trata-se de restauração e cura das pessoas.” (2014, p. 302).

111 O epíteto foi utilizado por Silva Sánchez para designar o fenômeno “que dá lugar a uma perplexidade derivada da falta -sentida e possivelmente real- de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança” (2002, p. 33 e 34), resultante da dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade caracterizada pela avalanche de informações.

nº 201/67, se enveredem pela análise de outras condutas, não consideradas contrárias ao Direito Penal, mas reprovadas socialmente (ou ao menos por parte da comunidade) como má gestão, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. É dizer, deve-se evitar que a Justiça Restaurativa se torne, tão só, palco de críticas ou elogios à atuação política do gestor municipal, esvaindo-se do real motivo que ensejou o seu surgimento (das práticas restaurativas), qual seja, o crime por ele praticado¹¹².

Por evidente, não se descarta que as questões atinentes ao funcionamento da comunidade, enquanto tal, devem permear as discussões sobre a resolução do conflito, próprias das práticas restaurativas, mas o que se busca evitar é a discussão dos macroproblemas, estruturais ou sistêmicos, de cunho eminentemente político, que desbordam o delito em apuração, que potencialmente tornariam o espaço restaurativo um terreno de argumentos populistas de puro caráter eleitoreiro ou ideológico.

Por nos preocuparmos em não propagar uma visão romântica da nossa proposta, defendemos, portanto, que esses riscos não podem ser descartados, tampouco considerados como um evento improvável. É possível que eles ocorram, o que afetará negativamente, em alguns casos, o processo restaurativo. Mas se, durante a prática restaurativa, perceber-se o risco de dominação ou de desvirtuação para o campo do embate político, é responsabilidade dos facilitadores estarem mais alertas e ativos em prevenir esse risco de se materializar.

Esse filtro é necessário para reduzir os riscos de revitimização e de beligerância que podem ser causados pelos ofensores contando às suas vítimas que eles não fizeram nada de errado. Ofensores que não assumem, minimamente, a responsabilidade pela sua conduta não parecem apropriados para participarem de um processo restaurativo.

Apesar de todas essas peculiaridades, isso não pode consistir em um impedimento à aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por prefeitos. Deve-se exigir mais cuidado na condução das práticas, por evidente, mas o cargo, por si só, não pode ser tido como um obstáculo intransponível, máxime

112 Saliente-se, todavia, que, caso a participação direta da comunidade se mostre inviável, em razão de o fator político se mostrar acentuado, a representação pode ser uma saída possível, nos termos por nós já salientado no tópico 3.2.1 desta dissertação.

porque a responsabilidade criminal e, com muito mais razão, as regras procedimentais e processuais, não podem ser determinadas e baseadas, tão somente, no status social do ofensor, sob pena de promover uma contundente e injustificada discriminação.

Tais ponderações, apesar de relevantes, não são suficientes para excluir, categoricamente, em todo e qualquer caso, a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos. Com efeito, ainda que as práticas restaurativas possam se revelar inapropriadas para determinado caso concreto, isso não quer dizer que as possibilidades de sua aplicação desaparecem, em abstrato.

A bem da verdade, as dificuldades para aplicação da Justiça Restaurativa não são exclusividade do nosso objeto de pesquisa. Em todo e qualquer crime –mesmo nos crimes de rua- haverá casos sem potencial restaurativo, seja, por exemplo, porque a vítima não deseja dialogar com o ofensor, seja porque este último também não deseja fazê-lo, caso não vislumbre benefícios em seu favor. Não se pode imaginar que, em todos os casos, o ofensor (seja o ofensor de rua, seja o Prefeito) resolva participar das práticas restaurativas tão só por estar imbuído de espírito humano, de arrependimento e apoiador; por crer ser a coisa certa a se fazer. É possível que isso ocorra –o que será muito positivo para as práticas restaurativas- mas o modelo não pode se pautar nessa premissa. Crimes funcionais praticados por Prefeitos não diferem dos crimes de rua neste aspecto e, também por isso, não deveriam ser deixados de lado do alcance dos processos restaurativos.

Nesse sentido, a mitigar as dificuldades *supra*, importa salientar que os Prefeitos poderão obter efeitos jurídicos benéficos em decorrência do cumprimento do acordo restaurativo, conforme melhor explicitaremos no tópico 4.4 desta dissertação. Considere-se, ainda, que, mesmo os Prefeitos ofensores, assim como os demais criminosos de colarinho-branco, experimentam, em maior ou menor grau, um leque de resultados prejudiciais após os seus crimes, a exemplo da perda de posição, diminuição das perspectivas pessoais e sociais (e eleitorais, no caso específico dos políticos), dívida moral e um senso de obrigação para com suas vítimas (GABBAY, 2007, p. 456).

Efetivamente, os alcaides, homens públicos que são, podem experimentar vergonha, uma perda de posição, perda de apoio político e de suporte comunitário;

bem assim ter a reputação manchada e um declínio na sua carreira, pelo que as práticas restaurativas podem surtir efeitos benéficos em seu favor.

Por derradeiro, se, por um lado, as características do ofensor em análise podem carrear algumas dificuldades, não se pode olvidar as facilidades que ele pode agregar às práticas restaurativas. Isso, porque, enquanto a maioria dos ofensores de rua simplesmente não têm recursos para compensar as suas vítimas, os Prefeitos são costumeiramente aptos, do ponto de vista financeiro, a fazê-lo, ao menos em determinada extensão.

Dessa forma, o Prefeito ofensor poderia, através das práticas restaurativas, externar os motivos de sua conduta e tomar consciência dos reais efeitos resultantes da ofensa praticada, máxime da extensão dos danos causados, buscando amenizar, ainda, os resultados nocivos de sua prática delituosa, o que milita em favor de nossa proposta.

4.2.1 A Justiça Restaurativa aplicada aos crimes funcionais praticados por Prefeitos seria um incentivo à leniência?

Um problema para a implementação da Justiça Restaurativa como resposta para os crimes funcionais praticados por Prefeitos pode ser a aclamação popular por punições mais severas e por maiores períodos de encarceramento. Com efeito, nos anos recentes, o povo brasileiro vem sendo exposto a uma série de escândalos políticos que levaram, em muitos casos, à revelação de uma corrupção estrutural e à prisão de agentes políticos de destaque no cenário nacional. Na maior parte desses escândalos, deputados, senadores, governadores e empresários foram alegadamente engajados em operações criminosas que causaram extensos danos ao país, aos cidadãos, e à credibilidade e estabilidade da Administração Pública.

Assim, máxime por conta do período de turbulência política pelo qual passa o Brasil, atualmente, respostas leves ou brandas não estão na agenda popular.

Esclareça-se, todavia, que os crimes funcionais praticados por Prefeitos listados no Decreto-Lei nº 201/67 não se encaixam, necessariamente, no perfil engenhoso do quanto apurado nas notórias operações atuais, nem são dotados de tamanha gravidade. Como visto, o nosso espectro de pesquisa abrange condutas

tipificadas no Decreto-Lei nº 201/67, que elenca delitos cujo tipo penal secundário é de três meses a três anos de detenção (art. 1º, §1º, do DL nº 201/67), que comportam, portanto, um sem-número de benefícios penais.

É bem verdade que as respostas restaurativas não têm o mesmo impacto severo que tempos longos de condenação¹¹³. Obviamente, por mais desconfortável que seja, para o ofensor, ser confrontado com os membros da comunidade afetada, essa experiência não pode ser comparada, jamais, ao encarceramento, no qual ele (no nosso caso, o Prefeito) estaria rodeado de criminosos condenados pelos mais variados crimes.

Contudo, o argumento de que a Justiça Restaurativa seria ineficiente quanto aos crimes funcionais praticados por Prefeitos pressupõe duas premissas que não encontram ressonância no mundo dos fatos: 1) que o ordenamento pátrio brasileiro prevê tratamento severo e eficaz para tais crimes e 2) que a prevenção só pode ser atingida por meio da intimidação associada à punição substancial.

No que pertine ao primeiro ponto, é curial destacar que o Decreto-Lei nº 201/67 lista 23 (vinte e três) tipos penais, dos quais 21 (vinte e um) deles são apenados com três meses a três anos de *detenção* (art. 1º, §1º, do DL nº 201/67), de menor censurabilidade, portanto, que, inclusive, comportam, *e.g.*, suspensão condicional do processo e a substituição por penas restritivas de direitos. Apenas dois dos crimes ali previstos (art. 1º, I e II, do referido Decreto-Lei) são punidos com pena de reclusão, de dois a doze anos, o que afastaria, aprioristicamente, alguns benefícios penais, os quais, contudo, certamente seriam aplicados na fase de sentença (*in casu*, a substituição por restritivas de direito), na medida em que há grandes possibilidades de as penas serem fixadas em patamar próximo ao mínimo legal.

É de se ver, portanto, que, no Brasil, a severidade da punição para os crimes funcionais praticados por prefeitos não é das mais elevadas, pelo que resta por demais enfraquecida a crítica que pode ser dirigida à implementação da Justiça

113 No tópico 2.3.8 desta dissertação, cuidamos de assinalar que Gabbay, ao estudar as práticas restaurativas aplicadas aos crimes de colarinho branco, ressaltou que as sentenças condenatórias de altos executivos americanos, nos anos de 2001/2002, com penas de até 25 (vinte e cinco) anos, ensejaram um impacto real nos negócios executivos nos Estados Unidos, porque ninguém queria ser o próximo (2007, p. 447-448).

Restaurativa ao nosso objeto de pesquisa em razão de suposta brandura no tratamento do conflito.

De mais a mais, é preciso salientar que a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por prefeitos não pode ser confundida com a absolvição ou extinção de punibilidade do ofensor. Com efeito, o cumprimento do acordo restaurativo pode surtir efeitos jurídicos vários, que não impliquem, necessariamente, no afastamento de uma resposta penal à luz do sistema de Justiça Criminal Tradicional.

Igualmente frágil a segunda premissa, o que ora passamos a comentar.

Creemos que a prevenção pressupõe não só a severidade -que, como dito, inexistente *in casu*-, mas também a celeridade e a certeza de punição¹¹⁴. Com efeito, a certeza da punição é empiricamente mais eficiente que o *quantum* da pena (GABBAY, 2007, p. 447).

Diante disso, alguns pontos merecem destaque. Os crimes praticados por Prefeitos exigem um esforço substancial do sistema de Justiça Criminal. Em geral, os crimes funcionais, especialmente aqueles de maior magnitude, são custosos e consomem muito tempo e energia dos operadores envolvidos. Exigem habilidades especiais dos órgãos de polícia e de persecução criminal; sua investigação e julgamento são muito complexos e consomem recursos judiciais consideráveis.

Os processos penais instaurados para apurar os crimes funcionais praticados por prefeitos não costumam ser céleres, máxime por conta da própria sistemática processual das Ações Penais Originárias¹¹⁵.

Nos termos da Lei nº 8.038/90, mais especificamente do seu art. 4º, o contraditório é exercido antes do recebimento da denúncia, é dizer o denunciado é notificado para apresentar a defesa prévia, antes que o Tribunal faça o juízo de

114 Não pretendemos, neste trabalho, tecer extensas digressões sobre as teorias da pena, por não ser esse o objetivo da nossa pesquisa. Cabe-nos, contudo, ambientar a discussão, esclarecendo que a teoria da prevenção geral propugna a dissuasão à prática criminosa por meio de dois distintos métodos: através da ameaça da pena, com a sua cominação em abstrato pelo legislador ou por intermédio da reafirmação da validade da norma, que se daria com a implementação, *in concreto*, da pena, bem como da sua execução. São essas, pois, as duas vertentes da prevenção geral; a primeira atrai para si o rótulo de prevenção geral *negativa*, enquanto a segunda de prevenção geral *positiva* (CÂMARA, 2008, p. 182).

115 Como se sabe, por conta do foro por prerrogativa de função dos Prefeitos, estes respondem à Ação Penal de forma originária no Tribunal de 2º grau, seguindo o processo criminal o rito da Lei nº 8.038/90 (Lei das Ações Penais Originárias nos Tribunais Superiores), aplicada aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais por força da lei nº 8.658/93.

admissibilidade da peça acusatória. A experiência prática demonstra que o trâmite de um processo dessa espécie é moroso deveras, o que pode ser facilmente constatado nas consultas de movimentação processual de uma Ação Penal Originária em um Tribunal Pátrio. Isso se deve a diversos fatores, dentre os quais a complexidade da matéria (os processos, não raramente, são bastante volumosos, com muitos documentos a serem analisados); a complexidade do rito; o distanciamento com o lugar das provas (o processo, por conta do foro por prerrogativa, necessariamente tramita na sede do Tribunal, que não raramente se encontra a centenas de quilômetros do município governado pelo Prefeito) e a complexidade do julgamento (pelo fato de o recebimento da denúncia ser feito por um órgão colegiado, há, tão só para a fase inaugural do processo, um dispêndio considerável de tempo, em razão da dificuldade para pautar o processo e para concluir o julgamento, na medida em que geralmente há sustentações orais, discussões extensas entre os julgadores, pedidos de vista, votos divergentes, etc.)¹¹⁶.

Há de se lembrar, ainda, a possibilidade de prescrição, que está longe de ser remota, sobretudo quando se tem em mente a prescrição na modalidade retroativa (art. 110, §1º, do Código Penal). Com efeito, sabendo-se da natural complexidade de uma Ação Penal originária, submetida ao rito mais alargado da Lei 8.038/90, não seria teratológico imaginar o risco de ser fulminada a pretensão punitiva estatal em processos dessa espécie, já que, como cediço, para penas inferiores a 1 (um) ano, o prazo prescricional é de apenas 3 (três) anos, *ex vi* do art. 109, VI, do CP.

De todo o exposto, não é difícil perceber que a legislação criminal atinente aos crimes funcionais praticados por Prefeitos não permite, a toda evidência, cogitar

¹¹⁶ É de se perceber, portanto, que as críticas já tecidas ao sistema criminal tradicional, sobretudo à tão prolapada falência do modelo, se aplicam, com muito mais razão, ao sistema de persecução penal dos crimes funcionais praticados por prefeitos. Como dito, os crimes praticados por Prefeitos exigem um esforço substancial do sistema de Justiça Criminal. Em geral, os crimes funcionais, especialmente aqueles de maior magnitude, são custosos e consomem muito tempo e energia dos operadores envolvidos. Exigem habilidades especiais dos órgãos de persecução criminal; sua investigação e julgamento são muito complexos e consomem recursos judiciais consideráveis. Além disso, os processos penais instaurados para apurar os crimes funcionais praticados por prefeitos não costumam ser céleres, máxime por conta da própria sistemática processual das Ações Penais Originárias, gerando, por tudo isso, sentimento de desesperança na sociedade e descrença no Poder Judiciário.

que a resposta restaurativa seria, necessariamente, uma resposta mais branda, mais doce e, portanto, um incentivo à leniência. Tal conclusão ainda mais se avulta quando consideramos que o acordo restaurativo poderá surtir efeitos jurídicos outros que não, necessariamente, a extinção de punibilidade do alcaide.

Assim, o sistema penal tradicional, como o método primário de combate aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, não deve ser a única forma de prevenir essas más condutas. Existem outros meios -e aqui propomos a Justiça Restaurativa- que podem ser tão efetivos quanto, ou mesmo ainda mais efetivos em prevenir esses crimes.

4.3 A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS E A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

Inicialmente, convém relembrar que, malgrado inexista, atualmente, uma lei específica tratando da Justiça Restaurativa¹¹⁷, experiências vêm sendo realizadas em vários lugares do território nacional¹¹⁸.

Diante desse cenário, voltamos a nossa atenção para a análise de alguns dispositivos legais já postos pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de aquilatar quais as possibilidades já existentes para espaços restaurativos, bem assim para eventuais modificações que necessitam ser feitas para atingir tal desiderato.

117 Não se olvide que a Resolução 225/2016, do CNJ, é, ainda, o principal documento nacional sobre Justiça Restaurativa no Brasil, mas, apesar de sua inestimável importância para o desenvolvimento das práticas em nosso território, o diploma não é dotado de força legal.

118 O tema foi por nós tratado no ponto 2.2 desta dissertação, quando sinalizamos para a existência de alguns projetos-piloto em andamento, desenvolvidos em conjunto pelo Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a exemplo do Projeto-piloto de Justiça Restaurativa desenvolvido nos Juizados Especiais do Fórum do Núcleo Bandeirante, no Distrito Federal; o de Porto Alegre-RS, “Justiça do Século XXI”; o de São Caetano do Sul-SP e os Núcleos de Justiça Restaurativa em Salvador, Belo Horizonte, no Mato Grosso do Sul e em outros lugares do Brasil. Aqui cabe acrescentar, ainda, que, em razão dessa ausência de legislação específica, as práticas restaurativas vêm encontrando o seu caminho no âmbito dos juizados especiais criminais, nos quais é permitida uma solução consensual para o crime, ou na seara menoril - para atos infracionais praticados por adolescentes- onde a abertura legislativa para procedimentos restaurativos é bem mais ampla que a legislação penal destinada aos adultos. A corroborar essa premissa, há de se salientar que dois dos três modelos pioneiros de Justiça Restaurativa no Brasil surgiram no âmbito da Justiça da Criança e do Adolescente (TIVERON, 2014, p. 379-380).

Leonardo Sica aduz que o nosso ordenamento jurídico já contém dispositivos legais que preveem mecanismos de reparação do dano, os quais poderiam recepcionar, de pronto, a Justiça Restaurativa, se não fosse a absoluta inocuidade promovida “pela racionalidade que move a atuação das agências judiciais” (2007, p. 169).

Assim, se superado o referido obstáculo -que não é de índole legislativa, mas cultural- poderia a Justiça Restaurativa, desde já, ser estabelecida como condição para a concessão do *sursis*, com aplicação do art. 78, do Código Penal à luz dos métodos restaurativos; bem como para a suspensão condicional do processo, considerando-se a abertura de possibilidades conferidas ao magistrado pelo art. 89, §2º, da Lei 9.099/95, ou, ainda, como requisito para a transação penal (art. 76, da Lei 9.099/99) ou composição civil dos danos (art. 72, da Lei dos Juizados Especiais Criminais). São esses, inclusive, os dispositivos que expressamente serviram de supedâneo para a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências¹¹⁹.

É de se perceber, portanto, que o ordenamento pátrio confere, para os delitos de menor potencial ofensivo¹²⁰, a possibilidade de acordos restaurativos irradiarem efeitos jurídicos mais amplos. Quanto aos demais crimes, poder-se-ia argumentar que o quadro normativo atual pode oferecer maiores resistências para que as práticas restaurativas possam surtir efeitos jurídicos, sobretudo por conta do princípio da obrigatoriedade, o que, todavia, buscaremos desconstruir nos tópicos

119 Sica cita, ainda, a previsão da pena de prestação pecuniária inserida ao art. 43, do Código Penal por meio da Lei 9.714, de 1998, mas que continua sendo relegada pelos magistrados, os quais, deparando-se com uma situação ensejadora da necessidade de se proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, preferem aquelas mais afitivas, a exemplo da interdição temporária de direitos, prestação de serviços à comunidade e a limitação de final de semana (2007, p. 170). Inobstante a plausível crítica do autor, há de se ter em conta que muitas vezes a não opção pela pena de prestação pecuniária se dá, antes de tudo, por absoluta impossibilidade prática, tendo em vista que, como cediço, os réus que figuram nas ações penais em trâmite nos Tribunais brasileiros, não raro, são pobres e financeiramente miseráveis, os clientes preferenciais do sistema penal. Esse problema, todavia, é de menor relevo para o nosso objeto de estudo, tendo em conta as características do Prefeito Ofensor, por nós já debatidas no tópico 4.1 desta dissertação.

120 O que também ocorre nos crimes de ação penal de iniciativa privada, em vista do princípio da disponibilidade que sabidamente as rege, e os crimes de ação penal pública condicionada à representação, nos quais a persecução penal, malgrado de iniciativa pública, só pode ser deflagrada se houver uma provocação do ofendido. Em casos tais, o acordo restaurativo poderia representar a renúncia ao direito de queixa ou de representação, acarretando a extinção de punibilidade do autor do fato.

seguintes, citando, inclusive, dispositivos da ordem jurídica vigente que poderiam albergar procedimentos restaurativos mesmo para delitos de maior gravidade.

4.3.1 A obrigatoriedade da Ação Penal e os crimes funcionais praticados por Prefeitos

O princípio da obrigatoriedade (também conhecido como princípio da legalidade da ação penal pública) impõe ao *Parquet* o oferecimento da denúncia se reunidos os indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, não podendo o Ministério Público agir de outro modo, face a indisponibilidade do interesse público. (PEDRA JORGE, 2002, p. 25)¹²¹.

Assim, ainda que o órgão estatal, por razões de política criminal, e.g, não tenha mais interesse na persecução penal, ou mesmo que a vítima não queira ver seu ofensor processado - por tê-lo perdoado, por exemplo- a ação penal pública não poderá deixar de ser proposta, se reunidos os pressupostos suficientes para a sua instauração, porque não se permite fazer um juízo de conveniência ou oportunidade.

Veja-se o que diz Raquel Tiveron sobre o princípio da obrigatoriedade:

De acordo com este princípio, o Ministério Público estaria obrigado a oferecer a denúncia ao tomar conhecimento de uma conduta típica e antijurídica. Assim, a atuação ministerial seria vinculada, não podendo o Ministério Público optar por não denunciar em tais casos, ainda que por razões de política criminal, tendo em vista a natureza indisponível do interesse público. (2014, p. 389)

Como consectário do princípio da obrigatoriedade, vige também o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, segundo o qual, uma vez proposta a ação, não poderia o *Parquet* dela deixar de dar continuidade¹²², ou mesmo desistir de eventual recurso interposto. (PEDRA JORGE, 2002, p. 25).

121 Convém lembrar que o princípio da obrigatoriedade não se aplica às ações de iniciativa privada, tampouco às públicas condicionadas à representação, nas quais prevalecem os princípios da oportunidade e da disponibilidade, possibilitando, por razões de economicidade, conveniência e utilidade processual, a extinção de punibilidade do agente em razão do perdão do ofendido e a preempção (decorrente da inércia do autor da ação), por exemplo. (TIVERON, 2014, p. 389)

122 Caso o Promotor, ao final da instrução penal, conduzida sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, entender que o réu deve ser absolvido, então poderá pugnar pela absolvição, em memoriais [alegações finais], mas não pedir a desistência do processo.

Do exposto, é de se concluir que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pode ser visto como um elemento dificultador para as práticas restaurativas, na medida em que impede que o titular da ação penal deixe de deflagrar a persecução penal, mesmo que imbuído de razões de política criminal que o fizessem pensar de maneira diversa.

Com efeito, no procedimento restaurativo há renúncias dos envolvidos e a abdicação de poderes do titular da ação penal e do juiz para que os participantes possam decidir o curso da reparação de uma ofensa criminal, o que, de certo modo, parece contrastar com os princípios processuais da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal. (TIVERON, 2014, p. 388)

Entendemos, portanto, que a Justiça Restaurativa, para irradiar efeitos mais amplos, reclama, em sua essência, uma maior flexibilização do princípio da obrigatoriedade [e da indisponibilidade] da ação penal, porque o protagonismo do ofendido na resolução do conflito não tem grandes espaços no contexto de imposição de uma persecução penal do autor do fato, intrinsecamente relacionado ao mantra [que a Justiça Restaurativa busca desconstruir] que os interesses tutelados pela norma penal são eminentemente públicos.

Realizando um estudo no direito comparado, Alline Pedra Jorge verificou que há países, como a França, Alemanha, Estados Unidos, Bélgica, Holanda e Japão, que adotam o princípio da oportunidade, em vez da obrigatoriedade, para reger a atividade persecutória do Ministério Público, permitindo ao Órgão Acusatório a realização de um juízo de discricionariedade sobre o exercício ou não da Ação Penal (2002, p. 27). Segundo a autora, o Brasil procedeu de modo diverso, adotando o princípio da obrigatoriedade, o qual encontraria guarida constitucional no art. 129, I, da Carta Magna, que assevera ser função institucional do Ministério Público a promoção da ação penal pública (2002, p. 25).

Para Raquel Tiveron, todavia, o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal não está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, seja no plano constitucional ou infraconstitucional. Para ratificar o seu argumento, Tiveron compara o art. 129, I, da Constituição Federal¹²³, com o art. 112, da Constituição

123 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...)” (BRASIL, 1988).

italiana, a qual, diferente da nossa, prevê expressamente que o Ministério Público tem o dever de exercitar a ação penal (2014, p. 389).

Divergimos parcialmente, *venia concessa*, da autora, por entendermos que o art. 357, §3º, da Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) consagra, expressamente, o princípio da obrigatoriedade na órbita dos crimes eleitorais, sendo previsto como crime, inclusive, a conduta do membro do Ministério Público que não apresente, no prazo legal, a denúncia (art. 342, do Código Eleitoral¹²⁴).

Tal percepção, entretanto, reforça o argumento de que, para os demais crimes (inclusive os crimes funcionais praticados por Prefeitos), inexistente a imposição da obrigatoriedade, na medida em que a previsão do Código Eleitoral não encontra dispositivo paralelo no Código de Processo Penal ou mesmo no Código Penal.

Poder-se-ia argumentar que os arts. 14 e 24, ambos do CPP, ou o art. 110, do CP, positivariam o princípio da obrigatoriedade, mas a leitura atenta dos referidos dispositivos não conduz a essa conclusão (ao menos não de forma apodíctica), pois apenas preveem a titularidade da ação penal ao Ministério Público, mas em nenhum momento obrigam o *Parquet* a exercê-la, como o fazem os arts. 357, §3º c/c art. 342, do Código Eleitoral e o art. 112 da Constituição da Itália.

Não se diga, outrossim, que os arts. 42 e 576, do Código de Processo Penal consagram a obrigatoriedade da *deflagração* da ação penal, na medida em que dizem respeito, respectivamente, à ação penal já interposta e à fase recursal, sendo mais atinentes, portanto, ao princípio da indisponibilidade da ação penal.

Em sua tese de doutorado, André Luís Alves de Melo defende que a obrigatoriedade da ação penal deve ser considerada como um mero mito, de viés ideológico, que é repetido por milhões de vezes até se tornar uma verdade (2016, p. 36).

Não vemos razões, outrossim, para considerar a obrigatoriedade da ação penal um princípio constitucional implícito, mesmo porque a conformação da Carta Magna homenageia a independência funcional do membro do Ministério Público, expressamente previsto na Constituição Federal como princípio institucional, *ex vi* do seu art. 127, §1º.

124 “Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória: Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.” (BRASIL, 1965)

Para além da independência funcional, é possível defender a oportunidade fundamentada da ação penal com esteio no art. 28, do CPP, que prevê a possibilidade de o Ministério Público requerer o arquivamento do Inquérito Policial, não delimitando o sentido e alcance das razões invocadas pelo Órgão, possibilitando, assim, ali inserir razões de política criminal.

Antes mesmo de maturar a sua tese de doutorado, o Promotor de Justiça André Luís Alves de Melo vem defendendo, desde há muito, que, malgrado prevaleça na doutrina e jurisprudência pátrias a tese pela obrigatoriedade da Ação Penal, a questão não é mais tão cristalina, configurando-se mais como um *mito* que um *rito*.

Confira-se:

A questão é que a legislação no Brasil não prevê a obrigatoriedade da Ação Penal. E nem se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não existe lei obrigando expressamente, não haveria ilegalidade alguma. E mesmo nos países em que se prevê expressamente, como na Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil o problema não é o Rito, mas o Mito. (MELO, 2011, p. 1).

Nessa esteira de pensamento, sobretudo diante da nova conformação constitucional brasileira, entendemos que a obrigatoriedade da ação penal não está consagrada pelo ordenamento jurídico constitucional, podendo ser relativizada. Reconhecemos, contudo, que essa conclusão encontra resistência na maioria da doutrina brasileira, bem assim da jurisprudência pátria, o que pode ser visto como um elemento dificultador para as práticas restaurativas¹²⁵.

Entretanto, mesmo para os partidários da obrigatoriedade da ação penal, o aludido princípio, no caso dos crimes praticados por Prefeitos, pode ser visto como um obstáculo reduzido.

De fato, um elemento que facilitaria a aplicação das práticas restaurativas seria a peculiaridade das Ações Penais Originárias, já que propostas diretamente pelo Procurador Geral de Justiça, Chefe Maior do Ministério Público.

125 Saliente-se que, apesar dessa tradicional resistência de relativização do princípio da obrigatoriedade, o ordenamento jurídico vem, cada vez mais, apresentando pontos de flexibilização. A exemplo disso, citamos a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que sofreu profundas alterações em janeiro de 2018, possibilitando ao *Parquet* um espaço muito maior de atuação no pré-processual, com os acordos de não persecução. O tema será melhor abordado no tópico 4.3.2 desta dissertação.

Como se sabe, o arquivamento do inquérito policial é um ato de consenso, pois dependente da confluência de entendimento de dois órgãos, quais sejam, o *Parquet* e o Judiciário. Assim, de acordo com a sistemática vigente no Código de Processo Penal, caso o Juiz de 1º grau não concorde com a promoção de arquivamento formulada pelo Promotor oficiante, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, ao insistir no pedido de arquivamento, vinculará o magistrado, na forma do art. 28, do Código de Processo Penal.

Desse modo, no caso de Inquéritos que tramitam em Tribunais, em que a promoção de arquivamento de procedimento investigatório é formulada diretamente pela Procuradoria Geral de Justiça, em razão de prerrogativa de função do investigado, a jurisprudência das Cortes Superiores é assente no sentido de que não pode ser recusado o seu requerimento pelo Tribunal de Justiça, ou pelo Tribunal Regional Federal, dado o seu caráter vinculante¹²⁶.

Nesse mesmo sentido, colaciona-se a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 155-156):

Arquivamento nos casos de competência originária. Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentre em suas respectivas áreas, entender dever o inquérito ser arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão a de acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição. E se o pedido for formulado pelo Subprocurador da República, deverá ainda ser ouvido o Procurador-Geral,

126 Nesse sentido: “Processo penal de competência originária dos tribunais: Irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia”. (STF, 2004). Veja-se, ainda: “Trata-se de inquérito instaurado por notitia criminis da diretora administrativa do Tribunal Regional Eleitoral, objetivando apurar a suposta prática delitativa de estelionato por Desembargador do Tribunal de Justiça do Amapá, no exercício da função de Corregedor-Geral do TRE/AP, consistente na requisição de diárias para correição nas quais não comparecia. Abriu-se vista ao parquet e o Ministério Público Federal, sob o fundamento de não existir provas da prática de crime por autoridade com prerrogativa de foro nessa Corte Superior, requereu o arquivamento do presente Inquérito (fls. 266/271). O Parquet Federal, em manifestação subscrita pela douta Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, postula o arquivamento deste procedimento. (...) Infere-se, portanto, que o Ministério Público Federal, titular da Ação Penal, entendeu como ausentes elementos a justificar seu seguimento, merecendo acolhida a pretensão, porque, consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o pedido fundamentado de arquivamento dos feitos de natureza investigatória, pela Chefia do Ministério Público Federal ou por Subprocurador-Geral por ato delegado, detém caráter irrecusável e vinculante. (...) Pelo exposto, com fundamento no art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.038/90, combinado com os arts. 34, inciso XVII, e 219, inciso I, do RISTJ, acolho as razões ministeriais de fls. 982/991, determinando-se o arquivamento do presente inquérito (...)” (STJ, 2015).

se houver manifestação do Tribunal contrária ao arquivamento? Sabemos competir ao Procurador-Geral da República intentar ação penal originária, nos casos previstos no art. 105, I, a, da CF, junto ao STJ, nos termos do art. 48, II, da Lei Complementar n. 75/93. Essa atribuição, contudo, pode ser delegada a Subprocurador-Geral da República, de acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo. Desse modo, agindo por delegação em nome do Procurador-Geral, outra alternativa não restará ao Tribunal senão acolher o pedido (...)

Aliás, no sentido de não poder o Tribunal discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República, a jurisprudência é tranquila, remansosa, pacífica, mesmo porque inadmissível entendimento diverso em face da nossa estrutura processual acusatória (...) (2010, p. 155-156)

Para além da fase de arquivamento do Inquérito Policial, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, recentemente, em acórdão prolatado no bojo da Ação Penal Originária n.º 0026527-52.2015.8.05.0000, disponibilizado em 05 de outubro de 2016, rejeitou denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face de Prefeito, levando em consideração, nas suas razões de decidir, o parecer da Procuradoria de Justiça pela rejeição da peça acusatória.

Veja-se:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 1º, INCISO VII, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INICIAL ACUSATÓRIA COM DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE. EXORDIAL QUE ATENDE AOS DITAMES DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGATIVA DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INACOLHIMENTO. TIPICIDADE FORMAL PREENCHIDA. DELITO OMISSIVO PRÓPRIO QUE DISPENSA O RESULTADO NATURALÍSTICO. ALEGATIVA DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM FACE DE COMPROVAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS A POSTERIORI PERANTE O ÓRGÃO COMPETENTE. ALBERGAMENTO DIANTE DA FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL E DA MANIFESTAÇÃO DO PARQUET, TITULAR DA ACÇÃO PENAL, PELA REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA. DENÚNCIA REJEITADA.

I - Cuida-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face do Prefeito do Município de (...)/BA, senhor (...), imputando-lhe a prática do delito insculpido no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201/67.

(...)

XI- Da leitura dos fólhos, constata-se que o Ministério Público, após o oferecimento da resposta à acusação com documentos inclusos, apresentou manifestação no sentido de rejeitar a peça acusatória anteriormente ajuizada, pois o burgomestre teria comprovado a prestação de contas ao Tribunal competente, o que configura, no viés do *Parquet*, a ausência de justa causa para deflagração da ação penal. Assim, considerando que o Órgão Acusador é o titular da ação e que o presente processo criminal é originariamente de segundo grau, verifica-se que tal manifestação eiva o próprio interesse de agir do Estado.

(...) (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2016)

No caso citado, como se vê, o Ministério Público ofertou a denúncia, imputando ao Prefeito Ofensor a prática do crime previsto no art. 1º, VII, do Decreto-Lei nº 201/67, mas, em momento posterior, apresentou manifestação no sentido de rejeitar a peça acusatória, por ausência de justa causa. O Tribunal de Justiça, então, considerou “que o Órgão Acusador é o titular da ação e que o presente processo criminal é originariamente de segundo grau”, pelo que concluiu que a aludida manifestação “eiva o próprio interesse de agir do Estado” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2016).

Em assim sendo, constata-se que a própria peculiaridade do rito das Ações Penais Originárias seria uma interessante porta de entrada para a aplicação de práticas restaurativas aos crimes praticados por prefeito, superando uma das principais dificuldades normativas para a implementação das práticas restaurativas.

4.3.2 Portas de entrada para a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos.

Vislumbramos na Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, uma interessante porta de entrada para a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, sobretudo na fase pré-processual. O diploma versa sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público e trata, no seu capítulo VII, do acordo de não persecução penal (CNMP, 2017).

A Resolução estabelece, em seu art. 18, que, nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima for inferior a 04 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor ao investigado um acordo de não persecução penal, mediante o ajuste cumulativo ou alternativo das seguintes condições: 1) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; 2) renúncia voluntária a bens e direitos, indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por determinado período; 4) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, preferencialmente àquelas que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; 5) cumprimento de outra

condição estipulada de forma proporcional e compatível com a infração penal em tese praticada. (CNMP, 2017).

A proposta de acordo de não persecução não será admitida, nos termos do art. 18, §1º, da Resolução nº 181, dentre outros casos, se o dano causado for superior a vinte salários mínimos; o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; se o crime for hediondo ou equiparado e no contexto de violência doméstica.

Uma vez realizado o acordo, os autos serão submetidos à apreciação judicial, que poderá considerá-lo cabível - caso em que o devolverá ao *Parquet* para sua implementação- ou incabível - hipótese em que remeterá os autos ao Procurador-Geral ou Órgão responsável por sua apreciação, que, por sua vez, poderá 1) oferecer a denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; 2) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-las; 3) reformular a proposta de acordo de não persecução; 4) manter o acordo de não persecução, vinculando toda a Instituição. (CNMP, 2017).

Em se tratando de crimes funcionais praticados por Prefeitos, cremos que a realização do acordo, no âmbito do Ministério Público, vincula o Poder Judiciário, em razão da peculiaridade das Ações Penais Originárias, conforme cuidamos de registrar no tópico anterior.

Não podemos deixar de salientar que a lista de motivos que ensejaram a edição da Resolução nº 181/CNMP pode transparecer um viés pragmático¹²⁷, o que, como já cuidamos de salientar ao longo deste trabalho, não deve ser o mote principal das práticas restaurativas.

Inobstante, o diploma aludido é de grande valia para as práticas restaurativas aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, na medida em que ratifica a possibilidade, desde já, do seu início e oferece parâmetros balizadores sobre os efeitos do acordo restaurativo. Isso porque, como visto, a modalidade delitiva em estudo atende aos requisitos previstos no art. 18 da multicitada resolução, por tratar

127 Confira-se: "(...) Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (...)" (CNMP, 2017).

de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, não se enquadrando, aprioristicamente, em nenhum dos óbices apontados no art. 18, §1º, da Resolução nº 181/CNMP.

Por ser um diploma normativo que flexibiliza os rigores do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública, a Resolução nº 181/CNMP consubstancia uma importante porta de entrada para as práticas restaurativas, devendo-se atentar, todavia, para que a lógica do pragmatismo penal não desvirtue o espírito da Justiça Restaurativa, transmudando-a em mais um modelo de justiça negociada.

Para tanto, a abertura de canais de diálogo é de rigor, razão pela qual propomos que o acordo de não persecução penal – seja elaborado, impreterivelmente, com a participação da comunidade, preferencialmente por meio dos seus cidadãos diretamente envolvidos ou, em casos limites, por órgãos que o representem (questão por nós já discutida no tópico 3.3.1 desta dissertação).

A participação da comunidade dar-se-ia, nos moldes aqui propostos, não apenas na construção do acordo restaurativo, em conjunto com o Ofensor, mas também no seu acompanhamento e fiscalização, o que enseja maior empoderamento e fortalece o sentimento de pertencimento e confiança nas normas do ordenamento jurídico.

Para além do quanto disposto na Resolução nº 181/CNMP, considerando que boa parte dos crimes previstos no Decreto-Lei nº 201/67 (incisos III a XXIII) é apenada com detenção de três meses a três anos, a suspensão condicional do processo pode se revelar uma interessante porta de entrada para as práticas restaurativas, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Durante a fase processual, se recebida a denúncia, entendemos que o art. 59, do Código Penal também pode figurar como porta de entrada para a Justiça Restaurativa, na medida em que o cumprimento do acordo restaurativo pode influenciar no juízo de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Assim, os procedimentos restaurativos teriam impacto jurídico não só na fixação da pena-base, mas também no regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou na indicação de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de reprimenda, se cabível.

Cite-se, ainda, agora na segunda fase da dosimetria, a atenuante prevista no art. 65, II, b), do Código Penal, que beneficia o agente que procura, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar ou minorar-lhe as consequências, ou reparar o dano antes do julgamento.

Ainda na segunda fase dosimétrica, poderia o cumprimento do acordo restaurativo surtir efeitos jurídicos nos moldes da atenuante inominada prevista no art. 66, do Código Penal, já que o referido dispositivo prevê a possibilidade de a pena ser diminuída em razão de qualquer “(...) *circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*”, na qual poderia ser albergado o acordo restaurativo.

No entanto, sobre o tema, temos de salientar dois óbices: A um, a súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) e, a dois, a natural resistência dos tribunais em reconhecer, no plano dos fatos, situações que se amoldem à previsão insculpida no supracitado dispositivo.

Quanto ao primeiro ponto, é cediço que o enunciado sumulado nº 231, do STJ¹²⁸, não tem efeito vinculante, mas, com evidência, tem notório poder retórico e eficácia norteadora das decisões dos tribunais pátrios, o que poderia reduzir sobremaneira o escopo de aplicação do acordo restaurativo, considerando-se que, nos casos em que a pena-base fosse fixada no mínimo legal, nenhum benefício penal teria o agente quando da celebração de um acordo restaurativo.

No que pertine ao segundo óbice apontado, remete-se à já mencionada racionalidade penal moderna e à recalcitrância dos tribunais pátrios em reconhecer casos que se amoldem à previsão contida no art. 66, do Código Penal. A título de exemplo, cita-se a coculpabilidade que, apesar de poder, em tese, ser reconhecida como atenuante inominada, como defendem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 529)¹²⁹, vem sendo sistematicamente rechaçada pela jurisprudência pátria¹³⁰, encontrando resistência, inclusive, de parte da doutrina¹³¹.

128 Súmula nº 231, do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (BRASIL, 1999).

129 A coculpabilidade, em suma síntese, consiste na ideia de divisão da responsabilidade entre o agente excluído socialmente e o Estado pelo cometimento do delito, em razão da omissão deste em promover as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos. O prefixo "co", da expressão "coculpabilidade", significa "em conjunto", ou seja, a ideia de que o Estado seria o responsável indireto pelo cometimento da infração penal. Frise-se que não se trata de uma responsabilização

Não se olvide, outrossim, quanto à terceira fase da dosimetria, da causa de diminuição de pena prevista no art. 16, do Código Penal, que cuida do instituto do arrependimento posterior, pois que os crimes funcionais praticados por Prefeitos, como já salientado, são crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, pelo que a aplicação da minorante poderia ser orientada em um procedimento restaurativo.

De mais a mais, ainda na fase da sentença, considere-se que os crimes funcionais praticados por prefeitos (mesmo os previstos no art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 201/67) podem comportar substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, configurando, assim, mais um espaço legislativo para incidência da Justiça Restaurativa nessa seara.

Por derradeiro, considerando que a eventual pena privativa de liberdade a ser imposta ao Prefeito pode não ultrapassar o patamar de 2 (dois) anos, há a possibilidade de a suspensão condicional da pena (art. 77, do Código Penal) ser aplicada à luz de um acordo restaurativo.

penal do Estado, mas, sim, do reconhecimento da omissão estatal em relação ao cumprimento de seus deveres, notadamente os previstos no art. 6º, da Constituição Federal. (2011, p. 529 e 715).

130 Exemplos de julgados afastando a aplicação do princípio da coculpabilidade: Apelação Criminal nº 0017654-74.2011.8.26.0564 (BRASIL; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016); Apelação Criminal n.º 0312495-47.2010.8.21.7000 (70037247806) (BRASIL; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011) e HC 187.132/MG (BRASIL; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

131 Guilherme Nucci se posiciona contrariamente à aplicação do princípio da coculpabilidade e assevera que: "Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros 'coculpáveis' na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante. Há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado – para implicar na redução da pena. Ressalte-se que os próprios autores que defendem a sua aplicação admitem não possuir essa circunstância sustentação expressa no texto legal do Código Penal (...). Aliás, sobre a inadequação da denominada coculpabilidade para atenuar a pena, diz Von Hirsch que 'se os índices do delito são altos, será mais difícil tornar a pobreza uma atenuante que diminua o castigo para um grande número de infratores. Recorrer a fatores sociais pode produzir justamente o resultado oposto: o ingresso em considerações de risco que ainda piores a situação dos acusados pobres. (...)' (2015, p. 305-306).

De todo o exposto, entendemos que o ordenamento jurídico já fornece importantes possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, independente de regulamentação legal.

Não estamos a dizer, com isso, que a regulação legal não seja desejável. Por evidente que não. A bem da verdade, entendemos que uma lei que regulasse sistematicamente os procedimentos restaurativos ampliaria significativamente a sua abrangência, possibilitando efeitos jurídicos mais significativos, e traria uma importante padronização dos procedimentos [resguardada a natural flexibilidade e fluidez dos métodos restaurativos].

A própria Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012)¹³², que serviu de supedâneo à Resolução nº 225/16, do CNJ, recomenda a regulamentação legal para definir parâmetros balizadores à aplicação da Justiça Restaurativa.

Todavia, para além das recomendáveis alterações de ordem legislativa, há de se ter vigilância quanto à racionalidade penal moderna e a cultura do punitivismo e do encarceramento¹³³, que tanto dificultam iniciativas de resolução alternativa de conflitos.

Nesse ponto, voltando para a Resolução nº 181/CNMP, o diploma prevê que não será possível a celebração de acordo de não persecução, caso não se atenda ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 18, §1º, VI), o que pode esvaziar o alcance da norma.

Reconhecemos, por evidente, que o cabimento das práticas restaurativas aos crimes funcionais praticados por Prefeito deve ser analisado à particularidade de cada caso, mas ficamos temerosos de a discricionariedade no encaminhamento ser, na prática, usada de forma a reforçar a racionalidade penal moderna.

132 Veja-se o art. 12, da aludida resolução: “12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros: a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos; b) O procedimento posterior ao processo restaurativo; c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores; d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa; e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012)

133 Sobre o tema, remetemos o leitor às notas de rodapé de nº 16 e 17, referenciadas no tópico 2.1 do nosso trabalho, onde ilustramos a matéria *sub oculis* com mais vagar.

4.4 MOMENTOS DE ENCAMINHAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS AOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS.

No ponto 3.3.2.5 do nosso estudo, defendemos que os círculos restaurativos e a comissão da verdade seriam os modelos restaurativos mais adequados ao nosso objeto de pesquisa. Neste subtópico, então, buscamos analisar em que momentos as práticas restaurativas poderiam ser realizadas, bem assim quem seriam os legitimados a instar a provocação de sua instauração.

O art. 7º, da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça dá luzes ao tema, asseverando que os procedimentos e processos judiciais poderão ser encaminhados às práticas restaurativas “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). E o parágrafo único do aludido dispositivo dispõe que a “Autoridade Policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

De logo notamos que a Resolução nº 225/2016 andou bem ao autorizar que os casos fossem encaminhados à Justiça Restaurativa *em qualquer fase de sua tramitação*, ou seja, na fase investigativa; antes da sentença ou após a sentença, já na execução penal. Isso fica ainda mais claro quando se percebe que a resolução fala em “procedimentos e processos judiciais”, de onde se conclui que o feito pode ser encaminhado mesmo antes da deflagração da Ação Penal.

Para além disso, é de se ver que o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa pode ser feito não só pelo juiz, de ofício, mas também por requerimento de outros interessados, a exemplo das partes, dos seus advogados e dos Setores de Psicologia e Serviço Social.

Percebe-se, assim, que a Resolução ampliou a via de encaminhamento, não a reservando às autoridades do Estado, pelo que daí podemos interpretar que a comunidade também poderia realizar o requerimento, oportunizando-a a lidar com o caso com outro modelo de resposta.

Se este for realizado anteriormente à judicialização, o art. 12, da Resolução nº 225/2016, faculta às partes interessadas (aqui entendidas como a comunidade e o Prefeito Ofensor) a submissão dos acordos e dos planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis, na forma da lei.

Por possuírem foro por prerrogativa de função, o procedimento restaurativo relativo aos crimes funcionais praticados por Prefeitos deveria, se traçado um paralelo lógico com o que previsto na Resolução, ser submetido diretamente ao 2º grau de Jurisdição. Assim, considerando que as sedes dos Tribunais localizam-se em capitais das Unidades Federativas¹³⁴, caso o crime tenha ocorrido em um longínquo município, entendemos que as práticas poderiam ser prejudicadas em razão do distanciamento e dos custos operacionais que tal iniciativa demandaria.

Uma alternativa viável seria que as demandas da comunidade fossem apresentadas ao membro do Ministério Público oficiante na comuna. Com efeito, a experiência prática demonstra que a fase investigativa é capitaneada, não raro, pelo Ministério Público, que, muitas vezes, possui setores específicos para investigar e processar os crimes praticados por Prefeitos¹³⁵. Considerando que o *Parquet* é dotado de Núcleos próprios para investigar e processar Prefeitos, os quais, por sua vez, também não raro se localizam nas capitais, mostrar-se-ia importante viabilizar que as demandas da comunidade fossem apresentadas ao membro do Ministério Público oficiante na origem, o qual serviria de canal de comunicação com o Núcleo respectivo, preservando-se, assim, a capilaridade das práticas e a imprescindível proximidade com a comunidade envolvida.

Dessa forma, uma proposta interessante seria possibilitar, também, que o encaminhamento fosse feito, na fase pré-processual, ao Ministério Público, que poderia celebrar um acordo restaurativo, deixando de ofertar a denúncia, o que se revela facilitado para o nosso objeto de estudo, em razão do quanto por nós já

134 No caso dos Tribunais Regionais Federais, esse problema é agravado, na medida em que a jurisdição alberga diversos Estados. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região é o maior exemplo disso, eis que possui dimensões continentais, sendo sua sede em Brasília. Assim, é de se imaginar que os custos operacionais seriam um elemento dificultador de práticas restaurativas sendo realizadas em razão de um crime funcional praticado por um Prefeito de um dos municípios do Estado do Amazonas, e.g, por conta da sua distância com a sede do respectivo Tribunal.

135 No Ministério Público do Estado da Bahia, há o *Núcleo de Investigação dos Crimes Atribuídos a Prefeitos (CAP)*, que foi criado em 11/10/2007, através do ATO Nº 324/2007 (BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, 2007).

comentado no subtópico “4.3.1 A obrigatoriedade da Ação Penal e os crimes funcionais praticados por Prefeitos”.

Admitindo-se esse espectro de possibilidades de encaminhamento, em fases processuais diversas, devemos ter em conta que o processo restaurativo pode resultar efeitos jurídicos diferentes, a depender do momento em que feito o encaminhamento.

À luz da atual legislação, se realizados na fase pré-processual, antes do oferecimento da denúncia, o cumprimento do acordo restaurativo poderia surtir o efeito da não deflagração da ação penal.

Já tendo sido ofertada a denúncia, cremos que o cumprimento do acordo restaurativo poderia surtir como efeito o impedimento do seu recebimento, vinculando o Tribunal de Justiça, em razão da peculiaridade da Ação Penal Originária, tendo em consideração que a manifestação do Ministério Público pela rejeição da peça acusatória (por ele outrora ofertada) eiva o próprio interesse de agir do Estado.¹³⁶

No caso dos crimes previstos nos incisos III a XXIII, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67, com penas de três meses a três anos de detenção, há, ainda, a possibilidade de a suspensão condicional do processo ser ofertada sob o pálio das práticas restaurativas.

Uma vez recebida a denúncia, o acordo restaurativo poderia surtir efeitos na aplicação da pena, da seguinte forma: Na primeira fase da dosimetria, poderia ser considerado quando da fixação da pena-base, orientando a sua fixação em patamar próximo ao mínimo legal. Na segunda fase, poderia ensejar o afastamento da Súmula nº 231, do STJ, possibilitando a fixação aquém do mínimo legal; em razão do acolhimento como atenuante inominada ou a prevista no art. 65, II, b), do Código Penal. Na terceira fase, a pena definitiva poderia ser diminuída, *ex vi* do art. 16, do Código Penal. Outrossim, o cumprimento do acordo restaurativo poderia orientar a substituição das penas restritivas de direito e a suspensão condicional da pena.

Defendemos, outrossim, que os efeitos do acordo restaurativo deverão levar em consideração a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato

¹³⁶ Vide comentários por nós já realizados no tópico 4.3.1 desta dissertação.

criminoso, a fim de se aquilatar a possibilidade de a resposta restaurativa ser utilizada em complementação ou em substituição às respostas tradicionais.

Assim, em determinados casos, a resposta restaurativa não substituiria a resposta tradicional penal, mas a integraria, tendo algum efeito sobre a pena infligida ao Prefeito ofensor.

Advirta-se, por fim, que a atribuição de um componente restaurativo à resposta penal dos crimes funcionais modificaria, por evidente, a resposta tradicional, em um aspecto qualitativo, inclusive, a fim de evitar *bis in idem*. Ou seja, se o Prefeito optar por participar de um processo restaurativo, algum benefício deverá lhe ser concedido, como parte de sua sentença, devendo ser levada em consideração quando do cálculo da pena a ser atribuída ao ofensor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de uma resposta restaurativa para os crimes transindividuais, aqui incluídos os funcionais praticados por Prefeitos suscita, inegavelmente, uma série de desafios. A nossa proposta, indiscutivelmente, demanda um debate profundo sobre as conformações, sobretudo de ordem procedimental, que a Justiça Restaurativa deve abarcar, o que, por certo, nos motivará a continuar pesquisando sobre o tema. Assim, a proposta por nós desenvolvida nesta dissertação não constitui uma conclusão definitiva, mas um passo inicial e necessário sobre as reflexões de alto relevo sobre o tema que nos propusemos a pesquisar.

Com efeito, a Justiça Restaurativa foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que atingem essencialmente uma vítima conhecida, concreta e individualizada, bem assim para os quais o sistema penal tradicional destina a tutela aos clássicos bens jurídicos, a exemplo da vida, a integridade física, a dignidade sexual e o patrimônio.

Demonstramos a importância do estudo em um contexto de criminalização expansiva dos delitos de vitimização transindividual, decorrente da sociedade de risco e da globalização, e os efeitos irradiados para a Dogmática Penal Tradicional, numa política criminal expansionista, que fez surgir novos tipos de incriminações.

Esse novo contexto demanda um direito penal pragmático, orientado sobremaneira à finalidade de lograr a defesa da sociedade da maneira mais eficaz possível, munindo-se, portanto, de mecanismos eficientes de gestão de determinados problemas.

Faz-se necessária, portanto, uma vigilância constante para que a Justiça Restaurativa não se veja imersa em um nítido cariz utilitarista, com viés puramente “esvaziador de prateleiras” do já sobrecarregado judiciário, tampouco se confunda com a barganha ou com a justiça criminal negocial.

Registre-se, outrossim, que os estudos tradicionalmente desenvolvidos sobre a Justiça Restaurativa, de cunho mais individual, não atendem às exigências postas por ações que, a um só tempo, têm o condão de criar danos ou perigos difusos, transindividuais, coletivos, ou, inclusive, aqueles de raiz individual, mas multiplicados por vários indivíduos.

Quando o crime se instaura entre pessoas individualmente consideradas, que ocupam os papéis de ofensor e vítima, a comunidade é chamada a compor a resolução do conflito de forma secundária, atuando como agente de suporte e fator de auxílio para o agente do crime e sua vítima, não sendo ela, nessas hipóteses, o sujeito principal das práticas restaurativas. No nosso objeto de estudo, de cariz transindividual, há um giro epistemológico, eis que a comunidade não mais ocupará papel secundário, mas direto no conflito e, como tal, será sujeito principal das práticas restaurativas e ocupará um papel central de quem reivindica uma reparação.

Nesse sentido, defendemos que a inexistência de uma pessoa identificável como vítima ou de um dano tangível não inviabiliza, por si só, a intervenção restaurativa. É dizer, o só fato de não haver uma vítima concreta e definida não descarta todas as reflexões tradicionalmente desenvolvidas pelos cultores da Justiça Restaurativa, mesmo porque a produção de conhecimento a respeito dos benefícios das práticas restaurativas para os ofendidos podem ser trasladadas para a comunidade nos crimes transindividuais, a qual é, ela própria, uma vítima do delito.

Defendemos, portanto, a importância de um processo participado também nos casos de crimes transindividuais, para os quais existe, de igual modo, o problema referente ao “roubo do conflito” pelo Estado, bem assim a relevância que tem a ideia de devolução do conflito aos seus envolvidos, os quais, agora, não são mais uma vítima concreta e definida, mas a comunidade, ela própria.

Nas práticas restaurativas, a busca por processos de comunicação que possibilitem à comunidade exteriorizar os danos que sofreu e reclamar o que entende indispensável para a sua reparação é uma preocupação fundamental. E no sistema tradicional de justiça, de espaço demasiadamente técnico e solene, não raramente inacessível aos comuns do povo, esse objetivo muitas vezes não é alcançado.

Assim, é de se concluir que a Justiça Restaurativa representa, também na nossa proposta, uma mudança de linguagem e orientação, que reafirma o valor das normas constitucionais e penais ao conferir protagonismo à comunidade (que permanece alheia na Justiça Criminal Tradicional) na resolução do conflito penal.

Entretanto, o processo de aplicação das práticas restaurativas aos crimes transindividuais demanda algumas conformações procedimentais, sobretudo aquelas relativas a quem vai representar a comunidade e como isso será viabilizado no mundo dos fatos.

A situação se agudiza quando consideramos o caráter marcadamente individualista da sociedade, além da própria diversidade e complexidade social, com uma pluralidade de pessoas, de realidades (econômicas, sociais e culturais) distintas, e ausência de uma ordem relativa de valores (ou preferências) generalizáveis, o que se soma, possivelmente, a uma falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau para a comunidade, constituindo, assim, uma fonte de incertezas e dúvidas.

Concluimos que a indefinição das vítimas, malgrado seja um elemento dificultador (inerente aos crimes transindividuais), não inviabilizaria as práticas restaurativas, porque 1) haverá indivíduos que sofrem os danos de forma mais direcionada do que outros; 2) mesmo nos casos em que o crime atinja toda a comunidade, de forma indistinta, é possível cogitar, excepcionalmente, a possibilidade de representação.

Se um número muito significativo de pessoas se interessar em participar dos procedimentos restaurativos, é razoável supor a existência de um problema grave de logística, não só de espaço, mas também de tempo, que poderia inviabilizar a condução das práticas. A atenuar essa preocupação, concluimos que seria pouco provável, num contexto de uma sociedade marcadamente individualista, que todo crime transindividual atraísse a atenção de uma infinidade de pessoas, sendo muito mais razoável cogitar o contrário, com poucas pessoas predispostas a participar. Em circunstâncias tais, percebemos que a participação direta (cujo problema maior seria a questão logística) não é irrealizável.

Contudo, nos crimes funcionais praticados por prefeitos, geralmente de grande repercussão, o problema prático citado exsurge em maior monta, porque o caso pode atrair, em maior grau, o interesse da comunidade. Nesse sentido, devem ser empreendidos os mais prospectivos esforços para que haja a participação direta nas práticas restaurativas, mas, em situações limite, faz-se imperiosa a possibilidade de a comunidade se ver representada por alguém. Essa representação, todavia, não

deve ser indiscriminada, mas tratada com critério, a fim de evitar, sob nova roupagem, o “roubo do conflito”, de modo a perpetuar os problemas da Justiça Penal Tradicional.

Em primeiro lugar, defendemos que a representação seja viabilizada por meio da escolha democrática entre os cidadãos da comunidade vitimizada, seja de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, o que facilitaria a operacionalização das práticas restaurativas em casos de grande número de vítimas e permitiria uma resposta mais satisfatória do que o sistema tradicional.

Somente se não for possível a representação da comunidade por membros por ela escolhidos é que cogitamos a representação por outros órgãos. E para propormos o representante que dialogaria com o ofensor, pesquisamos exemplos no nosso ordenamento jurídico de entidades que envolvessem uma participação popular mais direta, quando então pensamos nas entidades de representatividade adequada, a exemplo de associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou mesmo os Conselhos da Comunidade, previstos no art. 80, da Lei de Execuções Penais, em razão da sua heterogeneidade e pluralidade compositiva ou a Defensoria Pública, pela sua vocação constitucional para o exercício das funções de *ombudsman*.

Superada a questão atinente a quem dialogará com o ofensor nos crimes transindividuais, passamos a problematizar como isso ocorreria no plano dos fatos, incursionando-nos, pois, na tarefa hercúlea de eleger o tipo de prática restaurativa mais adequado para os crimes funcionais praticados por prefeitos.

Propomos, então – sem pretensões altamente prescritivas e rígidas, que poderiam, inclusive, inibir a inovação do modelo -, considerando as características peculiares dos crimes funcionais praticados por Prefeitos - quanto ao ofensor, as vítimas e o dano que ele causa -, que os círculos restaurativos e a Comissão da Verdade seriam mais apropriados e factíveis à hipótese.

Quanto às Comissões da Verdade, estas seriam indicadas, porque 1) têm a sua gênese intrinsecamente relacionada a ofensas de grandes proporções 2)

possibilita lidar com um grande número de vítimas; 3) facilita a exposição dos fatos à sociedade. Entretanto, a modalidade referida demanda uma maior estrutura e, conseqüentemente, um maior dispêndio de recursos - estruturais e de pessoal-, pelo que, quando o crime praticado por Prefeito tiver menores proporções, a prática dos círculos restaurativos pode se revelar indicada.

Feitas tais considerações, passamos à análise de cunho dogmático dos crimes funcionais praticados por Prefeitos, a qual ambientou a nossa discussão seguinte, quando cuidamos de destacar as dificuldades da proposta de aplicação da Justiça Restaurativa ao nosso objeto de pesquisa.

Com efeito, no início do nosso estudo, estávamos imbuídos de uma visão mais romântica da nossa proposta, mas o aprofundamento da análise do tema nos demonstrou certos riscos e dificuldades que não podem ser descartados, tampouco considerados como um evento improvável. Efetivamente, a ideia de responder, de forma restaurativa, aos crimes funcionais praticados por Prefeitos levanta uma série de desafios. Nesse sentido, citamos as características do ofensor, o fator político subjacente ao tema e a aclamação popular por penas mais graves, que poderiam questionar a legitimidade da aplicação da Justiça Restaurativa nessa seara.

Por outro lado, como demonstrado nesta dissertação, existem muitas boas razões para a inclusão de um componente restaurativo na resposta aos crimes funcionais praticados por Prefeitos. Exige-se, por óbvio, maior cautela na condução das práticas restaurativas, mas as peculiaridades acima citadas não são suficientes para excluir, categoricamente, em todo e qualquer caso, a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes aqui estudados.

A justificar a necessidade de aplicação da Justiça Restaurativa também aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, podemos elencar uma série de razões: de ordem teórica, principiológica e pragmática.

Uma resposta restaurativa aumentaria as chances de a comunidade ter restaurados os danos financeiros e não financeiros causados pelo crime, melhor atendendo às suas necessidades, as quais são correntemente abandonadas pelo modelo tradicional. Demais disso, ampliaria os objetivos pretendidos pela Justiça Criminal Tradicional, incrementando, inclusive, a prevenção dos crimes funcionais

praticados por Prefeitos, além de prover justiça para ofensores e comunidade (sua vítima).

Ademais, responder restaurativamente aos crimes funcionais praticados por Prefeitos implica no empoderamento dos interessados para que eles possam refletir sobre a resposta a essa modalidade delitiva e propor outras maneiras pelas quais os Prefeitos podem ser responsabilizados por suas ofensas.

Saliente-se, ainda, que um elemento que facilitaria a aplicação das práticas restaurativas aos crimes funcionais praticados por Prefeitos seria a peculiaridade das Ações Penais Originárias, já que propostas diretamente pelo Procurador Geral de Justiça, Chefe Maior do Ministério Público, o que acaba por relativizar o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal de iniciativa Pública, um dos maiores óbices, nos demais crimes, para a ampliação de efeitos dos acordos restaurativos¹³⁷.

Quanto à necessidade de alteração legislativa para a implementação da nossa proposta, concluímos que um diploma legal que viesse a regulamentar a matéria seria de todo recomendável, porque ampliaria significativamente a sua abrangência, possibilitando efeitos jurídicos mais significativos, e traria uma importante padronização dos procedimentos [resguardada a natural flexibilidade e fluidez dos métodos restaurativos]. Não seria, contudo, imprescindível, porque o ordenamento jurídico prevê, desde já, portas de entrada para a aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos, a exemplo dos acordos de não persecução; a transação penal; suspensão condicional do processo; os critérios previstos no art. 59, do Código Penal, as atenuantes previstas no art. 65, III, b) e 66, do Código Penal; o arrependimento posterior; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a suspensão condicional da pena.

A toda evidência, reconhecemos que o cabimento das práticas restaurativas aos crimes funcionais praticados por Prefeitos deve ser analisado à particularidade

137 Nesse ponto, importa destacar que entendemos que o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal pública não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio (salvo no âmbito dos crimes eleitorais, que não se confundem com a espécie ora em estudo), malgrado esse entendimento não encontre ressonância na maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias. Entretanto, mesmo à luz do entendimento majoritário (prejudicial à ampliação do espectro de aplicação da Justiça Restaurativa), a peculiaridade dos crimes funcionais praticados por Prefeitos é um elemento facilitador da nossa proposta. Isso porque as ações são propostas diretamente pela Procuradoria Geral de Justiça, em razão de prerrogativa de função do investigado, o que confere caráter vinculante às manifestações do *Parquet*, diferente dos demais casos, em que aplicável a sistemática do art. 28, do Código Penal.

de cada caso, até mesmo porque, como dito anteriormente, não defendemos que a Justiça Restaurativa substitua a Justiça Criminal Tradicional.

Por derradeiro, concluímos que os casos podem ser encaminhados às práticas restaurativas em qualquer fase de sua tramitação, ou seja, na fase investigativa; antes da sentença ou após a sentença, já na execução penal. Os efeitos jurídicos decorrentes do eventual acordo restaurativo, todavia, variarão a depender do momento em que feito o encaminhamento.

Antes do oferecimento da denúncia, o acordo restaurativo poderia surtir o efeito da não deflagração da ação penal. Uma vez ofertada a exordial acusatória, o acordo restaurativo teria o condão de impedir o seu recebimento, vinculando o Tribunal de Justiça, em razão da peculiaridade da Ação Penal Originária.

Ainda na fase pré-processual, no caso dos crimes previstos nos incisos III a XXIII, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67, com penas de três meses a três anos de detenção, há a possibilidade de a suspensão condicional do processo ser ofertada sob o pálio das práticas restaurativas.

Já tendo sido recebida a denúncia, o acordo restaurativo surtiria efeitos na aplicação da pena, na primeira, segunda e terceira fases da dosimetria. Concluímos, ademais, que a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso podem recomendar que a resposta restaurativa seja utilizada em complementação -e não em substituição- às respostas tradicionais.

De todo o exposto, defendemos que o sistema penal tradicional como instrumento de persecução dos crimes funcionais praticados por Prefeitos não deve ser a única forma de prevenir essas má condutas. Existem outros meios -e aqui propomos a Justiça Restaurativa- que podem ser tão ou ainda mais efetivos em prevenir esses crimes.

Assim, por mais desafiadora que seja a nossa proposta, concluímos que a Justiça Restaurativa como resposta aos crimes funcionais praticados por Prefeitos não é apenas apropriada e teoricamente justificada, mas tecnicamente possível e pragmaticamente útil.

6. REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. 2014, p. 42. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Faculdade de Direito de Vitória, v. 15, n. 1, p. 33-69, jan./jun. 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006.

ARGENTINA. Lei nº 4989/2002. Provincia del Chaco, 05 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.todosobremediacion.com.ar/wp-content/uploads/2017/07/Ley-4989.pdf>> Acesso: 04 jul. 2018.

ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andrew; SHEARING, Clifford. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**, Oxford: Hart Publishing, p. 21-41, 2003.

BAHIA, Saulo José Casali. Cooperação jurídica internacional. In: (Vários). BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional** / Secretaria de Cooperação Internacional. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2016. 284 p. – (Coleção MPF Internacional ; 2)

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Da insuficiência dos mecanismos de cooperação jurídica internacional no Mercosul para repressão aos crimes transnacionais: uma proposta para criação do Tribunal Penal do Mercosul. **V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu Uruguai, 2016**, Montevidéu. Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina. Florianópolis: Conpedi, 2016. v. 1. p. 200-220.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología jurídico penal**. Tradução Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

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

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

BORIBOONTHANA, Yossawan. **The effect of restorative justice practices on crime victims: a meta-analysis**. 2006. 262 f. Tese (Doutoramento em Filosofia) – Departamento de Direito, Universidade de Sheffield, Sheffield, 2006.

BRADSHAW, William; COATES, Robert B.; UMBREIT, Mark S. **Victim Offender Dialogue in Crimes of Severe Violence: Differing Needs, Approaches, and Implications**. Center For Restorative Justice And Peacemaking, School Of Social Work, University Of Minnesota, 2001. Disponível em: <http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VSOD_Severe_Violence/VSOD_Differing_Needs_Approaches.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BRAITHWAITE, John. **Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory**. Australian National University, 2015 Disponível em: <<http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Poverty%20Power%20White%20Collar%20Crime%20and%20the%20Paradoxes%20of%20Criminological%20Theory.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

_____. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Setting standards for Restorative Justice**. The British Journal of Criminology, 2002b, v. 42, p. 563-577. Disponível em: <https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 20 jul. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso: 10 jun. 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cncmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_nº_118_auto_composicao.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. Decreto-Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out.

1941. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso: 20 jul. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 201, de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm> Acesso: 05 jan. 2017.

_____. Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Código Penal. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 01 jul. 1983. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Lei Nº 7.210, De 11 De Julho De 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 20 jul. 2016

_____. Lei nº 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 nov. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm> Acesso: 23 jan 2018.

_____. Lei nº 8.176/91, de 08 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm> Acesso em: 23 jan 2018.

_____. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do**

Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei Nº 9.099, De 26 De Setembro De 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.434/97, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 9.503/97, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em: 23 jan 2018.

_____. Lei nº 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 23 jan 2018.

_____. Lei nº 9.613/98, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 9.807/99, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.028/2000, de 19 de outubro de 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out. 2000. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10028.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.628/2002, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 dez. 2002. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm> Acesso em: 01 jul 2018.

_____. Lei nº 11.105/05, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei Nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei nº 12.850/2013, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Lei Nº 13.260/2016, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e

12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm> Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Portaria nº 495, de 28 de abril de 2016. Política Nacional de Alternativas Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 82, 2 de maio de 2016b. Seção I, p. 40-41.

_____. Ministério Público Federal. Roteiro de atuação: dosimetria da pena. **Câmara de Coordenação e Revisão**, Brasília, DF, 2016.

_____. Ministério Público do Estado da Bahia. ATO Nº. 324/2007. Cria o Núcleo de Investigação dos Crimes Atribuídos a Prefeitos - CAP, o Banco de Dados relativos às medidas de proteção ao patrimônio público, e dá outras providências. **Diário da Justiça [do] Estado da Bahia**. Poder Judiciário, Salvador, BA, 12 out. 2007. Disponível em: <<https://diario.tjba.jus.br/dpjonline/index.wsp?tmp.edicao=858&tmp.data=12%2F10%2F2007&tmp.expressao=>>> Acesso:04 jun 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. In: _____. **Súmulas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 de out. 1999, p. 76. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 187.132/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, DF, 05 de fev. de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=187132&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=44>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1288855 /SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, DF, 17 de out. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271288855%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271288855%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271288855%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271288855%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito nº 973 DF. Relator: Ministro OG FERNANDES, Decisão monocrática, Brasília, DF, 29 de abr. de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=46858072&tipo=0&nr eg=201303315084&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150429&formato=P DF&salvar=false>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 394. In: _____. **Súmulas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 de abr. 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 496. In: _____. **Súmulas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 de dez. 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 687 QO / SP. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 09 de nov. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=173&dataPublicacaoDj=09/09/1999&incidente=3724165&codCapitulo=2&numMateria=24&codMateria=3>> Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 702. In: _____. **Súmulas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=702.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 371 QO. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 12 de mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013222&base=baseAcordaos>> Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 19 de dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Ação Penal nº 493. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 02 de out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559779>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ação Penal Originária nº 0026527-52.2015.8.05.0000. Relatora: Desembargadora Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes. 1ª Câmara Criminal, Salvador, BA, 27 de set. 2016. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=C05394FCDB6BE7F54268E5365FDEBAFF.cposg3paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0026527-52.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0026527-52.2015.8.05.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0017654-74.2011.8.26.0564. Relator: Desembargador Reinaldo Cintra; 7ª Câmara de Direito Criminal, São Paulo, SP, 07 abr. 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002TTCI0000>>, Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 0312495-47.2010.8.21.7000 (70037247806). Relator: Desembargador Odone Sanguiné; 3ª Câmara Criminal, Porto Alegre: RS, 24 fev. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRIGHT, Christopher. Victim Offender Mediation. **Centre for Justice & Reconciliation: A program of Prison Fellowship International**, 2017. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/victim-offender-mediation/#sthash.EiaOVuek.dpbs>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

_____. Conferencing. **Centre for Justice & Reconciliation: A program of Prison Fellowship International**, 2018. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/conferencing/#sthash.S77CQ4ip.YM6WFQfN.dpbs>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BUARQUE DE HOLLANDA, Cristina. **Human rights and political transition in South Africa: the case of the Truth and Reconciliation Commission**. 2013. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bpsr/v7n1/01.pdf>>. Acesso em: 14/11/2017.

CABANILLAS, Natalia. Prodigal Daughters: Stories of South African. **Cadernos Pagu**, p. 523-530, jan-jun de 2014.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal Orientado: para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas da Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 9-55, set-out, 2006.

CASTAÑER, Vicenç Rullan. **Justicia y Prácticas Restaurativas**: Los círculos Restaurativos y su aplicación em diversos ámbitos. 2011. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundación Universitaria Iberoamericana, Palma-España, 2011.

CENTRE FOR JUSTICE & RECONCILIATION. **RJ around the World**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/around-the-world/#sthash.LwXss43l.dpbs>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

_____. **Lesson 3: Programs**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/#sthash.r3qy1fYW.dpbs>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COATES, Robert B.; UMBREIT, Mark S. **Victim Offender Mediation: An Analysis of Programs in four states of the U. S.** Minneapolis, Minnesota Citizens Council on Crime and Justice, 1992.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia, 1991.** Disponível em: <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Código de Procedimiento Penal.** Ley 906 de 2004. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,** 29 jul. 1988. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em 07 jan. 2018.

COSTA. Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Thiago Palaro. **A possibilidade de Justiça Restaurativa nos crimes de colarinho branco.** 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

DOMINIC Barter on Restorative Circles. [S.l]: Educação; Restorative Circles, 2009. (08'13"). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o-AUwX61-34>>, Acesso em: 30 jan. 2018.

DUSSICH, John P. J. Asistencia, recuperación y restauración de las victimas. **Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.** San Sebastian, n. 26, p.53-62, 2012.

ESTEVES, Raúl. A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal. **Sub Judice Justiça e Sociedade. Coletânea de Artigos.** Portugal: Almedina, p. 53-64, 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal.** Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

GABBAY, Zvi. Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, New York, nº 421, p. 421-485, 2007.

GAUDREAU, Arlène. **The Limits of Restorative Justice**. Paris: Dalloz, 2005.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. A função ombudsman da Defensoria Pública na Cracolândia. **Revista Consultor Jurídico**, 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/tribuna-defensoria-funcao-ombudsman-defensoria-publica-cracolandia#sdfootnote2anc>>. Acesso em: 27. jun. 2018.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Ano 2, nº8, p. 54-66, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Niterói: Luam Editora, 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. Traducción de Elena Carranza. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **La Figura del Ombudsman** : guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios. San José, C.R: IIDH, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/22612.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

LATIMER, Jeff; DOWDEN, Craig e MUISE, Danielle. The effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis. **The Prison Journal**, Vol. 85, n. 2, p. 127-144, 2005.

LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. Tradução: Ana Sofia Schmidt de Oliveira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 24, out-dez/98,1998.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 163-186.

LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2014. (folhas?) Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-11022015-101642.

MELO, André Luís Alves de. Mito sobre um rito: Obrigatoriedade da ação penal é um mito. **Revista Consultor Jurídico**, 18 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preve-obrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em: 04 mar. 2018

_____. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública:** releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988. 2016. 433 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OBBIE, Mark. **Why victims face the criminals who hurt them**. Pacific Standard, dez. 2010. Disponível em: <<https://psmag.com/social-justice/why-victims-face-the-criminals-who-hurt-them-25993>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Países-membros da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/#paisesMembros6>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. 1ª ed.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Crimes funcionais de prefeitos: Decreto-lei 201/67**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PARKER, Lynette. Circles. **Centre for Justice & Reconciliation: A program of Prison Fellowship International**, 2017. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/#sthash.9cQuNkVY.dpbs>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade dos prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEDRA JORGE, Aline. O princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública no Direito Constitucional Comparado. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VI, nº 122, p. 25- 30v.; fev/2002.

PEREZ, Carlos Martinez-Buján. Algunas Reflexiones Sobre la Moderna Teoría del "Big Crunch" en la Selección de Bienes Jurídico penales (Especial Referencia al Ámbito Económico). **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**. Coruña: La Coruña, p. 953/985, 2003.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro**, vol. I: parte geral – 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 529 e 715.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, São Paulo: CEBRAP, p. 39-60, 2004.

PORTUGAL. Lei nº 21/2007, de 12 de junho de 2007. **Diário da República**. Lisboa, Portugal, 12 jun. 2007. Disponível em <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2007/06/11200/37983801.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2018.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Crimes funcionais de prefeitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROSSI, Rachel Alexandra. Meet Me on Death Row: Post-Sentence Victim-Offender Mediation in Capital Cases. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 9, Issue 1, Article 6, p. 185- 210, 2008.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, dois conflitos (e a questão, revistada, do roubo do conflito pelo estado). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 17, n. 3, p.459-474, jul.set. 2007

_____. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 246, p.12-13, mai. 2013.

SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. A Justiça Como Fator de Transformação De Conflitos: Princípios e Implementação. **Contribuição ao Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade**. NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha, São Paulo, abril de 2000. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/scuro2.pdf>> Acesso em: 06 jan. 2018.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Série as ciências criminais no século 21; v. 11.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**, vol. 1, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

UMBREIT, Mark S. **Victim Offender Mediation and Dialogue**. University of Minnesota, 2008. Disponível em: <http://www.cehd.umn.edu/ssw/RJP/Projects/Victim-Offender-Dialogue/VOM_&_Conferencing/Victim_Offender_Mediation_%20&_%20Dialogue.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2017.

UMBREIT, Mark S; COATES, Robert B.; VOS, Betty. Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research. **Conflict Resolution Quarterly**, Fall-Winter, vol. 22, no. 1-2, p 279-303, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WACHTEL, Joshua. Toward Peace and Justice in Brazil: Dominic Barter and Restorative Circles. **Restorative Practices E FORUM. International Institute for Restorative Practices**, March 20, p. 1-2, 2009.

WELLIKOFF, Ilyssa. Victim-Offender Mediation and Violent Crimes: On the Way to Justice. **Journal of Conflict Resolution**, Benjamin N. Cardozo School of Law, 2003. Disponível em: <<http://cardozojcr.com/issues/volume-5-1/note-1/>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

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