

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA UTILIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS NA EXECUÇÃO PENAL**

OSVALDO RAMOS MATEOS

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE

OSVALDO RAMOS MATEOS

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA UTILIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS NA EXECUÇÃO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE

CIP – Catalogação na Publicação

M425j Mateos, Osvaldo Ramos.
A justiça restaurativa e sua utilização pelos tribunais brasileiros na execução penal / Osvaldo Ramos Mateos. -- Rio de Janeiro, 2017.
126 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de
Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito penal. 2. Execução Penal. 3. Sistema
Prisional. 4. Pena Privativa de Liberdade. 5. Justiça
Restaurativa. I. Hora, Nilo Cesar Martins Pompilio
da, orient. II. Título.

CDD 341.53315

OSVALDO RAMOS MATEOS

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA UTILIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS NA EXECUÇÃO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

Data de Aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora

Membro da Banca:

Membro da Banca:

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Pedro e Olga, e à minha esposa Sheila, que me incentivam diariamente na caminhada.

A todos os mestres com os quais tive a oportunidade de conviver na Faculdade Nacional de Direito, que com imensa paciência e boa vontade me transmitiram o muito que sabem sobre as suas respectivas disciplinas, e em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora, pela inestimável ajuda nesta etapa final do curso.

Aos colegas de turma, e em especial ao Lenilson Carvalho Silveira, pela oportunidade da convivência.

Este trabalho representa o término de cinco anos de dedicação em busca de um objetivo, e também a realização de um sonho.

“Educai as crianças,
e não será preciso punir os homens.”
Pitágoras – 500 a.C.

RESUMO

Considerando que os procedimentos que integram a chamada “justiça restaurativa” podem representar uma alternativa mais eficiente para a ressocialização dos sentenciados do que o sistema punitivo retributivo, o objetivo deste trabalho é analisar de que forma esses procedimentos estão sendo utilizados pelos tribunais brasileiros como alternativa à reclusão carcerária e às demais medidas punitivas. São revisados o conceito, a evolução histórica e as finalidades da pena, e detalhadas as principais características da justiça restaurativa. São estudados a finalidade e os princípios da pena no Brasil, analisando-se as espécies de pena e os regimes de cumprimento, os direitos e deveres dos condenados, a sua classificação e a individualização da pena, e os tipos de estabelecimentos penais existentes no Brasil. São apresentados os principais argumentos utilizados pela doutrina para justificar a crise do sistema prisional e, no caso específico do Brasil, são analisados quatro fatores que podem ter contribuído para a falência do sistema prisional. São abordadas as possibilidades da utilização dos princípios da justiça restaurativa pelos tribunais brasileiros na execução penal, identificando-se os elementos dessa nova abordagem que já estão presentes na legislação brasileira, e as iniciativas já conduzidas pelos tribunais estaduais para incentivar a sua utilização.

Palavras-Chave: Direito Penal; Execução Penal; Sistema Prisional; Pena Privativa de Liberdade; Justiça Restaurativa; Método APAC.

ABSTRACT

Considering that the procedures that integrate so-called "restorative justice" may represent a more efficient alternative for the re-socialization of sentenced persons than the retributive punitive system, the objective of this study is to analyze how those procedures are being used by the Brazilian courts as an alternative to prison incarceration and other punitive measures. The concept, historical evolution and purpose of the sentence are reviewed and the main features of restorative justice are detailed. The purpose and principles of punishment in Brazil are studied, analyzing the types of punishment and compliance regimes, the rights and duties of the convicted persons, their classification and the individualization of the sentence, and the types of existing penal establishments in Brazil. Then it is presented the main arguments used by the doctrine to justify the crisis of the prison system and, in the specific case of Brazil, four factors that may have contributed to the bankruptcy of the prison system are addressed. The possibilities of using the principles of restorative justice by Brazilian courts in criminal enforcement are addressed through the identification of elements of this new approach that are already present in Brazilian legislation and of initiatives already conducted by state courts to encourage the use of the model.

Keywords: Criminal Law; Criminal Execution; Prison; Freedom Deprivation Sentence; Restorative Justice; APAC Approach.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Conceito, evolução e finalidades da pena.....	13
1.1. A evolução da pena segundo a doutrina majoritária.....	14
1.2. A evolução da pena segundo Howard Zehr.....	18
1.3. As teorias sobre a pena	31
2. A justiça restaurativa	34
2.1. Os paradigmas da justiça	35
2.2. A reação da sociedade ao ato criminoso.....	38
2.3. A preocupação com as consequências do crime para a vítima.....	41
2.4. O poder da crença e as consequências do crime para o ofensor.....	43
2.5. A busca da cura pelo ofensor e pela vítima	47
2.6. A troca de lentes	48
2.7. A implantação do sistema restaurativo.....	56
2.8. A experiência da justiça restaurativa nos Estados Unidos e no Canadá.....	59
3. Aspectos da execução penal no Brasil.....	65
3.1. Os princípios da pena, os critérios para a sua fixação e a sua finalidade	65
3.2. As espécies de pena e os regimes de cumprimento	67
3.3. Os direitos e deveres dos condenados	69
3.4. A classificação dos condenados e a individualização da pena	72
3.5. Os tipos de estabelecimentos penais no Brasil	72
3.6. A crise do sistema prisional brasileiro.....	73
3.6.1. As consequências da nova Lei das Drogas.....	75
3.6.2. O excesso de prisões provisórias	76
3.6.3. A opção pela condenação ao regime fechado.....	77
3.6.4. As deficiências da estrutura prisional.....	77
4. A utilização dos princípios da justiça restaurativa pelos tribunais brasileiros na execução penal	79
4.1. As possibilidades da justiça restaurativa no contexto da legislação penal brasileira	80
4.1.1. A composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo nas infrações penais de menor potencial ofensivo e nos crimes contra idosos.....	80
4.1.2. O perdão pelo ofendido nos crimes com ação penal de iniciativa privada.....	82
4.1.3. A possibilidade do perdão judicial em crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, e nos casos de colaboração premiada.....	83

4.1.4. As medidas restaurativas para crimes relacionados ao consumo de entorpecentes	85
4.1.5. As medidas restaurativas nas infrações praticadas pela criança e pelo adolescente	86
4.2. O incentivo à prática da justiça restaurativa pelos tribunais estaduais brasileiros	87
4.2.1. A justiça restaurativa no Estado de São Paulo	90
4.2.2. A justiça restaurativa no Estado do Rio Grande do Sul	93
4.2.3. A justiça restaurativa no Estado do Paraná	95
4.2.4. A justiça restaurativa no Estado do Tocantins.....	99
4.2.5. A justiça restaurativa no Estado da Bahia	100
4.2.6. A justiça restaurativa no Distrito Federal	103
4.2.7. A justiça restaurativa no Estado de Minas Gerais	104
4.2.8. A justiça restaurativa no Estado do Mato Grosso do Sul	104
4.2.9. A justiça restaurativa no Estado do Rio de Janeiro	105
5. A valorização do indivíduo na execução penal	107
5.1. O incentivo ao trabalho e ao estudo durante a execução penal	107
5.2. A experiência da APAC	111
Conclusão	114
Referências	119

INTRODUÇÃO

O estudo mais recente a respeito da população carcerária no Brasil, divulgado em dezembro de 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional, indica que naquele momento aproximadamente 622 mil indivíduos estavam presos no sistema carcerário em regime fechado (dos quais 40,1%, ou cerca de 250 mil indivíduos, cumpriam prisão provisória), e que outros 150 mil indivíduos, aproximadamente, cumpriam suas penas nos regimes semiaberto ou aberto.¹

Dados também do final de 2014 mostram que o sistema prisional brasileiro possuía cerca de 372 mil vagas, indicando um déficit de aproximadamente 250 mil vagas em relação ao total de indivíduos encarcerados.²

A existência de um enorme contingente de pessoas encarceradas e o conseqüente ônus econômico e social ocasionado pelo sistema prisional não é um problema exclusivo do Brasil (que atualmente ocupa a quarta posição entre os países do mundo em número absoluto de presos), mas também de outros países com grandes populações como os Estados Unidos (que atualmente possuem cerca de 2,2 milhões de pessoas presas, ocupando a primeira colocação), a China (com aproximadamente 1,6 milhão de presos, ocupando a segunda colocação) e a Rússia (com aproximadamente 644 mil presos, ocupando a terceira colocação).³

Quando se analisa a quantidade média de presos por 100 mil habitantes em países com população superior a 10 milhões de pessoas, que parece ser um critério de comparação mais adequado por neutralizar a influência que o diferente tamanho das populações de cada país exerce sobre o número absoluto de presos, ainda assim os Estados Unidos (que também lideram esta classificação), a Rússia (quarta posição) e o Brasil (sexta posição) revelam elevadas taxas de encarceramento, conforme se pode verificar na tabela a seguir.

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – dezembro 2014. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, pp. 15 e 18. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em 21/9/2017.

² *ibidem*, p.18.

³ *ibidem*, p.14.

Tabela 1: Classificação dos países - número de pessoas presas por 100 mil habitantes⁴

País	Número de pessoas presas por 100 mil habitantes	Posição entre países com mais de 10 milhões de pessoas	Posição absoluta
Estados Unidos da América	698	1	2
Cuba	510	2	6
Tailândia	467	3	9
Rússia	446	4	11
Ruanda	434	5	12
Brasil	306	6	31
África do Sul	292	7	34
Irã	287	8	37
Taiwan	272	9	41
Chile	245	10	49

No entanto, enquanto os outros países com grandes populações carcerárias apresentam uma tendência de redução na quantidade de presos ao longo dos anos, no Brasil se verifica uma preocupante taxa de crescimento da população prisional em aproximadamente 7% ao ano desde o início da década de 1990, quando o país possuía cerca de 90 mil presos.⁵

Paradoxalmente, esse expressivo aumento da quantidade de indivíduos presos não foi acompanhado pela redução da incidência de crimes violentos ou pelo aumento da sensação de segurança pela sociedade, contrapartidas que, se fossem percebidas, poderiam justificar ao menos uma parte do enorme custo social e financeiro ocasionado pelo sistema prisional.

No que diz respeito aos tipos criminais atribuídos à população carcerária de acordo com as grandes categorias do Código Penal brasileiro, destacam-se os crimes contra o patrimônio (46% do total), relacionados a drogas (28% do total) e contra a pessoa (13% do total).⁶

⁴ ibidem, p. 15.

⁵ ibidem, p. 7.

⁶ ibidem, p.33.

Os crimes relacionados a drogas são apontados como os principais responsáveis pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país, e especialmente do encarceramento feminino.

No que se refere ao perfil demográfico, constata-se que a maioria dos indivíduos encarcerados é constituída por homens (94,2% do total), jovens (55,07% do total possuem até 29 anos de idade) e negros (61,67% do total), além de apresentar baixo nível de escolaridade (apenas 9,5% concluíram o ensino médio).⁷

Não obstante esse baixo nível de escolaridade dos encarcerados, em 2014 apenas 13% deles participava de alguma atividade educacional, formal ou não.⁸

Também naquele ano apenas 20% dos encarcerados realizava algum tipo de trabalho, dos quais 75% trabalhavam em atividade interna à unidade prisional, o que não indica a existência de uma política social de provisão de vagas de trabalho para o custodiado.⁹

Além de disponibilizar oportunidades limitadas de reeducação e ressocialização que permitam a recuperação e reintegração social dos detentos durante o cumprimento das penas, a influência exercida pelas facções criminosas nas relações entre os presos e as frequentes rebeliões não deixam dúvida que o sistema prisional brasileiro acaba contribuindo para o aumento da taxa de criminalidade, ao devolver à sociedade indivíduos mais perigosos do que eram quando nele ingressaram, os quais passam não apenas a reincidir, como também a praticar crimes cada vez mais graves.

Nesse sentido, a taxa de reincidência criminal é um indicador importante para avaliar a eficiência do sistema prisional na prevenção do crime, e embora o seu cálculo seja dificultado pela precariedade das informações disponíveis, de acordo com pesquisa realizada em 2015 pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA ela atingiria 25% dos presos.¹⁰

⁷ ibidem, pp. 37, 39, 42 e 46.

⁸ ibidem, p. 59.

⁹ ibidem, p. 63.

¹⁰ INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. Reincidência criminal no Brasil - relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: 2015, p.111. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 7/9/2017.

Já de acordo com o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, divulgado em 2008, a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegaria a até 80%, dependendo da unidade da federação. Esse documento conclui que “hoje sabemos que a prisão não previne a reincidência e que devemos caminhar para alternativas que permitam ao autor de um delito assumir responsabilidades e fazer a devida reparação do dano eventualmente causado”.¹¹

A mesma recomendação é apresentada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) na Resolução 1999/26, de 28/7/1999, segundo a qual

os Estados devem considerar, nos seus ordenamentos jurídicos, o desenvolvimento de procedimentos alternativos aos procedimentos judiciais criminais tradicionais e a formulação de políticas de mediação e de justiça restaurativa, visando promover uma cultura favorável à mediação e à justiça restaurativa pelas autoridades policiais, judiciais e sociais, bem como pelas comunidades locais, e considerar o fornecimento de treinamento apropriado àqueles envolvidos com a implementação desses processos (tradução nossa).¹²

Considerando que os procedimentos que integram a chamada “justiça restaurativa” podem representar uma alternativa mais eficiente para a promoção da reeducação e da ressocialização dos sentenciados do que o sistema punitivo retributivo que atualmente predomina no Brasil e em todos os países com elevadas taxas de encarceramento, o objetivo deste trabalho é analisar de que forma e em quais circunstâncias esses procedimentos podem e estão sendo utilizados pelos tribunais brasileiros como alternativa à reclusão carcerária e às demais medidas punitivas.

Para que se possa alcançar esse objetivo, inicialmente serão revisados o conceito, a evolução histórica e as finalidades da pena.

Em um momento seguinte serão detalhadas as principais características da justiça restaurativa, as formas como ela procura lidar com as consequências do crime para a vítima e para o ofensor, e as possibilidades da sua utilização como novo paradigma de justiça.

¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final. Julho de 2008, p. 464. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisonal/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em 30/5/2017.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conselho Econômico e Social. Resolução 1999/26: Desenvolvimento e implantação da mediação e de medidas de justiça restaurativa na justiça criminal. Nova Iorque: 1999, p. 70-1. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-inf2-add2.pdf>>. Acesso em 30/5/2017.

Serão também estudados a finalidade e os princípios da pena no Brasil, analisando-se as espécies de pena e os regimes de cumprimento, os direitos e deveres dos condenados, a sua classificação e a individualização da pena, e os estabelecimentos penais existentes no Brasil.

A seguir serão apresentados os principais argumentos utilizados pela doutrina para justificar a crise do sistema prisional, e no caso específico do Brasil serão abordados quatro fatores que podem ter contribuído para a falência do sistema prisional: a Lei Antidrogas, o excesso de prisões provisórias, a opção pela condenação ao regime fechado, e as deficiências da estrutura prisional.

Finalmente serão abordadas as possibilidades da utilização dos princípios da justiça restaurativa pelos tribunais brasileiros na execução penal, através da identificação de elementos dessa nova abordagem que já estão presentes na legislação brasileira, e das iniciativas que estão sendo conduzidas pelos tribunais estaduais para incentivar a utilização do modelo em suas respectivas jurisdições.

1. CONCEITO, EVOLUÇÃO E FINALIDADES DA PENA

No processo de formação dos grupos sociais, Schecaira (2004, p. 56) identifica o surgimento de um conjunto de mecanismos e sanções que visam submeter os indivíduos aos modelos e normas comunitários, denominando-os de “controle social”, e os subdividindo em dois sistemas: o controle social informal, exercido pela sociedade civil através da família e da escola, por exemplo; e o controle social formal, exercido pela atuação do Estado através da polícia e da justiça, entre outros.

Segundo o autor,

Quando as instâncias informais de controle social falham, entram em ação as agências de controle formais. Assim, se o indivíduo, em face do processo de socialização, não tem uma postura em conformidade com as pautas de conduta transmitidas e aprendidas na sociedade, entrarão em ação as instâncias formais que atuarão de maneira coercitiva, impondo sanções qualitativamente distintas das reprovações existentes na esfera informal¹³.

Já de acordo com o entendimento de Mirabete (2005, p. 23), as normas jurídicas através das quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, são reunidas no Direito Penal, que também estabelece os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, visando proporcionar “a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.)”¹⁴

A palavra “pena”, conforme ensina Oliveira (1984, p. 2), procede etimologicamente do latim (*poena*) com derivação do grego (*poiné*), “significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa.”¹⁵

Dessa forma, a pena institui um vínculo de autoridade entre quem reprova e quem é reprovado nas sociedades.

¹³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁴ MIRABETE, Júlio F. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁵ OLIVEIRA, Odete M. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: Ed. da Universidade Federal de Santa Catarina, 1984.

1.1. A evolução da pena segundo a doutrina majoritária

Ao analisar a origem da pena, Beccaria (1996, p. 31) conclui que

leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil, pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. (...) Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem submergir as leis da sociedade no antigo caos. Esses são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.¹⁶

Masson (2009, p. 45) afirma que “o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade”¹⁷.

Já no entender de Mirabete (2005, p. 35), “embora a história do Direito Penal tenha surgido com o próprio homem, não se pode falar em um sistema orgânico de princípios penais nos tempos primitivos.”

O autor destaca que a pena, em sua origem, significava vingança, revide à agressão sofrida, sendo aplicada muitas vezes desproporcionalmente à ofensa e sem preocupação com justiça.

Da mesma forma Ferrajoli (2002, p. 310) destaca que

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.¹⁸

Bitencourt (2014, p. 72), por sua vez, sugere que a vingança através da pena evoluiu por várias etapas que não se sucederam sistematicamente, com épocas de transição e adoção de princípios diversos, muitas vezes envolvidos em sentido religioso, e afirma que a doutrina mais aceita adota uma tríplice divisão, representada pela vingança divina, pela vingança

¹⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

¹⁷ MASSON, Cleber R. Direito penal esquematizado – parte geral. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

privada e pela vingança pública, “todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual.”¹⁹

Segundo o autor, em tempos mais remotos os grupos sociais eram envoltos em um ambiente mágico e religioso, no qual todos os fenômenos naturais maléficos (tais como as secas e a peste) eram interpretados como sendo decorrentes das forças divinas, “encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação”. Nesse contexto, para aplacar a ira dos deuses teriam sido criadas as proibições religiosas, sociais e políticas (denominadas de “tabus”) que ensejavam a vingança divina, acarretando castigo quando não eram obedecidas.²⁰

Já na fase denominada de vingança privada, Garcez (1972, p. 66) esclarece que o cometimento de um crime ensejava a reação da vítima, de seus parentes e eventualmente de todo o grupo social (tribo) atingindo não apenas o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a "expulsão da paz" (banimento), sendo deixado à mercê de outros grupos que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da "vingança de sangue", considerada como obrigação religiosa e sagrada, "verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos."²¹

No que diz respeito ao surgimento da Lei de Talião, tanto Mirabete (2005, p. 36) como Bitencourt (2014, p. 73) o interpretam como sendo o resultado da evolução das sociedades para evitar a dizimação das tribos, determinando que a reação à ofensa fosse proporcional ao mal praticado (“olho por olho, dente por dente”), e sendo adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (Roma).

No entanto, segundo os autores a aplicação do Direito Talional a um número crescente de infratores estaria tornando as populações deformadas pela perda de membro, sentido ou função, o que determinou a evolução para o sistema de composição, através do qual o infrator se livrava do castigo com a compra de sua liberdade, tendo sido essa a origem remota das

¹⁹ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. vol.1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁰ *ibidem*.

²¹ GARCEZ, Walter de A. Curso básico de direito penal: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

formas contemporâneas de reparação, através da indenização no Direito Civil e da multa no Direito Penal.

Já Delmanto (2010, p. 206) sugere que a fase da vingança pública se inicia no momento em que o Estado passa a tipificar os crimes e a monopolizar a aplicação de sanções àqueles que violam os direitos alheios e infringem o dever de não cometer casos positivados (*ius puniendi*), estabelecendo os limites para as punições, vedando a “justiça de mão própria”, e com isso promovendo o fim da fase da vingança privada.²²

Segundo Mirabete (2005, p. 36) e Bitencourt (2014, p. 74), nessa fase o principal objetivo da repressão criminal passa a ser garantir a segurança do soberano pela aplicação da pena, que mantém as características de crueldade e severidade, com forte influência do aspecto religioso.

Na segunda metade do século XVIII ocorreriam mudanças mais significativas com o início do Iluminismo, e o surgimento de obras que se dedicam a analisar os fundamentos do direito de punir e a legitimidade das penas, combatendo abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo o princípio da dignidade humana, se iniciando assim o chamado Período Humanitário do Direito Penal.

Nessa nova fase Bitencourt (2014, pp. 82-4) destaca a publicação, em Milão, da obra Do delito e da pena, em 1764, na qual Cesare Bonesana, intitulado Marquês de Beccaria, defende a abolição da pena de morte, e antecipa ideias que posteriormente seriam consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Bitencourt enfatiza que, influenciado pelas ideias iluministas de Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke, o criminoso é tratado por Beccaria como um violador do pacto social e como um adversário da sociedade, e que nesse momento a razão começa a prevalecer sobre as questões espirituais, e a pena perderia o seu caráter religioso.

²² DELMANTO, Celso et al. Código Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A prática do crime passa a ser associada ao princípio do livre-arbítrio, e para que todos possam diferenciar o permitido do vedado, e escolher o caminho a trilhar, se defende que a pena esteja sempre prevista em lei (princípio da legalidade).

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena, defendendo a sua proporcionalidade e imposição com finalidade exclusivamente preventiva, visando evitar a reincidência, e servindo de exemplo à sociedade. Ele não admitia a vingança como fundamento do *ius puniendi*.

Segundo esse doutrinador, o legislador sábio deveria procurar impedir o mal ao invés de repará-lo, elaborando leis eficientes e de simples compreensão que, ao prevenirem o crime e compensarem a virtude, ofereceriam proteção ao cidadão sensato.

Ainda de acordo com Beccaria, uma autoridade severa produziria obediência hipócrita e passageira, e apenas o aperfeiçoamento da educação possibilitaria a criação de homens menos propensos ao cometimento do mal.

Bitencourt (2014, p. 84) destaca que os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena têm como antecedente importante os delineamentos de Beccaria; que suas ideias não perderam vigência em seus aspectos fundamentais (tanto do ponto de vista jurídico como criminológico); e que muitos dos problemas que ele suscitou continuam sem solução.

Zehr (2008, pp. 112-3) reconhece que Beccaria atacou os abusos cometidos pelo Estado e pelo direito consuetudinário, mas pondera que ao invés dele questionar o papel central do Estado na administração da justiça, teria renovado a sua legitimação.²³

Os doutrinadores da corrente majoritária identificam o inglês John Howard, que viveu entre 1726 e 1790, como outro reformista social que teria influenciado o processo de humanização e racionalização das penas a partir do Iluminismo.

Bitencourt (2014, pp. 84-5) enfatiza que Howard defendeu a construção de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua

²³ ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

fiscalização por magistrados ao constatar que, ao seu tempo, os carcereiros não recebiam salários, mas viviam de contribuições pagas pelos presos em troca de comida, alojamento e outros benefícios, o que fazia com que os condenados mais pobres experimentassem terríveis condições de vida. Além disso, diversos carcereiros exigiam pagamentos para libertar condenados, fazendo com que muitos indivíduos ficassem presos mesmo sendo inocentes ou já tendo cumprido suas penas.

É por esse motivo que, na opinião de Bitencourt (2014, p. 86), Howard determina “o início da luta interminável para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinquente.”

Já filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, que viveu entre 1748 e 1832, também se interessou pelo problema penitenciário, concluindo que as condições inadequadas e o ambiente de ociosidade das prisões despojam os réus de sua honra e de hábitos laboriosos, impelindo-os novamente ao delito.

Bitencourt (2014, p. 86-9) destaca que, além de identificar os elementos daquilo que posteriormente recebeu a denominação de “subcultura carcerária”, constituída pela linguagem, costumes e regras de convivência entre os detentos, Bentham sugeriu um modelo arquitetônico que pretendia solucionar os problemas de segurança e controle do estabelecimento penal.

1.2. A evolução da pena segundo Howard Zehr

Ao consolidar os fundamentos conceituais da justiça restaurativa, Zehr (2008, pp. 93-119) apresenta uma visão histórica da evolução da pena diferente daquela sugerida pelos doutrinadores majoritários.

O autor identifica dois movimentos que considera fundamentais na história da justiça criminal: a ascensão da justiça pública em substituição à justiça privada, e a utilização do encarceramento como forma de punição.

Ele afirma que a justiça privada pré-moderna é frequentemente retratada como vingativa, bárbara, descontrolada e brutal quando comparada à moderna justiça pública enquanto processo controlado, mais humano e equilibrado, e menos punitivo, sendo que, sob essa perspectiva, teríamos nos tornado mais civilizados e racionais na administração da justiça.

No entanto, na sua opinião trata-se de uma representação simplista e negativa, uma vez que naqueles tempos a justiça não seria necessariamente privada, nem envolveria necessariamente a vingança, sendo esse apenas um dentre os diversos resultados possíveis, e que geralmente representava o fracasso em relação ao ideal.

Além disso, as soluções privadas não seriam necessariamente mais punitivas e menos racionais do que as produzidas pela justiça pública. O autor afirma que, pelo contrário, a justiça pública pode ser até mais punitiva em sua abordagem, oferecendo uma gama mais limitada de resultados possíveis.

Embora reconheça que a história do Ocidente apresenta uma considerável diversidade de estruturas e costumes, com as práticas locais de justiça variando conforme a época e o lugar, o autor identifica grandes semelhanças na compreensão geral dos conceitos de crime e justiça no mundo pré-moderno que refletem tradições, experiências e necessidades comuns.

Ele enfatiza que até o início da Idade Moderna o crime era visto como um conflito interpessoal, e que na maior parte das vezes o que importava era o dano efetivamente causado - como ocorre no processo civil -, e não a violação abstrata de leis ou da ordem social e moral. Naquele contexto, os males cometidos criavam obrigações e dívidas que tinham que ser cumpridas ou liquidadas através dos acordos.

Assim como a luta física, a negociação, a restituição e a reconciliação eram, segundo o autor, modos de resolver essas situações, sendo que não apenas as vítimas e os ofensores, mas também os parentes e a comunidade desempenhavam um papel vital no processo.

Ofensor e vítima (ou seu representante, caso se tratasse de assassinato) resolviam a maior parte das disputas e danos (inclusive aqueles que hoje são considerados criminosos) fora das cortes ou da presença do Estado, no contexto de suas famílias e comunidades.

Quando alguém sofria um dano, a sua família e a comunidade também se sentiam atingidas, sendo que a igreja e os líderes comunitários frequentemente desempenhavam papéis importantes nas soluções registrando os acordos estabelecidos pelas partes, os quais geralmente envolviam a negociação ou a arbitragem. Dessa forma, a administração da justiça era essencialmente um processo de mediação e negociação, ao invés de um processo de aplicação de regras e da imposição de decisões.

As leis e costumes previam indenizações tanto para ofensas contra a propriedade como contra a pessoa, estabelecendo uma correspondência entre o dano e a sua compensação material.

Acordos envolvendo dinheiro ou propriedades teriam sido bastante comuns ao longo da história, mesmo em casos que envolviam violência grave, com os códigos e procedimentos legais formais fornecendo os critérios para a definição dos pagamentos, que deveriam ser proporcionais ao dano.

Entretanto, na opinião do autor a adoção da vingança seria menos frequente do que se pensa por ser perigosa e geralmente resultar em derramamento de sangue.

Dessa forma, ele afirma que em comunidades pequenas a negociação e a indenização fariam muito mais sentido do que a violência, devido à necessidade de manutenção dos relacionamentos.

O autor destaca ainda que desde o período medieval até a Revolução Francesa, existiam na Europa Ocidental asilos nos quais as pessoas acusadas de delitos podiam se refugiar da vingança pessoal ou das autoridades locais, e esperar a raiva passar enquanto as negociações progrediam. Esses lugares também acolheriam peregrinos viajando em penitência por crimes cometidos, o que sugere que tanto a penitência como a indenização parecem ter sido consideradas reações apropriadas a certas ofensas.

De acordo com o autor, no passado as vítimas desejavam um reconhecimento público de que haviam sido prejudicadas e uma declaração pública de responsabilidade por parte do ofensor, e na sua opinião isso não teria mudado com o passar do tempo.

O pagamento seria uma forma de viabilizar esses anseios, mas a retribuição muitas vezes incluía também uma certa compensação moral, de forma que, em determinadas situações, a ameaça de retribuição funcionava mais como um meio para estimular os ofensores a assumir essa responsabilidade publicamente do que como um fim em si mesma.

Ele destaca que poucos tipos de crime eram excepcionados do ideal de justiça retributiva, justificando reações excepcionais por serem considerados especialmente hediondos, ameaçando a ordem política e moral, e trazendo culpa para a sociedade como um todo.

Nesses casos seria necessária uma purificação simbólica do ofensor para demonstrar a condenação a tal comportamento e evitar a partilha da culpa.

Essas ofensas estavam expressamente proibidas pela lei e pelo costume (como, por exemplo, a bruxaria, o incesto, a sodomia e certos tipos de assassinato especialmente hediondos), não constituindo a norma para a maioria das transgressões criminais.

O autor esclarece que durante a Idade Média existiam várias cortes oficiais na Europa ocidental continental, sendo que algumas eram tribunais reais ou estatais, e outras eram operadas pelas autoridades eclesiásticas, municipais ou senhoriais. Ressalta, no entanto, que mesmo os tribunais estatais tendiam a funcionar no contexto e segundo os princípios da justiça comunitária.

Os tribunais medievais teriam natureza acusatória, não havendo processo sem acusador, e inexistindo procuradores públicos. Salvo no caso de alguns tipos de ofensa - como aquelas contra uma pessoa da realeza -, um processo penal não podia ser iniciado sem o pedido da vítima ou de sua família.

O papel da corte era garantir que as partes cooperassem, tentando equilibrar as relações de poder e regular o conflito, e o processo poderia ser encerrado a qualquer tempo caso as partes chegassem a um acordo.

Geralmente as pessoas recorriam às cortes apenas para pressionar a outra parte a reconhecer a sua responsabilidade e fazer o acordo.

Ainda segundo o autor, até o início da Idade Moderna as formas extrajudiciais de justiça comunitária eram as preferidas, e a relutância em utilizar a via judicial se justificava pelos custos financeiros e pelo risco recíproco, uma vez que se o acusador não conseguisse provar a sua acusação de modo convincente, ficaria sujeito às consequências que recairiam sobre o acusado. Além disso, os tribunais reais tinham a opção de impor multas como sentença, com o dinheiro sendo recolhido aos cofres da família real que os mantinham, o que pouco beneficiava a vítima.

O autor reconhece a existência de alguns defeitos graves da justiça comunitária, como o fato dos métodos para determinar a culpa serem arbitrários e imprecisos - carecendo das devidas salvaguardas -, das penalidades por ofensas consideradas hediondas serem muitas vezes atozes, e dela funcionar bem entre os iguais mas poder assumir um caráter sumário e brutal caso o ofensor fosse um subordinado.

Ele também admite que por vezes a justiça comunitária onerava bastante as vítimas, já que o processo dependia de sua iniciativa e de seus recursos.

No entanto, o autor considera que os acordos compensatórios negociados que orientaram a justiça comunitária representam uma visão alternativa de crime e justiça bastante importante.

Isso porque os conceitos tradicionais de justiça reconheciam que uma pessoa tinha sofrido um mal, que as pessoas envolvidas constituíam o foco da resolução do conflito, e que a reparação do dano era fundamental. Dessa forma, na sua opinião a justiça comunitária valorizava muito a manutenção dos relacionamentos e a reconciliação, e talvez o seu

paradigma refletisse a realidade do crime melhor do que o nosso paradigma atual, mais racional.

Uma série de mudanças ocorridas a partir dos séculos XI e XII teriam lançado os fundamentos para uma nova abordagem do crime e da justiça, que se consolidaria apenas no século XIX.

No final da Idade Média começaram a surgir códigos legislativos formais e escritos dotados de novos princípios, que progressivamente passaram a substituir as práticas e os princípios consuetudinários.

Nos séculos XVIII e XIX foi criado um corpo legislativo especial para tratar de certos danos e disputas chamados “crimes”.

Ao mesmo tempo, novos argumentos e procedimentos começaram a abrir a possibilidade de intervenção e iniciativa estatal em determinados tipos de processo. Na Europa começaram a surgir os procuradores do Estado. Na Inglaterra os juízes de paz passaram a representar o Estado de modo limitado. As cortes começaram a deixar o seu papel reativo e oficiador para assumir o comando de certos tipos de processo, inclusive recolhendo provas.

Na Europa continental o modelo de justiça mudou de acusatório para inquisitório, com a corte assumindo a responsabilidade por apresentar a acusação, compilar evidências e determinar o resultado. Na Inglaterra foi mantida a estrutura acusatória, embora os agentes do Estado também substituíssem o cidadão enquanto autoridade orientadora dos processos criminais.

Ao mesmo tempo a natureza do resultado começou a mudar, com a punição passando a ter precedência sobre os acordos, e as multas – recolhidas aos cofres públicos – substituindo a indenização às vítimas.

Nesse novo contexto, a tortura tornou-se não apenas uma punição aceitável, como também uma ferramenta forense para a descoberta da verdade.

O autor ressalta que, em meio a todas essas mudanças, os interesses da vítima foram perdendo importância.

O processo teria sido gradual, com os representantes do Estado inicialmente passando a realizar investigações, e posteriormente se tornando acusadores. Alegando inicialmente ter o direito de participar do processo, com o passar do tempo o Estado passou a reivindicar a propriedade sobre ele, sob o argumento de tornar-se o guardião da paz, e sob a alegação de que quando a paz fosse violada, o Estado era a vítima.

O desenvolvimento desse novo sistema jurídico teria ocorrido em um contexto de luta pela consolidação do poder nas estruturas religiosas e seculares, tanto internamente como entre elas.

Em busca de argumentos e recursos que os auxiliassem nessa consolidação de poder, as leis do Império Romano teriam sido um instrumento fundamental tanto para a Igreja como para o Estado.

Embora durante a fase republicana da história romana o crime fosse basicamente uma questão privada da comunidade, e o Estado possuísse um papel limitado, com a ascensão do Império desenvolveu-se uma tradição jurídica que reconheceu e expandiu o papel do Estado na criação de leis e na administração da justiça.

Apesar de terem sido perdidas no século VI essas leis não foram totalmente esquecidas, e por esse motivo a redescoberta do Código de Justiniano pelo ocidente no final do século XI pode não ter sido um acidente na opinião do autor, uma vez que talvez os apoiadores do papa e das autoridades seculares o estivessem procurando há tempos.

Segundo o autor, após a sua redescoberta o direito romano serviu de fundamento para a lei canônica, e mais tarde os seus princípios foram adotados pelo poder secular em toda a Europa continental ocidental, também influenciando o direito inglês.

Por outro lado, a adoção de um conjunto autônomo de leis vindo de uma civilização temporal e culturalmente distante teria ocasionado o abandono das práticas consuetudinárias.

Isso porque o direito romano era formal, racional e codificado, estando fundamentado em princípios lógicos independentes da história e de costumes específicos, e permitindo que as autoridades centrais pudessem criar novas leis, descartando as anteriores.

Além disso, o direito romano atribuía um papel importante a uma autoridade central, vindo daí boa parte da sua atração.

O direito romano também se mostrava apropriado para a sistematização e expansão transnacional através do seu estudo e ensino por profissionais, e segundo a opinião do autor, esse caráter universal ajuda a explicar o seu sucesso e a sua disseminação quase que imediata pelas universidades de boa parte da Europa ocidental.

Apoiada no direito romano, a Igreja estruturou o direito canônico, que é considerado o primeiro sistema jurídico moderno, e que ofereceu ao papado um instrumento importante na sua luta pela supremacia, tanto dentro da Igreja como em seu relacionamento com as autoridades políticas seculares.

Ao permitir que a autoridade central tivesse iniciativa de ação, ele estabeleceu as bases para o ataque à heresia e aos abusos clericais internos à Igreja, e teve a sua expressão mais extrema na Inquisição, quando representantes do papa caçaram os hereges e os torturaram para obter provas e punir.

O autor argumenta que, durante a Inquisição, a vítima primária não era mais o indivíduo, mas sim toda a ordem moral, que tinha na autoridade central a sua guardiã. Os males cometidos haviam se tornado pecados, perdendo a característica de danos que precisavam ser indenizados.

Ele afirma que o direito canônico introduziu não apenas uma lei formal e sistematizada que oferecia um papel ampliado para as autoridades centrais, mas também um conceito

totalmente novo de crime e justiça baseado na aplicação de regras, no estabelecimento da culpa e na fixação de penalidades.

Dessa forma, enquanto as práticas do cristianismo primitivo privilegiavam a aceitação e o perdão dos males cometidos, enfatizando a necessidade de reconciliação e redenção, o direito canônico e o arcabouço teológico desenvolvido para legitimá-lo passaram a considerar o crime como um mal praticado contra uma ordem moral ou metafísica, como um pecado praticado não apenas contra uma pessoa mas contra Deus, sendo dever da Igreja purgar o mundo dessa transgressão.

O autor explica que não tardou muito para se presumir que a ordem social seria uma vontade de Deus, e que o crime representaria um pecado contra a ordem social, cabendo inicialmente à Igreja, e mais tarde ao Estado, sancionar aquela ordem.

Com isso o foco da justiça muda dos acordos entre os envolvidos para a punição pelas autoridades estabelecidas.

Ao mesmo tempo, o direito canônico teria formalizado os conceitos de livre arbítrio e de responsabilidade pessoal, lançando as bases da lógica punitiva do encarceramento que se generalizou nos séculos XVIII e XIX.

O autor esclarece que os novos princípios introduzidos pelo direito canônico foram adotados e adaptados pelas autoridades políticas, servindo como modelo para os sistemas jurídicos seculares da Europa ocidental.

Ele alerta, entretanto, que o direito canônico não explica por si só o desenvolvimento da justiça retributiva centrada no Estado, sendo um exemplo disso a Inglaterra, que apesar de ter recebido uma influência bem menor do direito canônico do que o continente e de não ter utilizado um sistema jurídico inquisitorial, também desenvolveu um sistema de direito penal cujo poder condutor foi atribuído ao Estado.

Ele pondera que considerando as tendências sociais e a necessidade do surgimento de nações-Estado, talvez a justiça trilhasse esse mesmo caminho sem a existência do direito

canônico. No entanto, o padrão oferecido por essa adaptação do direito romano ofereceu, na opinião do autor, técnicas e conceitos importantes que foram utilizados por autoridades políticas para consolidar as suas posições.

Dessa forma, o autor conclui que embora a justiça estatal tenha despontado muito cedo na história da civilização ocidental, com alguns de seus elementos podendo ser identificados no Código de Hamurabi e nas reformas jurídicas de Sólon na Grécia Antiga, somente nos últimos séculos ela passou a monopolizar a visão do crime na sociedade.

Enquanto a justiça comunitária significava a paz horizontal consensual, a justiça estatal passou a significar a “paz do rei”, sendo vertical, hierárquica, imposta e punitiva.

No entanto, o autor entende que a justiça estatal e a justiça comunitária não devem ser vistas como conceitos incompatíveis, mas sim como extremos de uma escala que apresenta muitas graduações entre elas.

Em um polo estaria a justiça comunitária “pura”, que envolve acordos negociados entre as partes interessadas.

Essa justiça se tornaria um pouco mais formal quando outras partes são envolvidas no processo, como árbitros ou notários, possivelmente designados pelas autoridades políticas.

As cortes de acusação são ainda mais formais, havendo nelas um papel específico para o Estado.

No final da escala estaria o modelo no qual o Estado assume o papel de vítima e a iniciativa da ação, bem como a sua discricionariedade e controle.

O autor afirma que a justiça comunitária da Europa no início da Idade Moderna tinha elementos de justiça estatal, os quais talvez tenham assegurado o seu bom funcionamento, pela ameaça que representavam caso o conflito não se resolvesse através da negociação.

No entanto, a partir de um determinado momento a justiça comunitária teria deixado de ser a opção para a maioria dos eventos que hoje chamamos de crime.

De acordo com o autor a justiça estatal já estava estruturada em muitos países europeus no final do século XVI, e os novos códigos legais da França, Alemanha e Inglaterra ampliaram as dimensões públicas de certas ofensas, bem como o papel do Estado.

Os códigos penais passaram a descrever transgressões e a indicar penas, algumas das quais extremamente severas, como a tortura e a morte.

O autor também acredita que a Reforma Protestante do século XVI pode ter incentivado as sanções punitivas administradas pelo Estado, pois Lutero endossava o seu papel como agente de Deus na administração de punições, enquanto que o calvinismo também conferia ao Estado um importante papel para a garantia da ordem moral.

Ele afirma que, no início do século XVIII, o Estado já exercia um poder absoluto de forma arbitrária e abusiva, com a coroa se declarando acima da lei ao aplicar torturas e penas severas não apenas para os criminosos devidamente julgados e condenados, mas também para os suspeitos e inimigos políticos.

Na segunda metade do século XVIII o monopólio da justiça pelo Estado teria se consolidado com a Revolução Francesa e com o Iluminismo, quando a lei é colocada acima dos governos e passa a ter fundamentos racionais. A tradição e a religião passam a ser vistas pelos iluministas como superstições ilógicas, sendo adotada uma forma jurídica secular baseada na lei natural e em princípios racionais.

Os pensadores iluministas passam também a formular novos conceitos de sociedade e de Estado com base em um contrato social implícito. Segundo eles, as leis deveriam refletir a vontade da sociedade em geral, cabendo aos governos o papel de articular e administrar essas leis.

O autor salienta que os abusos do poder do Estado absoluto poderiam ter ensejado um ataque ao pressuposto do Estado centralizado pelos reformadores iluministas do século XVIII.

Entretanto, o autor pondera que ao invés disso, os iluministas conceberam um Estado forte e lançaram as bases para um poder ampliado fundado em uma nova lógica representada pelo contrato social, e em novas responsabilidades estendidas para porções maiores da população e para o direito.

Já a Revolução Francesa, iniciada em 1789 e que se estendeu até o século seguinte, atacou os costumes e privilégios e procurou substituí-los por um conceito racionalizado de direito e um novo modelo de Estado, defendendo o fortalecimento do seu poder utilizando princípios iluministas.

Segundo o autor, os novos códigos penais adotados pelos governos revolucionário e napoleônico ilustram essa tendência, à medida em que deram ao Estado amplos poderes para iniciar as ações penais e se mostraram bastante punitivos, apesar de possuírem um fundamento mais racional e equitativo.

Dessa forma, ele conclui que os eventos dos séculos XVIII e XIX foram importantes para a formatação da atual justiça retributiva por ampliarem a legitimação e os mecanismos de exercício do poder pelo Estado.

O pensamento iluminista e a prática pós-iluminista teriam reforçado a tendência a definir as ofensas em termos de violação da lei, e não do dano real provocado. A intensidade de atuação da esfera pública em detrimento da privada se torna proporcional à gravidade dos danos. A ênfase iluminista do Estado como representante da vontade e do interesse populares facilita o seu posicionamento em substituição às vítimas efetivas, bem como a entrega a ele o monopólio das intervenções jurídicas.

Os pensadores do Iluminismo e da Revolução Francesa também não questionaram a ideia de que a dor deve ser aplicada como resposta a um mal cometido. Pelo contrário, ofereceram novas justificativas, instituindo diretrizes mais racionais para a administração da dor e novos mecanismos para a aplicação das punições.

A prisão se tornou o instrumento básico para a aplicação da dor, e dentre as várias razões que a justificaram, talvez a mais importante tenha sido a possibilidade de graduar o

tempo de pena conforme a gravidade da ofensa, permitindo dosar a punição em unidades de tempo, o que oferecia uma aparência de racionalidade e até mesmo de ciência para a aplicação da dor.

Ao mesmo tempo, por contarem com maior apoio popular os novos governos não tinham necessidade de realizar demonstrações públicas de punição para legitimar o seu poder, e as prisões ofereciam uma forma de administrar a dor a portas fechadas, refletindo a necessidade de esconder da comunidade esse aspecto difícil da vida.

Enquanto no início da Idade Moderna as formas de punição visavam o corpo (muitas vezes de modo brutal), com o uso da prisão se buscava atingir a alma, incentivar o arrependimento e a mudança de personalidade.

Também nos Estados Unidos, de acordo como autor, a justiça estatal triunfou a partir da metade do século XIX, com a ampliação dos poderes e da discricionariedade dos procuradores públicos, e o aumento da disponibilidade de penitenciárias. Até então prevaleciam outras formas de justiça como a mediação, a arbitragem e procedimentos cíveis. A restituição era uma forma popular de acordo principalmente para os crimes patrimoniais, e as vítimas desempenhavam um papel importante no processo.

Na sua visão, novos paradigmas emergem como uma tentativa de resolver os problemas mais prementes de uma sociedade ou cultura, e a evolução do sistema restaurativo para o retributivo envolveu uma mudança de paradigma, da forma de construir e de compreender a realidade. O grande desafio é entender qual teria sido o problema que o paradigma retributivo tentou solucionar.

Segundo o autor, algumas explicações focalizam a crescente complexidade e o anonimato da sociedade resultantes do crescimento populacional, do advento das cidades e da industrialização. Nesse contexto, os métodos tradicionais de solução de problemas talvez tenham deixado de funcionar adequadamente, tendo em vista a ausência de uma base comunitária.

Outras ressaltam a necessidade de controlar a turbulência social e reduzir os conflitos de classe, buscando-se formas de manter a ordem sem perturbar os padrões vigentes de desigualdade social e política.

Uma interpretação comum, segundo o autor, indica a necessidade de se controlar a vingança privada, concedendo-se ao Estado o legítimo monopólio da violência. No entanto, alguns historiadores questionam se a vingança estaria tão fora de controle, ou se as alternativas eram tão limitadas como tal explicação faz parecer.

O autor sugere que parte da resposta talvez se relacione à necessidade que os Estados emergentes tinham de legitimar, consolidar, monopolizar e exercer o poder.

1.3. As teorias sobre a pena

Conforme explica Bitencourt (2014, p. 131), “a concepção do direito penal está intimamente relacionada com os *efeitos que ele deve produzir*, tanto sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua”.

As teorias justificadoras da pena são classificadas em teorias absolutas, relativas e mistas, se diferenciado nas respostas que procuram apresentar à pergunta “para quê punir”.

As teorias absolutas, ou retributivas, concebem a pena como um castigo em retribuição ao mal causado pelo cometimento do delito, e têm como principais defensores Kant e Hegel, dois dos mais importantes pensadores do idealismo alemão.

Também de acordo com Bitencourt (2014, p. 136), Kant defende que o réu seja castigado simplesmente por haver delinquido, e não faz qualquer consideração quanto à utilidade da pena para o réu ou para os demais membros da sociedade, negando qualquer função preventiva da pena. Ele acredita que a lei de talião aplicada por um tribunal (e não pelo julgamento particular) seria o melhor critério para estabelecer o tipo e a quantidade da pena.

Já Hegel, de acordo com Bitencourt (2014, pp. 138-9), visualiza o delito como uma negação do Direito, e como a manifestação de uma vontade particular e irracional que deve ser extinta através da pena, cuja principal função seria compensar o delito e restabelecer a ordem jurídica quebrada.

A principal virtude das teorias absolutas de natureza retribucionista, segundo Bitencourt (2014, p.141), é o estabelecimento de limites à imposição de pena, como garantia do indivíduo em relação ao arbítrio estatal.

No entanto, seu enfoque é no passado, e elas concebem a pena como um fim em si mesma.

Já as teorias relativas (também chamadas de preventivas ou utilitaristas) se desenvolvem através do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, e justificam a pena como instrumento para a prevenção da prática do crime, e não para a retribuição das suas consequências.

Enquanto na lógica das teorias absolutas a pena é imposta como consequência do ato cometido de delinquir, nas teorias relativas a sua imposição visa evitar a recorrência do delito.

Dessa forma, a pena deixa de se justificar nos fatos passados, passando a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros, relacionados à prevenção de delitos.

A prevenção pode apresentar duas vertentes: a prevenção geral, que tem por destinatário a sociedade; e a prevenção especial, que tem por destinatário aquele que delinuiu.

Essas duas vertentes se subdividem em função da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas.

A teoria da prevenção geral negativa (ou intimidatória) visa dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça da pena, intimidando e exercendo uma espécie de coação psicológica sobre os indivíduos, e tem como defensores Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Embora essa teoria possa ser aceitável

quando aplicada ao homem médio que pensa e age racionalmente, uma crítica que se faz a ela diz respeito à sua ineficácia em relação ao delinquente patológico.

A teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, visa reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social, procurando infundir em sua consciência a necessidade do respeito a determinados valores, promovendo comportamentos socialmente desejáveis.

Já a teoria da prevenção especial dirige-se ao indivíduo que delinuiu, e seu objetivo é evitar que ele reincida na prática criminosa.

A teoria da prevenção especial positiva busca viabilizar a reinserção do delinquente na sociedade, enquanto a teoria da prevenção especial negativa é direcionada para a neutralização e o isolamento do delinquente perigoso.

As teorias mistas (ou unificadoras) tentam combinar os principais aspectos das teorias absolutas e relativas, e foram iniciadas por Merkel no começo do século XX.

Sua orientação se baseia na diferença entre o fundamento (que deve ser o delito ou fato praticado) e a finalidade da pena (que é a proteção à sociedade).

Nesse sentido, Mirabete (2005, p.245) enfatiza que as teorias mistas (ou ecléticas) entendem que a pena, por sua natureza, é retributiva (possuindo um aspecto moral), e que sua finalidade não se limita à prevenção, mas também a um misto de educação e correção.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A expressão “restorative justice” acabou prevalecendo em português como “justiça restaurativa”, embora alguns autores como Pinto (2007) entendam que talvez tivesse sido mais indicada a expressão “justiça restauradora”.²⁴

Uma definição para a justiça restaurativa muito citada na literatura é aquela apresentada por Marshall (1996), segundo a qual trata-se de "um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma ofensa se reúnem para discutir e resolver coletivamente como lidar com as suas consequências práticas e implicações para o futuro".²⁵

Jaccoud (2005, p. 169), por sua vez, explica que a justiça restaurativa “é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a este”.²⁶

Já Mirsky (2003) ensina que o pioneiro na utilização do conceito teria sido o psicólogo norte-americano Albert Eglash, que ao trabalhar com adultos e adolescentes envolvidos com a justiça criminal teria constatado que o sistema judiciário carecia de humanidade e efetividade.²⁷

Como alternativa para aquele sistema, Eglash teria desenvolvido e promovido o conceito de restituição criativa, pelo qual um ofensor, sob supervisão, é auxiliado a encontrar formas de oferecer uma compensação às vítimas de seus atos, e a auxiliar outros ofensores.²⁸

²⁴ PINTO, Renato S. G. A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de Justiça criminal. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 12, n. 1432, 3/6/2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9878>>. Acesso em: 22/9/2017.

²⁵ MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. In: European Journal on Criminal Policy Research, vol. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996.

²⁶ JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO R de; PINTO, R.G. (orgs.). Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

²⁷ MIRSKY, Laura. Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices. International Institute for Restorative Practices, 2003. Disponível em <<https://www.iirp.edu/eforum-archive/4292-albert-eglash-and-creative-restitution-a-precursor-to-restorative-practices>>. Acesso em: 22/9/2017.

²⁸ de acordo com a autora, essa experiência é descrita em EGLASH, Albert. Creative restitution: some suggestions for prison rehabilitation programs. American Journal of Correction, 20, 1958, pp. 20-34.

Posteriormente Eglash empregou o termo “restorative justice” em um artigo publicado em 1959.²⁹

Em um outro artigo publicado em 1977, Eglash relaciona a existência de três respostas possíveis ao crime: a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação.³⁰

No entanto, os fundamentos conceituais da justiça restaurativa foram consolidados por Howard Zehr no livro Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça, lançado nos Estados Unidos em 1990, sendo essa uma das fontes mais citadas atualmente pela maioria daqueles que escrevem sobre o assunto.

Posicionada por Zehr (2008, p. 64) como “um novo foco sobre a Justiça e os crimes”, a abordagem restaurativa para a solução de conflitos se baseia em princípios desenvolvidos a partir das críticas feitas ao sistema de justiça penal tradicional, através do qual o Estado exerce o seu poder máximo de violência e coerção.

A sua implementação ocorre através da utilização de um conjunto de práticas direcionadas para a resolução comunitária de problemas, derivadas de tradições ancestrais, que visavam manter a coesão e a pacificação social, através do estabelecimento de um acordo restaurativo entre o ofensor e a vítima baseado na proporcionalidade e na razoabilidade das obrigações assumidas.

2.1. Os paradigmas da justiça

No entendimento de Zehr (2008, pp. 80-90), os paradigmas são as lentes através das quais compreendemos os fenômenos, e que determinam a forma como resolvemos problemas, moldando a nossa abordagem no mundo físico, social, psicológico e filosófico.

²⁹ EGLASH, Albert. Creative restitution: its roots in psychiatry, religion and Law. The British Journal of Delinquency, Vol. 10, nº 2 (October, 1959), pp. 114-119.

³⁰ EGLASH, Albert. Beyond restitution: creative restitution. In: HUDSON, Joe; GALAWAY, Burt. Restitution in criminal justice. Lexington, Mass. (EUA): D.C. Heath, Lexington Books, 1977.

Dessa forma, os nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge a eles parece absurdo.

O autor visualiza a concepção retributiva da justiça como um paradigma, uma construção da realidade, uma forma específica de organizá-la, e alerta que embora tenham qualidades, os paradigmas também criam armadilhas.

Ele ressalta que embora todos os dias aconteçam muitos conflitos que causam danos, a maioria deles é tratada de modo informal ou extrajudicial, sendo que apenas uma pequena parte dessas ocorrências são encaminhadas para o sistema judicial, que se apresenta como uma das muitas maneiras de resolver disputas e danos.

Dentre os poucos casos tratados pelo sistema judicial, o autor argumenta que a maioria encontra-se na esfera do direito civil, onde recorrer à ação judicial fica a critério dos envolvidos, que podem abandonar o processo se e quando quiserem encontrar uma solução consensual.

O autor prossegue afirmando que o processo civil não segue regulamentos tão severos como o processo penal pelo fato do seu foco recair no acordo entre as partes, e não na perda da liberdade ou da vida. Pelo mesmo motivo, a culpa é definida por critérios menos estritos. O que se discute são questões de responsabilidade e obrigações ao invés de culpa, sendo possível haver vários graus de responsabilidade. Com isso o processo civil geralmente leva a alguma forma de indenização, em oposição ao que ocorre nos processos de âmbito criminal.

Conseqüentemente, apenas uma fração mínima das disputas chega ao direito penal, onde vigora um conjunto totalmente diferente de pressupostos e conceitos.

O autor ressalta que a decisão de encaminhamento dos conflitos para a justiça criminal segue critérios bastante arbitrários, sofrendo a influência de fatores como status social, raça e etnia da vítima e do ofensor, assim como as prioridades e a carga de trabalho do promotor, da polícia e dos tribunais.

Ao mesmo tempo, segundo o autor as definições de crime variam no tempo e no espaço muitas vezes de forma também bastante aleatória, sendo que aquilo que classificamos como “crime” ocupa uma pequena ponta de uma pirâmide de danos e conflitos.

Dessa forma, o paradigma retributivo vigente atualmente no processo penal molda a percepção daquilo que pode e deve ser feito, e faz com que a punição seja vista como o resultado apropriado para a ofensa, em lugar do acordo ou da solução. A responsabilidade é absoluta, sendo vista em termos de culpa ao invés de dívida, e os resultados da ação são impostos com pouca participação da vítima e do ofensor.

O autor enfatiza que os paradigmas mudam ao longo do tempo conforme se modificam a forma como construímos a realidade, destacando que o modelo retributivo contemplava punições severas quando começou a ser aplicado, independentemente da severidade do delito cometido, e que a pena passou a ser proporcional ao crime a partir do Renascimento, tornando-se mais suportável através da aplicação do princípio da racionalidade.

Com isso as prisões se multiplicaram para viabilizar a aplicação de penas de privação de liberdade proporcionais à gravidade do crime.

Já a reabilitação prevaleceu, segundo o autor, nos esquemas de sentenciamento da primeira metade do século XX e trouxe um novo princípio penal, embora caísse em descrédito na década de 1960, sendo substituída pela filosofia da justa punição que fundamenta as leis que prevalecem atualmente de sentenciamento obrigatório e determinado.

Na opinião do autor, a busca de penas alternativas à privação de liberdade, através da criação de novas formas de punição menos dispendiosas e mais atraentes do que a prisão, representa uma tentativa de remendar o paradigma atual, embora os pressupostos que fundamentam a punição continuem sem questionamento.

Ele lembra que somente nos últimos séculos o paradigma retributivo se firmou como modelo de justiça, sendo que outros modelos predominaram ao longo da maior parte da história do Ocidente, e que a vitória desse modelo não representa necessariamente uma melhoria.

O autor sugere que os fracassos são consequência da lente através da qual enxergamos o crime e a justiça, que constitui uma construção da realidade (paradigma) bastante específico.

2.2. A reação da sociedade ao ato criminoso

De acordo com Zehr (2008, pp. 61-79), o entendimento pelos juízes a respeito do que deve ser feito como resposta ao crime é bastante diversificado.

Entretanto, independentemente de uma postura mais conservadora que exija a punição rápida, inescapável e dura, reprove leis que protegem os direitos dos ofensores e enfatize a decisão de cometimento do crime enquanto minimiza as circunstâncias, ou mais liberal que revele uma maior preocupação com os direitos dos ofensores e com as circunstâncias que levaram ao crime, o autor identifica alguns elementos básicos que, segundo ele, normalmente constituem a reação da sociedade a um ato criminoso.

O primeiro elemento indicado pelo autor é a identificação da culpa como núcleo de todo o processo penal, e sua tendência de focalizar o passado.

Dessa forma, a compreensão do que aconteceu e a identificação de quem agiu apresentam maior importância do que a definição do que fazer para resolver os problemas que levaram à ofensa e que foram causados por ela.

Além disso, o ofensor provavelmente se sentirá ainda mais inseguro se perceber que poderá ser acusado por algo muito diferente daquilo que fez, e eventualmente pode ser aconselhado a declarar inocência, passando a acreditar que de fato não é culpado.

Uma vez estabelecida a culpa, o autor argumenta que ela adere ao ofensor de forma permanente, tornando-se uma característica primária que o definirá enquanto indivíduo. Dessa forma, ele sempre será um ex-presidiário, um ex-criminoso, e essas características passam a fazer parte da sua identidade, sendo de difícil superação.

O cometimento do delito definirá as suas possibilidades de emprego, o seu potencial profissional e as suas perspectivas futuras, que serão assim determinadas pela culpa, independentemente dele possuir outros atributos, e de já ter liquidado a sua dívida com a sociedade através do cumprimento da pena.

Apesar dos ofensores serem permanentemente confrontados com a terminologia da culpa, o autor argumenta que lhes são negadas a linguagem e a clareza de significado que permitiriam compreender plenamente o que aconteceu.

Segundo o autor, isso se deve ao fato dos diversos conceitos de culpa utilizados no sistema jurídico ocidental estarem baseados na crença do indivíduo enquanto agente livre e responsável pelos seus atos, de forma que se alguém cometeu um crime, o fez porque quis, justificando o merecimento da punição.

No entanto, o autor argumenta haver abundante evidência de que os ofensores muitas vezes não agem livremente, e que não são capazes de relacionar um comportamento e suas consequências.

Definida a culpa, presume-se que os ofensores devam receber o justo castigo. Dessa forma, o crime cria uma dívida moral, e a justiça tenta reestabelecer o equilíbrio, definindo as condições para o seu pagamento.

Por esse motivo, o autor indica que o segundo elemento utilizado pela sociedade em reação ao crime é a realização da justiça através da imposição da dor, afirmando que ao invés de se concentrar no mal que foi feito, a justiça tende a focar em abstrações e a pressupor que o necessário para acertar as contas é conhecido e atingível através de uma punição.

Já os ofensores são levados a crer que, ao aceitar a punição, estarão pagando a sua dívida com a sociedade, o que segundo o autor é relativo, pois o pagamento é abstrato, não havendo um reconhecimento público ao término da pena.

Ao mesmo tempo esse pagamento não traz benefícios para a sociedade, que inflige dor ao ofensor mesmo sabendo que ela pode ser irrelevante para as necessidades da vítima ou para a solução dos problemas criados pela ofensa.

Isso porque fomos educados para acreditar que a humilhação e o sofrimento são da natureza da justiça, e que o mal deve ser contido pela violência, e não através do amor e da compreensão.

A gravidade das consequências da punição é o motivo que, segundo o autor, faz com que os ofensores relutem em admitir a verdade, e com que sejam necessárias diversas salvaguardas aos seus direitos.

Nesse sentido, o autor argumenta haver evidências de que a pena de morte acaba estimulando o crime ao invés de coibi-lo, por levar a algumas pessoas o entendimento de que aqueles que erram merecem morrer, e de que matar não é errado.

O terceiro elemento citado pelo autor como sendo utilizado pela sociedade em reação ao crime é a supremacia do processo na definição da justiça.

Ele argumenta que, em muitos países, o procedimento recursal demonstra a precedência do processo sobre o mérito da causa.

Isso porque a maioria das apelações geralmente tratam da não observância do procedimento correto, sendo que apenas em circunstâncias especiais se pode recorrer das sentenças no que diz respeito ao mérito ou aos fundamentos de fato, o que faz com que os tribunais superiores acabem não reexaminando as evidências do caso em si.

Em virtude da natureza adversarial do processo, se pressupõe e fomenta a existência de um conflito de interesses irreconciliável entre as partes, assim como a ideia de que, à medida em que os seus direitos sejam assegurados, a verdade emergirá como resultado da regulação. Dessa forma, o foco da justiça recai sobre a isonomia do processo, e não sobre as circunstâncias de fato. No entanto, o autor argumenta que a busca de um tratamento igual para

os desiguais resulta na manutenção das desigualdades sociais e políticas previamente existentes.

O quarto elemento citado pelo autor que seria utilizado pela sociedade em reação ao crime é a sua definição como violação da lei e ofensa contra o Estado.

Isso porque, ao julgar um crime, a justiça recorre a definições técnicas e estritas do ato praticado que representa uma violação da lei, não se preocupando com o dano efetivamente causado ou com a experiência vivida pela vítima e pelo ofensor. O contexto do ato só é considerado no limite das suas implicações legais, e o Estado assume o papel da vítima no processo judicial, cabendo somente a ele reagir.

Ao mesmo tempo, a impessoalidade e abstração do Estado tornam o perdão e a clemência praticamente impossíveis, e fazem com que as vítimas e suas necessidades sejam deixadas fora do processo.

Não há, dessa forma, uma preocupação com a reconciliação entre a vítima e o ofensor, à medida em que o relacionamento entre eles não é visto como um problema importante.

O autor conclui que o modelo retributivo de justiça é a fonte de muitos dos problemas sociais atuais, e que quaisquer mudanças só se tornarão efetivas a partir do momento em que os seus pressupostos sejam questionados.

2.3. A preocupação com as consequências do crime para a vítima

Zehr (2008, pp. 19-32) desenvolve a sua crítica ao sistema judiciário contemporâneo argumentando que na maioria das vezes as vítimas não podem influenciar o modo como o caso será decidido, e que geralmente elas apenas são lembradas quando se tornam necessárias como testemunhas.

Dessa forma, além de não atender às necessidades das vítimas, o autor argumenta que essa negligência agrava a sua dor, e dificulta o encerramento definitivo da experiência e a superação do trauma causado pelo crime.

Isso porque as consequências psicológicas do crime podem ser mais graves para a vítima do que as perdas físicas experimentadas, uma vez que grande parte da devastação que o crime provoca sobre ela relaciona-se, segundo o autor, à perturbação que ele exerce sobre dois pressupostos fundamentais nos quais calcamos as nossas vidas: de que o mundo é um lugar ordenado, compreensível e previsível; e de que somos dotados de autonomia em relação às nossas vontades.

O autor pondera que enquanto para certas vítimas a reafirmação do sentido de autonomia quebrado pela experiência do crime ocorre de maneira menos traumática, para outras o processo passa pela criação de mecanismos de segurança ou outros modos de sentir que sua vida lhes pertence novamente, sendo que algumas o fazem exigindo vingança através da punição.

Seria comum também a vítima desenvolver um sentimento de culpa após o crime, passando a questionar por quê aquilo aconteceu com ela, e o que ela poderia ter feito para evitar a situação.

Por esse motivo, o autor entende que o processo de recuperação da vítima deveria envolver não apenas a indenização pelas perdas decorrentes do crime, mas também a obtenção de respostas satisfatórias a seis perguntas básicas:

- a) o que aconteceu?
- b) por que aconteceu comigo?
- c) por que agi daquela forma na ocasião?
- d) por que mudei minha forma de agir a partir da ocasião?
- e) como agirei se acontecer de novo?

f) o que esse acontecimento significa para mim e para as minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)?

Embora reconheça que algumas respostas só possam ser dadas pela própria vítima, o autor enfatiza que o ofensor pode ser fundamental para ajudá-la a esclarecer as duas primeiras perguntas, as quais podem ser cruciais para a recuperação.

Ainda segundo o autor, além de indenização e respostas, as vítimas precisam de oportunidades para expressar e validar as suas emoções (raiva, medo e dor), que são uma reação humana natural à violação do crime; e precisam também de empoderamento, através da restituição da autonomia pessoal que lhes foi subtraída.

2.4. O poder da crença e as consequências do crime para o ofensor

Zehr (2008, pp. 45-58) associa a eficácia dos instrumentos de coerção da criminalidade à crença pelos indivíduos das consequências de suas ações sobre o seu futuro, e pondera que a percepção das pessoas a respeito do seu poder de escolha é influenciada pela sua classe social.

O autor afirma que a maioria das pessoas que pertence a famílias das classes média e alta acredita que são os senhores de seus próprios destinos. Embora existam obstáculos, e a sorte e a providência desempenhem seu papel, essas pessoas acreditam que de fato possuem escolhas e algum poder real de determinar seu o futuro.

Por outro lado, muitas pessoas pobres acreditam que os acontecimentos se devem mais ao acaso do que às suas ações. Segundo o autor, ao se identificarem como perdedores esses indivíduos podem cometer crimes como forma de afirmação e empoderamento. Ao mesmo tempo, por acreditarem que não têm o poder de determinar seu futuro e que as coisas são fruto do acaso, eles dificilmente se sentirão coibidos pela ameaça de punição.

Dessa forma, o autor entende ser a falta de responsabilidade o motivo que leva o ofensor a transgredir, e afirma que quando uma punição é imposta a pessoas responsáveis, elas reagem com responsabilidade, enquanto que quando se impõe sanções a pessoas irresponsáveis, elas tendem a se tornar ainda mais irresponsáveis.

Para reverter esse processo, o autor destaca a necessidade do ofensor aprender que possui valor, poder e responsabilidade suficientes para tomar boas decisões; que precisa respeitar os outros e seus bens; e que pode lidar pacificamente com frustrações e conflitos.

Na opinião do autor, esse aprendizado seria facilitado caso ofensor fosse estimulado a formar uma compreensão daquilo que fez, a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e a tomar medidas para reparar os danos.

No entanto, como a natureza não participativa do processo direciona o seu foco para os erros cometidos pelo ofensor, desviando a atenção que deveria estar focada nos danos causados à vítima, o autor argumenta que raramente os ofensores são estimulados a analisar os verdadeiros custos humanos decorrentes dos atos que praticaram.

Na opinião do autor, talvez o sistema judicial agrave o problema ao centralizar o poder no procurador de justiça e no juiz, que em decorrência das diferenças educacionais e de status social, muitas vezes podem ser impedidos de desenvolver empatia por aqueles que são desprovidos de poder, sejam eles vítimas ou ofensores, apresentando baixa disposição para compreender perspectivas diferentes da sua.

O processo é guiado por um complexo labirinto de regras, que recebe a denominação técnica de “processo penal”, sendo concebido para proteger os direitos do ofensor e do Estado, mas sem necessariamente preocupar-se com os direitos da vítima. O seu desenvolvimento ocorre através do confronto entre um profissional que supostamente representa os interesses do ofensor – o advogado – e outro profissional que representa os interesses do Estado – o promotor de justiça.

O ofensor também se torna quase que um espectador no processo, uma vez que boa parte das decisões são tomadas por outros em seu nome, e ao final será decidido se ele é de fato culpado por um delito definido em lei, e o que será feito com ele.

O autor entende ainda que o juiz apresenta uma visão limitada e abstrata de responsabilidade quando indica, na sentença, a necessidade de se responsabilizar o ofensor

pelo ato praticado, determinando que ele seja punido e coagido através da prisão. Isso porque tal decisão não estabelece um vínculo intrínseco entre o ato praticado e as suas consequências, e dessa forma não contribui para que o ofensor se torne um indivíduo responsável.

Na maioria das vezes o ofensor será encaminhado para a prisão sem ter, segundo o autor, qualquer oportunidade de analisar os motivos que o levaram a praticar o crime, ou de desenvolver as suas habilidades interpessoais e a capacidade de lidar com situações construtivamente, as quais lhe serão exigidas no retorno ao convívio social.

O encarceramento é a reação normal ao crime nas sociedades contemporâneas ocidentais, tornando-se o primeiro recurso quando, na opinião do autor, deveria ser o último, seja no caso de crimes violentos ou de crimes patrimoniais.

Embora o objetivo da prisão seja inculcar padrões de comportamento não violento sobre os detentos, o autor enfatiza que, na prática, ela apresenta uma atmosfera que nutre e ensina a violência enquanto meio de sobrevivência, de solução de problemas e de comunicação.

Com isso, ao mesmo tempo em que o criminoso chega à prisão por não saber como se autogovernar e conduzir a sua vida de forma legítima, paradoxalmente a experiência do encarceramento irá agravar essa situação, e acabar com o pouco de autoestima, autonomia e poder pessoal que lhe restam.

O autor relaciona três possíveis reações dos ofensores ao encarceramento: a submissão, a rebelião e a ardileza.

Segundo o autor, o ambiente carcerário é estruturado com o objetivo de desumanizar, fazendo com que os prisioneiros recebem um número, um uniforme e pouco ou nenhum espaço pessoal, e que sejam privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e assumir responsabilidades.

Assim, enquanto estiver preso o indivíduo se tornará submisso e dependente do Estado, não tendo que pagar aluguel, gerenciar o seu dinheiro ou manter uma família. O foco do ambiente é a obediência e o condicionamento para aceitar ordens.

O autor argumenta que essa situação dificilmente proporcionará uma transição bem sucedida para a liberdade exterior; que as habilidades de sobrevivência do ofensor ao sair provavelmente serão ainda mais precárias do que eram quando ele ali chegou; e que muitas vezes aqueles que melhor se adaptam às regras da prisão são os que pior se adaptarão à vida na comunidade após serem soltos.

Segundo o autor, isso talvez ajude a explicar o fato de certos indivíduos, após cumprirem penas longas, cometerem novos crimes logo após serem libertados para poder retornar ao lugar onde se sentem em casa, por preferirem estar em um lugar onde conhecem as habilidades necessárias para sobreviver do que ter que enfrentar os perigos da vida exterior.

A rebelião é uma segunda reação dos detentos identificada pelo autor diante da pressão para obedecer, exteriorizando uma tentativa da retenção de algum sentido de individualidade.

O autor atribui à baixa autoestima e à falta autonomia pessoal da maioria dos criminosos o fato de pequenas brigas e conflitos dentro da prisão frequentemente resultarem em uma violência extrema, que pode acabar em morte.

Já a terceira reação identificada pelo autor é a ardileza, que ocorre quando os detentos mantêm a aparência de obediência, enquanto encontram formas de conservar a sua liberdade pessoal em algumas esferas. Ele enfatiza que a manipulação é um comportamento normal no ambiente carcerário, sendo também utilizada pelas autoridades para gerenciar os prisioneiros. Dessa forma, o transgressor vivencia na prisão um padrão distorcido de relacionamentos interpessoais, onde o principal objetivo passa a ser a dominação sobre os outros, utilizando a violência quando necessário.

Por todos esses aspectos, o autor conclui que talvez a prisão consiga proteger a sociedade do condenado durante algum tempo, mas no final ele sairá bem pior do que entrou, e enquanto estiver lá dentro talvez se torne uma ameaça para os outros internos.

Da mesma forma, ele considera questionável a suposição de que a prisão desestimula a prática de crimes similares, argumentando que a ameaça do encarceramento não mais assustará o ofensor após ele descobrir que consegue sobreviver naquele ambiente.

E afirma que a prisão não desestimula pessoas pobres e marginalizadas, que já encaram a vida em liberdade como uma espécie de prisão, de forma que o efeito da sentença acaba sendo simplesmente de substituir um tipo de confinamento por outro.

No que se refere aos sentimentos do ofensor, o autor conclui que o ódio e a violência que serão cultivados na prisão substituirão o pesar e o arrependimento que ele possa ter sentido em algum momento.

2.5. A busca da cura pelo ofensor e pela vítima

Zehr (2008, pp. 167-202) enfatiza que tanto o ofensor como a vítima precisam de cura, e que as condições necessárias para o seu alcance são o arrependimento e o perdão.

O autor argumenta que perdoar não significa esquecer, nem minimizar as consequências da ofensa, mas sim encerrar a experiência, anulando o poder exercido pela ofensa e pelo ofensor, o que transforma a vítima em sobrevivente.

Embora manifestações de responsabilidade, pesar e arrependimento por parte do ofensor possam ser de grande ajuda para a vítima, ele argumenta que o apoio de outras pessoas e a experiência de justiça são fatores essenciais.

O autor atribui boa parte da raiva manifestada pelos ofensores à culpa, e alerta que essa raiva possui grande potencial destrutivo, seja em relação a si próprios, seja em relação a outras pessoas, ressaltando que o ofensor também precisa dessa vivência do perdão, pois ela o ajudará a encontrar uma solução para a sua culpa, a seguir adiante e construir uma nova vida, uma identidade saudável e um sentido de valor próprio.

Além disso, para que a culpa possa ser aliviada pela punição, que acabaria com a dívida, essa punição deveria ser percebida pelo ofensor como legítima e merecida, mas isso dificilmente ocorre na vida real.

Na opinião do autor, para voltar a ser uma pessoa íntegra o ofensor deveria poder confessar os seus erros, admitir a sua responsabilidade e reconhecer o mal que ocasionou, pois somente assim seria possível o verdadeiro arrependimento, a reconciliação com a vítima e o recomeço da vida.

No entanto, o autor conclui que a justiça criminal atual não contempla nenhum desses procedimentos e desestimula a reconciliação.

Isso porque os ofensores são incentivados a negar a sua culpa e a se concentrar na sua própria situação, e são mantidos separados das vítimas, o que realça a condição de adversários e desestimula a busca de um entendimento comum sobre a ofensa visando a sua solução.

2.6. A troca de lentes

Zehr (2008, pp. 167-202) entende que a lente atual através da qual enxergamos o crime e a justiça se fundamenta naquilo que é pouco usual e bizarro; que as regras criadas para essas exceções se tornaram a norma; e que embora alguns ofensores sejam tão perigosos que precisam ficar presos, e algumas ofensas sejam tão hediondas que requerem tratamento especial, a reação a esses casos especiais não deveria ser a norma.

De acordo com o autor, a abordagem deveria ser orientada para a identificação do que o crime significa e do que deveria acontecer normalmente, reconhecendo as necessidades impostas por algumas exceções.

Para ele o crime não deveria ser compreendido em termos abstratos como se faz atualmente, mas sim como nós o vivenciamos, ou seja, como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos; a partir desse entendimento, a justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo.

O autor sintetiza as diferenças entre as duas lentes da seguinte forma:

Tabela 2: O crime e a justiça sob as lentes retributiva e restaurativa³¹

Lente retributiva	Lente restaurativa
1. o crime é definido pela desobediência da lei e como uma violação ao Estado;	1. o crime é definido pelo dano à pessoa e como uma violação ao relacionamento;
2. os danos são definidos em abstrato;	2. os danos são definidos concretamente, devendo ser corrigidos;
3. o crime está em uma categoria distinta dos outros danos;	3. o crime está ligado a outros danos e conflitos;
4. o Estado e o ofensor são as partes no processo;	4. a vítima e o ofensor são as partes no processo;
5. as necessidades e direitos das vítimas são ignorados;	5. as necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central;
6. as dimensões interpessoais são irrelevantes;	6. as dimensões interpessoais são centrais;
7. a natureza conflituosa do crime é velada;	7. a natureza conflituosa do crime é reconhecida;
8. o dano causado ao ofensor é periférico;	8. o dano causado ao ofensor é importante;
9. a ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos.	9. a ofensa é compreendida em seu contexto total: ético, social, econômico, político.

O autor sugere que a troca da lente retributiva pela lente restaurativa exige que as três perguntas que dominam o sistema judicial ocidental atual - Que lei foi violada? Quem fez isso? O que ele merece? - sejam substituídas por:

- 1) quem sofreu o dano?
- 2) quais são suas necessidades?
- 3) quem tem obrigação de supri-las?
- 4) quais as causas?
- 5) quem tem interesse na situação?
- 6) qual o processo apropriado para envolver os interessados no esforço de tratar das causas e corrigir a situação?

³¹ reproduzida de Zehr (2008), pp.174-5.

Embora reconheça ser impossível garantir a recuperação total, o autor entende que a justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo possa começar, e afirma que as energias reparadoras deveriam tratar todas as dimensões do ato lesivo.

Dessa forma, na opinião do autor o primeiro objetivo da justiça deveria ser a reparação e a cura para as vítimas, o que não significa esquecer ou minimizar a violação, mas sim na utilização de um senso de recuperação visando encontrar uma forma de fechar o ciclo. Ao mesmo tempo em que a vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e que ela está segura e no controle, o ofensor deveria ser incentivado a mudar. Ambos deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura, portanto, abarca um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro.

A segunda preocupação da justiça, na opinião do autor, deveria ser sanar o relacionamento entre vítima e ofensor, promovendo a sua reconciliação. Isso significa pleno arrependimento e perdão, e envolve o estabelecimento de um relacionamento positivo entre ambos.

A justiça restaurativa trata do relacionamento vítima-ofensor, facilitando a sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre as suas necessidades.

Embora afirme que as experiências práticas sugerem que isso é possível, o autor reconhece que não seria realista esperar que a reconciliação aconteça em todos os casos.

E adverte que os participantes jamais devem sentir que estão sendo coagidos a se reconciliarem.

Mesmo que parcial, a cura do relacionamento é, segundo o autor, um passo importante para a cura individual, e embora não possa garanti-la nem forçá-la, ele entende que a justiça deveria oferecer a oportunidade para que a reconciliação aconteça.

Dessa forma, a justiça restaurativa visa promover a transformação das pessoas e dos relacionamentos em algo saudável, de modo que a violência não seja recorrente, e nesse sentido ela pode significar uma mudança ao invés do retorno à situação anterior.

A justiça deve começar identificando e tentando satisfazer as necessidades daqueles que foram violados, sendo que em muitos casos as necessidades mais prementes são de apoio e segurança. Depois surgem várias outras necessidades, como alguém que as escute, oportunidades para contar a história e ventilar os seus sentimentos repetidamente, e a possibilidade de partilhar o seu sofrimento.

O autor enfatiza que perdoar não significa esquecer, nem minimizar as consequências da ofensa, mas sim encerrar a experiência, anulando o poder exercido pela ofensa e pelo ofensor, o que transforma a vítima em sobrevivente.

Em algum ponto do processo as vítimas sentirão a necessidade de amparo, e ter a certeza que os outros concordam que aquilo que lhes aconteceu está errado e não era merecido. Precisam saber que algo foi feito para corrigir o mal e reduzir as chances de nova ocorrência. Querem ouvir os outros reconhecendo sua dor e legitimando sua experiência.

Ainda que represente a recuperação de perdas, o autor enfatiza que a verdadeira importância da restituição é simbólica, pois ela significa um reconhecimento do erro e uma declaração de responsabilidade. A correção do mal é uma forma de pagamento que poderá ser mais eficaz para promover a cura do que a retribuição.

Embora reconheça que a retribuição talvez seja melhor do que nada em termos de uma experiência satisfatória de justiça, o autor pondera que ela geralmente deixa um legado de ódio, e não ajuda a aplacar as hostilidades que dificultam a cura. Já o perdão trata sentimentos hostis, permitindo que vítima e ofensor assumam o controle de suas próprias vidas.

Além disso, enquanto a retribuição busca o equilíbrio rebaixando o ofensor ao nível em que a vítima foi colocada, a restauração busca elevar a vítima ao seu nível original, reconhecendo o seu valor ético.

Apesar de se presumir que a retribuição seja uma prerrogativa das vítimas, segundo o autor algumas pesquisas indicam que elas são muitas vezes favoráveis a penas reparativas que não envolvam encarceramento, e consideram a reabilitação do ofensor como algo importante, à medida em que promove o aumento da segurança e a prevenção de delitos futuros.

O autor enfatiza que, assim como as vítimas, também a comunidade tem necessidades e quer estar segura de que o ocorrido é errado, que algo está sendo feito a respeito, e medidas estão sendo tomadas para evitar a reincidência.

Isso porque o crime perturba o sentido de inteireza da comunidade, exigindo ações que possibilitem a denúncia da ofensa, a restauração da confiança e a reparação.

O autor esclarece que a ordem e a liberdade são dois extremos de um contínuo. Se, por um lado, a liberdade total seria caótica e insegura ao possibilitar que as pessoas façam qualquer coisa sem controles formais ou informais, por outro a ordem total seria alcançada pela perda da liberdade.

Dessa forma, estamos sempre indo e voltando da região média desse contínuo, buscando um equilíbrio entre liberdade e poder.

O autor entende que a ordem vem sendo mantida ao longo da história por controles informais (sistemas de crenças, pressões e obrigações sociais, recompensas de conformidade), e argumenta que presumir que a ordem deriva simplesmente da lei e da punição significa ignorar os laços que mantêm a sociedade unida.

Entretanto, ele pondera que não se pode viver em total segurança e simultaneamente manter alguns valores que são importantes, e que a liberdade é posta em risco quando as pessoas que tentam exercer sua vontade violando a liberdade dos outros não são responsabilizadas.

Daí a conclusão que a justiça deveria consistir na obrigação de alguém que prejudicou outra pessoa a corrigir o mal, levando os ofensores a compreenderem e reconhecerem o mal

que fizeram, e em seguida a tomarem medidas, ainda que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo.

O autor ressalta que tanto a punição como a reparação visam enviar uma mensagem. No caso da punição, a mensagem é “não cometa ofensas porque elas são contra a lei, e aqueles que fazem o mal devem sofrer”. Já no caso da reparação ou da restituição a mensagem é “não cometa ofensas porque elas prejudicam alguém, e aqueles que prejudicam os outros devem corrigir seu erro”.

Ele argumenta que o crime dá origem a uma dívida que precisa ser acertada, e que essa dívida permanece, independentemente de ter havido perdão ou não. Considerando que raramente um ofensor consegue compensar plenamente aquilo tanto ele como que a vítima perderam, o perdão, em sua opinião, representaria a suspensão da obrigação naquilo que não pode ser restituído.

Embora reconheça que as necessidades das vítimas sejam o ponto de partida para a justiça restaurativa, ele enfatiza que não se deve negligenciar as necessidades do ofensor e da comunidade.

Como muitas vezes há demora na identificação dos ofensores (ou eles jamais são identificados), ou eles se mostram incapazes de suprir muitas das necessidades da vítima, da comunidade e as suas próprias, o autor entende que o crime também gera obrigações para a comunidade, sendo uma responsabilidade social atender as necessidades que os ofensores não consigam suprir por si mesmos.

Além disso, o autor entende que a identificação e o tratamento das necessidades dos ofensores também é um elemento-chave da justiça restaurativa.

Ele ressalta que tais necessidades geralmente são amplas, a começar pelo questionamento de seus estereótipos e racionalizações a respeito da vítima e do evento, passando pelo aprendizado da responsabilidade, pela aquisição de habilidades laborais ou interpessoais, e por apoio emocional.

Muitas vezes precisam também aprender a canalizar a sua raiva e frustração de uma maneira mais apropriada, e de ajuda para desenvolver uma auto-imagem mais sadia e positiva, bem como para lidar com a culpa.

Assim como ocorre com as vítimas, segundo o autor os ofensores não conseguirão fechar o ciclo se essas necessidades não forem atendidas.

Considerando que os ofensores geralmente se comportam de maneira irresponsável, simplesmente dizer a eles o que vai acontecer incentivaria a manutenção desse comportamento.

Tabela 3: A responsabilidade sob as óticas retributiva e restaurativa³²

Lente retributiva	Lente restaurativa
1. os erros geram culpa;	1. os erros geram dívidas e obrigações;
2. a culpa é absoluta;	2. há graus de responsabilidade;
3. a culpa é indelével;	3. a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e reparação;
4. a dívida é abstrata;	4. a dívida é concreta;
5. a dívida é paga sofrendo punição;	5. a dívida é paga fazendo o certo;
6. a dívida com a sociedade é abstrata;	6. a dívida é com a vítima em primeiro lugar;
7. responder pelos seus atos aceitando o “remédio”;	7. responder pelos seus atos assumindo a responsabilidade;
8. presume que o comportamento foi livremente escolhido;	8. reconhece as diferenças entre a realização potencial e atual da liberdade humana;
9. livre arbítrio ou determinismo social.	9. reconhece o papel do contexto social nas escolhas sem negar a responsabilidade pessoal.

O autor adverte que a tendência das sociedades modernas em delegar a especialistas a solução dos seus problemas relacionados à saúde, à educação, à criação de filhos, e também aos males e conflitos que classificamos como crimes, acaba fazendo com que percamos oportunidades de aprender e crescer com aquelas situações.

No seu entendimento, a justiça restaurativa precisa ser vivenciada, não podendo simplesmente ser realizada por outros e notificada àqueles que foram envolvidos na ofensa.

³² reproduzida de Zehr (2008), pp.190-1.

O autor argumenta que não há sensação de justiça quando simplesmente se informa que ela foi feita, que a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, reconhecendo que embora nem sempre seja agradável vivenciar a experiência da justiça, isso dá a percepção de que ela existiu.

Dessa forma, a comunidade tem um papel fundamental a desempenhar na busca da justiça.

Tabela 4: As visões de justiça sob as óticas retributiva e restaurativa³³

Lente retributiva	Lente restaurativa
1. a apuração da culpa é central;	1. a solução do problema é central;
2. foco no passado;	2. foco no futuro;
3. as necessidades são secundárias;	3. as necessidades são primárias;
4. modelo de batalha, adversarial;	4. o diálogo é a norma;
5. enfatiza as diferenças;	5. busca traços comuns;
6. a imposição da dor é a norma;	6. a restauração e a reparação são a norma;
7. um dano social é cumulado ao outro;	7. enfatiza a reparação de danos sociais;
8. o dano praticado pelo ofensor é contrabalançado pelo dano imposto ao ofensor;	8. o dano praticado é contrabalançado pelo bem realizado;
9. foco no ofensor; ignora-se a vítima;	9. as necessidades da vítima são centrais;
10. os elementos-chave são o Estado e o ofensor;	10. os elementos-chave são a vítima e o ofensor;
11. falta informação às vítimas;	11. as vítimas recebem informações;
12. a restituição é rara;	12. a restituição é normal;
13. a “verdade” das vítimas é secundária;	13. as vítimas têm a oportunidade de “dizer a sua verdade”;
14. o sofrimento das vítimas é ignorado;	14. o sofrimento das vítimas é lamentado e reconhecido;
15. o Estado age em relação ao ofensor; o ofensor é passivo;	15. o ofensor tem participação na solução;
16. o Estado monopoliza a reação ao mal feito;	16. a vítima, o ofensor e a comunidade têm papéis a desempenhar;
17. o ofensor não tem responsabilidade pela resolução;	17. o ofensor tem responsabilidade pela resolução;
18. os resultados incentivam a irresponsabilidade do ofensor;	18. o comportamento responsável é incentivado;
19. rituais de denúncia e exclusão;	19. rituais de lamentação e reordenação;
20. denúncia do ofensor;	20. denúncia do ato danoso;
21. enfraquecimento dos laços do ofensor com a comunidade;	21. reforço da integração do ofensor com a comunidade;
22. o ofensor é visto de modo fragmentado: a	22. o ofensor é visto de modo holístico;

³³ reproduzida de Zehr (2008), pp.199-201.

ofensa o define;	
23. o senso de equilíbrio é conseguido pela retribuição;	23. o senso de equilíbrio é conseguido pela restituição;
24. o equilíbrio é alcançado rebaixando o ofensor;	24. o equilíbrio é alcançado soerguendo vítima e ofensor;
25. a justiça é avaliada por seus propósitos e pelo procedimento em si;	25. a justiça é avaliada por seus frutos ou resultados;
26. a justiça como regras justas;	26. a justiça como relacionamentos saudáveis;
27. ignora-se o relacionamento vítima-ofensor;	27. o relacionamento vítima-ofensor é central;
28. o processo aliena;	28. o processo visa reconciliação;
29. reação baseada no comportamento pregresso do ofensor;	29. reação baseada nas consequências do comportamento do ofensor;
30. não se estimula o arrependimento e o perdão;	30. estimula-se o arrependimento e o perdão;
31. procuradores profissionais são os principais atores;	31. vítima e ofensor são os principais atores, mas contam com ajuda profissional;
32. valores de competição e individualismo são fomentados;	32. valores de reciprocidade e cooperação são fomentados;
33. o contexto social, econômico e moral do comportamento é ignorado;	33. todo o contexto é relevante;
34. presume resultados em que um ganha e o outro perde.	34. possibilita um resultado do tipo ganha-ganha.

Ao tratar da existência de algum tipo de espaço para a punição no conceito de justiça restaurativa, o autor esclarece que qualquer tipo de punição deveria ser aplicado sob condições em que o nível de dor pudesse ser controlado e reduzido a fim de manter a restauração e a cura como objetivos, e argumenta que para o ofensor é doloroso assumir responsabilidades, as quais podem ser compreendidas como uma punição tão dolorosa quanto o isolamento em penitenciárias.

O autor conclui que compreender a retribuição e a restauração como mutuamente excludentes diminui as possibilidades de exploração de traços comuns e interesses mútuos entre aqueles que defendem uma e outra, além de obscurecer os elementos retributivos que podem ser parte de uma abordagem restaurativa.

2.7. A implantação do sistema restaurativo

Zehr (2008, pp. 167-202) ressalta que uma parte importante da justiça passa pela troca de informações sobre os envolvidos, sobre os fatos, sobre a ofensa, e sobre as necessidades;

que essa troca de informações idealmente deve acontecer em uma interação direta, que permita tratar do que aconteceu no passado e do que irá acontecer no futuro; e que os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos possíveis de serem quantificados e monitorados.

Segundo o autor, a mediação entre vítima e ofensor é uma abordagem que atende a esses critérios, sendo compatível com a abordagem restaurativa da justiça, embora deva atender a alguns pré-requisitos, quais sejam: os participantes precisam receber o apoio emocional necessário e estar dispostos a participar; é essencial um treinamento adequado dos mediadores; e tudo deve acontecer no momento certo.

Quando o contato direto entre vítima e ofensor não for viável, existe a possibilidade da utilização de vítimas substitutas, que segundo o autor é adotada em programas pioneiros no Canadá e na Inglaterra, o que pode ser útil em situações muito emocionais como no caso de crimes sexuais ou nos casos que ainda não foram resolvidos.

Segundo o autor, não faz muito tempo que a lei penal foi incorporada à sociedade ocidental utilizando o paradigma retributivo, mas seus pressupostos encontram-se em dissonância com o resto de nossas vidas em muitos aspectos.

Ele argumenta que diferentemente do direito penal, o direito civil define os atos lesivos em termos de dano e de obrigação, sem falar em culpa, o que resulta em acordo e restituição ao invés da punição, e permite uma graduação da responsabilidade sem que seja definida como derrota ou vitória.

O fato do Estado não assumir o papel de vítima no direito civil faz com que, segundo o autor, os participantes ganhem o centro do palco, mantendo significativo poder e responsabilidade ao longo do processo. Ao mesmo tempo, como os resultados não são primordialmente punitivos, as salvaguardas procedimentais são menos rígidas e os fatos relevantes menos circunscritos.

Dessa forma, o autor sugere que alguns casos poderiam ser deslocados do processo penal para um processo civil modificado.

Ele não apresenta a pretensão de desmontar o sistema retributivo, mas propõe o desenvolvimento de um sistema paralelo, mantendo a escolha de qual deles usar.

O autor enfatiza que os Conselhos Comunitários e outros programas de resolução de conflitos mostram-se bastante promissores, e representam uma forma de implementar de fato uma visão de justiça orientada para a resolução de problemas em comunidade.

Ele cita o exemplo do modelo japonês de justiça, onde o sistema criminal formal/adversarial convive com um segundo sistema menos formal/não adversarial, podendo fornecer um modelo.

Naquele país os casos podem sair do sistema jurídico formal em qualquer etapa do processo, e somente uma fração deles chega à denúncia. Uma quantidade ainda menor de casos passa por todo o processo acusatório resultando em encarceramento, e poucos condenados permanecem mais de um ano na prisão.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que possui um lugar para a máquina formal da justiça e para o Estado, o sistema japonês também guarda um lugar para a restauração, atribuindo papéis importantes à vítima e ao ofensor.

O autor enfatiza que os índices de condenação são altos, pois enquanto o complexo sistema jurídico punitivo da sociedade ocidental desestimula a confissão, o sistema nipônico parece fazer dele a norma.

Essa disposição dos ofensores em confessar e assumir a responsabilidade pode ser em parte cultural, mas também se deve ao entendimento de que, se confessarem, o resultado provavelmente se concentrará mais em compensação e correção do que em punição.

O autor conclui que os japoneses institucionalizaram os conceitos de arrependimento e perdão, e que o objetivo básico do processo criminal no Japão é corrigir, sendo esse o princípio que rege as decisões das autoridades.

Embora os ocidentais acreditem que um sistema tão tolerante não conseguiria coibir a criminalidade, o autor enfatiza que essa característica talvez seja em parte responsável pelos baixos índices de criminalidade no Japão.

Um outro desafio identificado pelo autor para a implantação da justiça restaurativa é como definir e tornar concreto o papel da comunidade no processo, uma vez que o paradigma retributivo está fortemente associado aos interesses e funções do Estado moderno.

O autor reconhece não existir um consenso sobre a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa a casos mais difíceis envolvendo assassinato, agressão familiar e estupro, mas entende ser o momento de explorar as suas possibilidades e limites.

Finalmente, o autor cita o caso da Holanda, cujos baixos índices de encarceramento desde a Segunda Guerra Mundial chamam a atenção dos pesquisadores. Segundo o autor, já existe evidência científica de que a relutância das autoridades locais em impor penas de prisão não se deve tanto a uma filosofia de sentenciamento, mas sim à recusa em infligir dor na forma de aprisionamento.

O autor conclui que a análise dos paradigmas da justiça pode contribuir para criar um sistema no qual a imposição de dor se torne o último recurso, e uma admissão de fracasso ao invés do fulcro da justiça.

2.8. A experiência da justiça restaurativa nos Estados Unidos e no Canadá

Uma das primeiras iniciativas de utilização da justiça restaurativa para a resolução de questões criminais é o Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VORP), que foi lançado no Canadá em 1974 e nos Estados Unidos em 1978.

Na primeira edição do seu livro, publicada em 1990, Zehr (2008, pp. 149-63) relata que já havia nos Estados Unidos mais de cem programas utilizando algum tipo de mediação vítima-ofensor, algumas dezenas deles no Canadá, e iniciativas semelhantes na Inglaterra, Alemanha, França, Finlândia e Holanda, todos utilizando uma combinação de elementos de mediação e de justiça reparadora dentro da estrutura da justiça criminal.

De acordo com o autor, o programa é desenvolvido através de uma organização independente e externa ao sistema de justiça criminal, mas que trabalha em cooperação com ele.

O seu procedimento consiste em encontros presenciais entre vítima e ofensor em casos nos quais foi dado início ao processo penal e o ofensor admitiu ser o autor do dano, quando são enfatizados três elementos: os fatos, os sentimentos e os acordos.

O encontro é facilitado e presidido por um mediador, sendo dada preferência a voluntários da comunidade. Ele é treinado para não impor as suas próprias interpretações ou soluções, estimulando que os participantes determinem os resultados dos encontros sem muita interferência externa.

As duas partes são incentivadas a contar as suas histórias, tendo a oportunidade de fazer perguntas e compreender a visão da outra parte, além de falar das implicações de sua experiência. Ao final desse processo as partes decidem o que será feito, e quando chegam a um acordo assinam um contrato que muitas vezes prevê uma restituição financeira, embora essa não seja a única possibilidade.

Os ofensores podem também se dispor a trabalhar para a vítima ou para a comunidade. Quando o incidente envolve pessoas que se conheciam antes do ato lesivo, o acordo pode especificar como irão se comportar mutuamente no futuro.

O autor enfatiza que esses encontros podem construir experiências importantes tanto para as vítimas como para os ofensores.

As vítimas ganham a oportunidade única de esclarecer as suas dúvidas e angústias, fazendo as perguntas que lhes estão perturbando. Também podem conversar sobre o que a ofensa significou para elas e para o ofensor, o que desfaz estereótipos e reduz o medo. Têm ainda a oportunidade de obter o ressarcimento dos seus danos e de contribuir para a decisão sobre como isso será realizado. Dessa forma, o VORP oferece uma oportunidade para a

expressão de sentimentos, a troca de informações e a recuperação de perdas, fortalecendo as vítimas.

Já os ofensores ganham a oportunidade de mostrar a sua verdadeira face para aqueles a quem causaram danos, de ouvir sobre as consequências de seus atos, e são motivados a assumir a responsabilidade direta pelo que fizeram. Isso lhes proporciona uma chance de fechar o ciclo emocional provocado pela ofensa agindo no sentido de retificar a situação e, se assim desejarem, expressar o seu remorso ou se desculpar junto à vítima. Ao se tornarem participantes do processo e não meramente expectadores, os ofensores podem também sair fortalecidos.

Embora os encontros para discutir a ofensa e sua resolução sejam o cerne do processo VORP, o autor enfatiza que importantes procedimentos acontecem antes e depois deles ocorrerem.

Antes do encontro a vítima e o ofensor são contatados separadamente, o que lhes permite expressar os seus sentimentos e necessidades, e decidir se querem participar. Caso resolvam participar é marcado o encontro, ocorrendo em seguida a fase de acompanhamento, quando um voluntário passa a monitorar o acordo, assegurando que ele está sendo cumprido e resolvendo os problemas decorrentes do descumprimento. Em alguns casos se promove também um encontro final entre a vítima e o ofensor para encerrar o caso após o cumprimento do acordo.

Embora a maioria dos casos sejam encaminhados ao VORP pela via judicial e os acordos se transformem em sentença (ou em parte dela), o autor ressalta que em alguns casos o VORP pode ser feito pela via policial, e que às vezes são as próprias vítimas ou os ofensores que procuram o programa.

Nos casos encaminhados pelas cortes os ofensores são colocados em liberdade condicional durante o cumprimento do contrato assinado.

De acordo com o autor, a maioria dos casos atendidos pelo VORP nos Estados Unidos e no Canadá referem-se a danos patrimoniais, sendo o furto ou o furto qualificado os mais

comuns, e argumenta que esses são delitos adequados para o VORP, pois enquanto o sistema judicial geralmente os considera crimes menos graves, as vítimas os vivenciam como um violento ataque pessoal. Dessa forma, o encontro com o ofensor oferece a oportunidade de compartilhar sentimentos, entender o que realmente aconteceu e conhecê-lo enquanto pessoa.

Ainda segundo o autor, crimes não patrimoniais envolvendo violência grave também são tratados pelo VORP em algumas localidades.

O autor menciona pesquisas que apontam que a gravidade do crime não determina a eficácia do processo; que cerca de metade do total de indicações resulta em encontro; que praticamente todos os encontros terminam em acordo; e que, ao contrário dos acordos de restituição não mediados, entre 80% e 90% dos acordos são cumpridos.

Também são mencionados depoimentos das vítimas que indicam a sua satisfação em participar do programa, por lhes proporcionar a oportunidade de obter respostas que eliminaram os temores e reduziram os estereótipos, e também de fornecer ajuda aos ofensores.

O autor conclui que aparentemente o VORP consegue oferecer algumas das condições necessárias para a cura das vítimas, dentre as quais o empoderamento, a obtenção de respostas para as dúvidas e de ressarcimento pelas perdas, e a conquista de uma sensação de segurança. As vítimas também revelam a importância, para elas, de fazer alguma coisa para ajudar a mudar o comportamento do ofensor.

Já os ofensores expressaram uma consciência maior em relação às vítimas como pessoas, sendo possível constatar uma mudança de atitude quantificável em alguns casos. Segundo o autor, há estudos que constataam uma redução nas taxas de reincidência dos ofensores que passam pelo programa.

O autor também menciona pesquisas indicando que a maioria absoluta das vítimas e dos ofensores que passaram pelo VORP entendiam que a justiça tinha sido feita no seu caso particular, no sentido de corrigir as coisas e responsabilizar os ofensores.

No VORP a comunidade é representada pelos mediadores voluntários e pelas organizações comunitárias que abrigam muitos dos programas.

As Conferências de Grupos Familiares da Nova Zelândia e os Círculos de Sentenciamento no Canadá proporcionam a oportunidade de um maior envolvimento dos familiares do ofensor no processo. Com isso passam a ser utilizados elementos da “vergonha integradora” que potencializam os resultados do processo.

Nesse sentido, o autor faz referência ao criminologista australiano John Braithwaite, que identifica a vergonha como uma das formas mais poderosas de controle social.³⁴

Zehr ressalta que Braithwaite identifica dois tipos de vergonha: a vergonha estigmatizante e a vergonha reintegradora.

Na abordagem do sistema judicial retributivo a vergonha seria estigmatizante, enviando uma mensagem que tanto o comportamento como a pessoa são maus, não havendo nada que possa ser feito para consertar a situação.

Isso torna difícil a reintegração do ofensor ao grupo social, e acaba até mesmo estimulando um novo comportamento ofensivo, uma vez que, ao sentir-se permanentemente rotulado como ofensor, só lhe resta buscar a companhia de outros transgressores.

Por outro lado, o autor argumenta que a vergonha reintegradora denuncia a ofensa mas não o ofensor, oferecendo um caminho de volta. Dessa forma, o ofensor pode reconquistar o respeito por si mesmo e a aceitação pela comunidade à medida em que reconhece o mal feito e toma ações para corrigir as coisas. Essa vergonha usa o mal feito como oportunidade para fortalecer o caráter do ofensor e a comunidade.

O autor conclui que as conferências de grupos familiares são um espaço para a aplicação positiva dessa vergonha, uma vez que, ao mesmo tempo em que os membros da família manifestam o seu desapontamento e raiva em relação ao comportamento do ofensor,

³⁴ BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. apud ZEHR, Howard. op. cit. pp. 246-7.

também afirmam o seu valor e os seus dons, o que resulta em estratégias que permitem ao ofensor assumir a responsabilidade de corrigir as coisas e se sentir apoiado no processo.

3. ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Preliminarmente à análise da utilização dos princípios da justiça restaurativa pelos tribunais brasileiros na execução penal, é importante verificar alguns aspectos relacionados aos princípios que norteiam o processo penal brasileiro, aos critérios para a fixação da pena, à sua finalidade, às espécies de pena e regimes de cumprimento, aos direitos e deveres dos condenados, à classificação dos condenados e individualização da pena, aos tipos de estabelecimentos penais no Brasil, e à crise do sistema prisional brasileiro.

3.1. Os princípios da pena, os critérios para a sua fixação e a sua finalidade

Masson (2009, pp.522-4) relaciona oito princípios que, em sua visão, norteiam o processo penal brasileiro:³⁵

a) legalidade (reserva legal): a tipificação do crime e a cominação da pena devem ser disciplinadas por lei vigente, não sendo admitida a sua definição em regulamento ou ato normativo infralegal; está previsto como cláusula pétrea pelo art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, também encontrando amparo no art. 1º do Código Penal;

b) anterioridade: a lei que tipifica o crime e define a pena a ele cominada deve ser anterior ao fato que se pretende punir; está previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal;

c) personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal: a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, alcançando pessoas alheias à infração penal (art. 5º, XLV da Constituição Federal); é possível, no entanto, que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, em decorrência da condenação, sejam estendidas aos sucessores e executadas contra eles até o limite do valor do patrimônio transferido;

d) inderrogabilidade ou inevitabilidade: a pena não pode deixar de ser aplicada, quando devida, salvo exceções legais;

³⁵ MASSON, Cleber R. Direito penal esquematizado – parte geral. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

e) intervenção mínima: a pena é legítima apenas nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido;

f) humanidade ou humanização das penas: a pena deve respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano, não podendo violar a sua integridade física ou moral; o Estado não pode dispensar tratamento cruel, desumano ou degradante ao preso, não sendo admitidas a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), a prisão perpétua, a condenação a trabalhos forçados, e as penas de banimento ou cruéis (Constituição Federal, art. 5º, XLVII);

g) proporcionalidade: a pena cominada deve ser proporcional ao crime praticado (Constituição Federal, art. 5º, XLVI);

h) individualização: a imposição da pena e o seu cumprimento devem ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o perfil do condenado (Constituição Federal, art. 5º, XLVI).

Ao tratar dos critérios para a fixação da pena, o caput do art. 59 do Código Penal estabelece que o juiz deve considerar, na sua definição, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, assim como os motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Aquele mesmo dispositivo legal indica a finalidade atribuída à pena no sistema jurídico brasileiro, ao estabelecer que a sua escolha (dentre as modalidades alternativas que eventualmente possam ser cominadas considerando o crime cometido), quantidade, regime inicial de cumprimento (quando se tratar de pena privativa de liberdade) e eventual substituição (quando cabível) deve se basear nos critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.³⁶

Greco (2015, pp.537-41) entende que essa redação representa a adoção de uma teoria mista em nossa lei penal, que unifica os critérios das teorias absoluta (calcados na retribuição

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940. Código Penal.

do mal cometido ao autor, desvinculando a finalidade da pena do seu efeito social) e relativa (fundamentada na prevenção).³⁷

Já a ressocialização do apenado parece estar inserida no critério preventivo adotado pelas teorias relativa e mista, uma vez que a sua finalidade é inibir o indivíduo que já delinuiu a reincidir na prática criminosa.

3.2. As espécies de pena e os regimes de cumprimento

As três espécies de pena definidas no art. 32 do Código Penal - privativas de liberdade, restritivas de direitos, e de multa - não deixam dúvidas que o paradigma retributivo encontra-se presente no sistema penal brasileiro.

Ainda de acordo com aquele diploma legal, as penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, de detenção (previstas no art. 33 do Código Penal) ou de prisão simples (prevista no Decreto-Lei 3688/41 - Lei das Contravenções Penais, devendo ser aplicada como sanção específica nos casos de contravenção penal).

Na opinião de Delmanto et alii (2010, p.210), com as duas grandes mudanças sofridas pelo Código Penal (Leis n° 6.416/77 e 7.209/84), restaram poucas diferenças entre as penas de reclusão e de detenção.³⁸

Jesus (2013, pp.567-8), por sua vez, diferencia a reclusão da detenção não só quanto à espécie de regime, como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média e mínima), à sequência de execução no concurso material (Código Penal, art. 69, caput), à incapacidade para o exercício do pátrio poder (art. 92, II), à medida de segurança (art. 97, caput), à fiança (Código de Processo Penal, art. 323, I) e à prisão preventiva (Código de Processo Penal, art. 313, I e II).³⁹

Bitencourt (2014, p.613), por sua vez, identifica cinco diferenças importantes entre a reclusão e a detenção: a) existe limitação da concessão de fiança às infrações punidas com

³⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

³⁸ DELMANTO, Celso et al. Código Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁹ JESUS, Damásio de. Direito penal – parte geral. 1º vol. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

detenção; b) enquanto a medida de segurança para a infração penal punida com reclusão será sempre detentiva, para o crime punido com detenção ela poderá ser convertida em tratamento ambulatorial; c) somente os crimes punidos com reclusão geram a incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela ou curatela; d) executa-se primeiro a reclusão, e depois a detenção ou prisão simples; e) influência nos pressupostos da prisão preventiva (art. 313, I do CPP).

Em seu art. 33, o Código Penal prevê três tipos de regimes para o cumprimento das penas privativas de liberdade:

a) regime fechado: quando a execução da pena deve ocorrer em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semiaberto: quando a execução da pena deve ocorrer em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto: quando a execução da pena deve ocorrer em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Cada um dos regimes de cumprimento da pena apresenta regras específicas, previstas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que visam a gradual reinserção do condenado na sociedade, buscando incentivar a sua recuperação e ressocialização, para que não cometa novos crimes.

Já as penas restritivas de direitos surgiram como alternativa para substituir as penas de prisão nos crimes de menor potencial ofensivo, visando estabelecer uma maior proporcionalidade entre a sanção e o crime cometido.

Elas são relacionadas no art. 43 do Código Penal, podendo consistir em:

a) prestação pecuniária;

b) perda de bens e valores;

c) limitação de fim de semana;

d) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; e

e) interdição temporária de direitos.

A pena de multa, de acordo com Delmanto (2010, p.260), “consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao fundo penitenciário determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa. Ela atinge, pois, o patrimônio do condenado”.

3.3. Os direitos e deveres dos condenados

Os presos podem tornar-se vítimas de excessos e discriminações ao serem submetidos ao regime penitenciário, tendo assim os seus direitos humanos violados.

A esse respeito, Mirabete (2002, p.114) esclarece que

Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.⁴⁰

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

São dessa forma proibidos os maus-tratos e castigos que, por sua crueldade ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e humilhante, atentam contra a dignidade da pessoa, sua vida, sua integridade física e moral.

⁴⁰ MIRABETE, Júlio F. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11/7/84. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Segundo Mirabete (2002, p.248), “a prisão não deve impor restrições que não sejam inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade”.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) trata dos direitos do preso entre os seus artigos 40 e 43.

Além do respeito à sua integridade física e moral, são direitos do preso (conforme o art. 41 da Lei nº 7.210/1984):

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - previdência social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Já os deveres do condenado estão relacionados no artigo 39 da Lei 7.210/1984, quais sejam:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal.

3.4. A classificação dos condenados e a individualização da pena

Mirabete (2002, p.50) esclarece que individualizar a pena significa dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para alcançar a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto.

O assunto é tratado no art. 5º na Lei de Execução Penal, que dispõe que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

De acordo com o item 26 da Exposição de Motivos da referida lei, a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva.

Essa classificação deve ser feita por uma Comissão Técnica de Classificação constituída em cada estabelecimento de execução penal, que também possui a responsabilidade de elaborar um programa individualizador da pena privativa de liberdade (artigos 6º e 7º da Lei de Execução Penal).

3.5. Os tipos de estabelecimentos penais no Brasil

A Lei de Execução Penal, em seu Título IV, define seis tipos de estabelecimentos penais no Brasil:

a) penitenciárias: destinam-se ao cumprimento da pena de reclusão em regime fechado;

b) colônias agrícolas, industriais ou similares: destinam-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto;

c) casas de albergados: destinam-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, e de pena de limitação de fim de semana;

d) centros de observação: destinam-se à realização de exames gerais e criminológicos, bem como de pesquisas criminológicas;

e) hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico: destinam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis;

f) cadeias públicas: destinam-se ao recolhimento de presos provisórios.

3.6. A crise do sistema prisional brasileiro

Já há algum tempo diversos pesquisadores e especialistas alertam que o sistema prisional tradicional não é adequado para promover a ressocialização dos apenados.

No entender de Thompson (2000, pp.12-3), “parece, pois, que treinar homens para a vida livre submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas”.⁴¹

Mirabete (2002, p.24) também apresenta uma visão crítica a respeito da execução penal:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves condições que existem no sistema social exterior [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção de estrutura social de dominação.

Já no entender de Chies (1997, p.10),

o sistema não recupera o criminoso, às vezes o especializa como delinquente (...) No outro polo, a sociedade que arca com todo o custo do sistema carcerário, não obtém dele benefício algum. É duplamente onerada, pelo ato criminoso em si e pela manutenção de um sistema ineficaz.

⁴¹ THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Bitencourt (2001, p.160) enfatiza que “é impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento”⁴², e ensina que

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a *reforma do delinquente*. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível *reabilitar* o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista: já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.⁴³

Dessa forma, ao invés de reabilitar o delinquente, o sistema penitenciário tradicional apresenta uma realidade violenta e opressiva que acaba reforçando os valores negativos do condenado, configurando-se como um dos maiores redutos de violência e violação dos direitos humanos da atualidade, conforme se pode constatar na síntese feita por Leal (1998, pp.87-8):

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arripio da Lei 7.210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento médico e odontológico são muito precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde os presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes; onde um condenado cumpre a pena de outrem, por troca de prontuários; onde diretores determinam o recolhimento na mesma cela de desafetos, sob o falso pretexto de oferecer-lhes uma chance para tornarem-se amigos, numa atitude assumida de público e flagrantemente irresponsável e criminosa?⁴⁴

Boa parte dos problemas que ocorrem atualmente no sistema prisional talvez estejam relacionados a determinadas ações do Estado brasileiro nos últimos anos, dentre as quais se pode mencionar a sanção da Lei nº 11.343/2006 (“Lei das Drogas”), o excesso de prisões provisórias, a opção dos juízes pelo regime fechado e as deficiências da estrutura prisional.

⁴² BITENCOURT, Cezar R. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴³ BITENCOURT (2014), p.610-1.

⁴⁴ LEAL, Cesar B. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

3.6.1. As consequências da nova Lei de Drogas

A Lei nº 11.343/2006, sancionada em 2006, tipificou as atividades de consumo e tráfico de drogas, estabelecendo penas distintas para essas duas práticas.

Ao usuário de drogas, tipificado como sendo aquele que apenas utiliza substâncias ilícitas para o seu próprio consumo, mas não as comercializa, foram estabelecidas penas leves como advertência, prestação de serviços comunitários ou medidas educativas.

Já para o traficante, tipificado como aquele que pratica atividades relacionadas à produção, distribuição e comercialização das drogas, foram estabelecidas penas que variam de 5 a 15 anos de prisão, mais multa.

Na lei anteriormente em vigor (Lei 6.368/1976), o traficante poderia ser condenado a penas de 3 a 15 anos de prisão.

Dessa forma, o aumento da pena mínima para o tráfico passou a impossibilitar a conversão da detenção em medidas alternativas, uma vez que isso só ocorre quando a pena mínima é inferior a 4 anos de prisão.

Com isso, enquanto antes da sanção da nova Lei de Drogas o Brasil possuía 47 mil presos por tráfico de entorpecentes, no final de 2014 esse número atingiu 138 mil, correspondendo a um de cada quatro presos.

Ao mesmo tempo, 64% das mulheres presas atualmente foram condenadas por crimes relacionados às drogas (tráfico e associação para o tráfico).⁴⁵

A Lei de Drogas transfere ao juiz a responsabilidade de enquadrar o acusado como usuário ou traficante, o que deve ser feito a partir da análise de oito critérios diferentes,

⁴⁵ BRASIL, Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 40. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 21/9/2017.

incluindo a natureza e a quantidade da substância que o suspeito carrega, bem como do contexto em que ele foi pego e os seus antecedentes.

Não se estabeleceu a quantidade como único critério de decisão porque isso faria com que os traficantes passassem a portar pequenas quantidades de drogas para evitar a prisão.

Por outro lado, em decorrência de decisões baseadas apenas no relato policial, muitas pessoas passaram a ser presas com pequenas quantidades de drogas, o que levanta a suspeita de que muitos dos presos sob acusação de tráfico que lotam os presídios seriam, na verdade, meros usuários de drogas.

3.6.2. O excesso de prisões provisórias

Conforme já foi mencionado, dos cerca de 622 mil indivíduos encarcerados atualmente no Brasil, cerca de 250 mil (40,1% do total), são presos provisórios.

Para tentar reduzir o risco de que a prisão provisória seja utilizada mais como regra do que como exceção, e que ela se torne uma forma de antecipar a execução da pena, o CNJ determinou, através da Resolução 213/2016, que seja realizada a audiência de custódia por um juiz até 24 horas após a prisão em flagrante, quando ele tem a oportunidade de avaliar o caso e decidir se a manutenção da prisão é necessária.

De acordo com informações disponibilizadas pelo o CNJ, desde a sua implantação até o mês de junho de 2017 foram realizadas no país 258.485 audiências de custódia, das quais 44,68% resultaram em liberdade, e 55,32% resultaram em prisão preventiva.⁴⁶

Considerando que a atual quantidade de presos provisórios é semelhante ao déficit de vagas no sistema prisional brasileiro, uma análise mais cuidadosa da real necessidade da prisão pode contribuir para a redução do problema.

⁴⁶ informação disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 21/9/2017.

3.6.3. A opção pela condenação ao regime fechado

O Código Penal estabelece, em seu art. 33, que nas condenações a menos de oito anos de reclusão o condenado não reincidente pode cumprir a pena no regime semiaberto ou aberto desde o seu início.

No entanto, a falta de vagas em estabelecimentos prisionais que oferecem os regimes semiaberto e aberto para o cumprimento de sentença pode estar induzindo os magistrados a estabelecer condenações iniciais no regime fechado, apesar das possibilidades oferecidas pela lei.

O Departamento Penitenciário Nacional conclui que esse mesmo motivo também pode estar fazendo com que presos continuem no regime fechado mesmo quando já teriam direito a progredir para o regime semiaberto.⁴⁷

3.6.4. As deficiências da estrutura prisional

As cadeias brasileiras precárias e superlotadas tornam praticamente impossível a implementação de políticas de ressocialização de presos no Brasil.

Nesses ambientes insalubres, o crime organizado encontra oportunidades para desenvolver as suas atividades.

Mesmo dentro das cadeias os membros das facções criminosas continuam tendo a oportunidade de planejar e coordenar suas atividades criminosas.

As prisões também oferecem a possibilidade do aliciamento de novos integrantes para essas facções, uma vez que, para garantir a sobrevivência, presos menos perigosos acabam se submetendo à hierarquia das gangues que controlam os presídios, e quando deixam o cárcere muitos desses indivíduos retornam ainda piores para o convívio social.

⁴⁷BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 43. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 21/9/2017.

Além disso, a estrutura física de grande parte das penitenciárias não possibilita uma separação adequada dos presidiários, e tampouco a promoção de atividades relacionadas à educação e ao trabalho visando promover a sua ressocialização.

4. A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA EXECUÇÃO PENAL

Conforme já foi exposto, enquanto o sistema judiciário brasileiro utiliza como fundamento o modelo punitivo retributivo, a justiça restaurativa procura romper esse paradigma ao sugerir que a pena tenha por objetivo recompor os prejuízos da vítima e recuperar o agente causador do dano.

Pinto (2007, p. 224) destaca que nos países do sistema baseados na *common law*, onde surgiu a justiça restaurativa, o sistema jurídico é mais receptivo à derivação de casos para a justiça restaurativa, principalmente pela discricionariedade do promotor em mover o processo segundo o princípio da oportunidade.

Segundo o autor, naquele sistema há “grande abertura para o encaminhamento de casos a programas alternativos mais autônomos, ao contrário do nosso, que era e continua sendo mais restritivo, em virtude do princípio da indisponibilidade da ação penal pública.”

Pinto (2007, pp. 227-8) prossegue enfatizando que

É forçoso reconhecer que, à primeira vista, o ato de um juiz desviar o curso legalmente previsto de um processo penal para um meio alternativo ou um promotor deixar de oferecer a denúncia, ou de propor uma transação penal ou uma suspensão condicional do processo e permitir que o procedimento seja conduzido num outro fórum gera uma crise constitucional que requer pronta intervenção para restaurar a força normativa da Constituição e o estado de legalidade democrática.

Afinal, existe todo um intrincado conjunto de normas indisponíveis de Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, expressos em princípios e regras cogentes e atrelados a direitos e garantias fundamentais indisponíveis e, também, ao interesse público, que seriam violados com semelhante conduta de tais autoridades, que inclusive se exporiam a consequências e sanções graves decorrentes de *error in procedendo et in judicando*, considerando-se que não há previsão explícita, na lei, da possibilidade de encaminhamento do processo e julgamento de uma infração penal a um procedimento alternativo com as características do processo restaurativo.

E os operadores do sistema estão vinculados a essas normas, que se expressam por princípios e regras inderrogáveis, tais como o do devido processo legal, que se não for observado, um outro princípio, ainda maior – o princípio da legalidade – estará também sendo violado, numa ruptura que o sistema responde com efetivos mecanismos de controle.

Já na opinião de Jesus (2008, p. 18), “não há na legislação brasileira dispositivos com práticas totalmente restaurativas”. No entanto, o autor pondera que “existem determinados diplomas legais que podem ser utilizados para a sua implementação, ainda que parcial.”⁴⁸

De qualquer forma, considerando que os juízes devem respeitar o princípio da legalidade expresso no caput do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual aos agentes da administração pública só é permitido agir dentro dos parâmetros definidos pelas leis, conclui-se que a utilização de procedimentos restaurativos depende, em primeiro lugar, da existência de previsão constitucional e infraconstitucional para a sua aplicação.

Ao mesmo tempo, o alinhamento institucional do Poder Judiciário em relação ao tema influenciará a utilização das práticas restaurativas pelos juízes nos tribunais.

4.1. As possibilidades da justiça restaurativa no contexto da legislação penal brasileira

4.1.1. A composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo nas infrações penais de menor potencial ofensivo e nos crimes contra idosos

A Lei nº 9.099/95 instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, que têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, englobando as contravenções penais e os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa (art. 61).

Já o art. 94 da Lei nº 10.741/03 (“Estatuto do Idoso”) prevê o procedimento da Lei nº 9.099/95 para os crimes contra idosos cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos.

De acordo com Sica (2009, p. 428), as infrações penais definidas pelas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01 (que dispõe sobre a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal) oferecem espaço para a aplicação do modelo de justiça restaurativa porque “já existe pré-disposição cultural para aceitar a solução consensual nesses delitos”.

⁴⁸ JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. vol. 1, n. 21, Brasília (DF): Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2008, pp.15-28.

A Lei nº 9.099/95 inova ao trazer a possibilidade da composição civil (arts. 72 e 74), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), fomentando o debate entre os autores que se dedicam ao estudo das possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no Brasil.

Pinto (2007, p. 224) entende que a possibilidade de conciliação e transação em casos que tratam de infrações penais de menor potencial ofensivo, prevista no art. 98, I da Constituição Federal, fez com que o princípio da oportunidade passasse a coexistir com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, abrindo uma janela para uma maior reflexão sobre a justiça restaurativa como política criminal.

Por outro lado, na opinião de Sica (2007, p.428),

(...) a transação penal e a conciliação previstas na Lei nº 9.099/95 não podem ser incluídas nos conceitos de justiça restaurativa e mediação, embora tenham natureza jurídica semelhante. Ambas foram concebidas apenas para obter um resultado célere e instrumentalizadas mais como formas mitigadas de punição do que de ampliação dos espaços de consenso e de participação do jurisdicionado na administração da justiça. A transação penal é apenas uma forma abreviada de aplicar pena sem a necessária verificação de culpabilidade e sem qualquer contrapartida de integração social e participação da vítima.

Os dispositivos do art. 79 da Lei nº 9.099/95 permitem ao juiz encaminhar o caso a um núcleo de justiça restaurativa, na fase preliminar ou durante o procedimento sumaríssimo, caso ela ainda não tenha sido tentada.

Já o instituto apresentado no art. 89 da Lei nº 9.099/95, da suspensão condicional do processo para crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano (como, por exemplo, nos casos de homicídio culposo, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, lesão corporal grave, extorsão indireta, apropriação indébita, estelionato, receptação simples, furto simples, e falsidade ideológica), apresenta outra abertura para práticas restaurativas, prevendo a reparação do dano (art. 89, § 1º, I) como condição do acordo, cujo cumprimento resulta na extinção da punibilidade.

Ainda em relação à suspensão condicional do processo, Pinto (2007, p. 226) afirma que

Revela notar que nesse caso – suspensão condicional do processo – amplia-se o elastério de crimes contemplados para serem alcançados os crimes de médio

potencial ofensivo, pois o instituto da suspensão não se limita apenas aos crimes de menor potencial ofensivo cuja pena máxima seja de 2 anos (ou 4 anos nos casos de delitos contra idosos). Um crime de estelionato, por exemplo, cuja pena varia de um a quatro anos, pode ser objeto de suspensão condicional do processo.

Ao invés de designar o interrogatório após receber a denúncia, o juiz pode delegar o caso para o ofício de mediação, que se incumbe de estabelecer o contato com as partes informando a possibilidade da negociação de uma solução, realizar as sessões de mediação e conduzir o diálogo que pode ou não resultar na reparação do dano, suficiente para a justiça penal homologar o acordo e decretar a extinção da punibilidade.

Sica (2009, p. 429) ressalta que nessa situação as demais condições de suspensão (comparecimento mensal em juízo, proibição de ausentar-se da comarca e outras) não poderiam ser aplicadas pelo juiz, “a não ser que as partes, livremente, acordassem alguma daquelas, concebidas como forma de reparação simbólica e de recomposição da paz jurídica.”

Ainda no que diz respeito à Lei nº 9.099/95, Pinto (2007, pp. 224-5) entende que nos crimes de ação penal pública (tanto condicionada como incondicionada) é possível a utilização do encontro para “se discutir uma sugestão de pena alternativa adequada, no contexto do diálogo restaurativo, além de outros aspectos da solução do conflito”.

Já segundo a opinião de Sica (2009, p. 428), nos crimes de ação penal privada e pública condicionada “abre-se uma oportunidade direta para a mediação ser incluída nas opções oferecidas às partes para conciliar-se ou discutir a reparação do dano, por se tratar de hipóteses em que a manifestação de vontade da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal.”⁴⁹

4.1.2. O perdão pelo ofendido nos crimes com ação penal de iniciativa privada

O Código Penal contempla, nos arts. 105 e 106, a possibilidade da concessão de perdão por parte do ofendido nos crimes que se processam mediante queixa.

⁴⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: n. 12, pp. 411-447, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28064>>. Acesso em: 22/9/2017.

De acordo com o inciso I do art. 106, o perdão poderá ser concedido pelo querelante no âmbito do processo ou fora dele, de forma expressa ou tácita.

Greco (2015, p.792) explica que

Diz-se *processual* o perdão do ofendido quando levado a efeito intra-autos, após ter sido iniciada a ação penal de iniciativa privada; *extraprocessual* quando procedido fora dos autos da ação penal de iniciativa privada; *expresso*, quando constar de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 56 do CPP); *tácito*, quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação penal por ele iniciada (art. 106, § 1º, do CP). (grifos do autor)

O art. 58 do Código de Processo Penal estabelece o prazo de três dias para que o querelado seja intimado a dizer se aceita o perdão, e cientificado de que o seu silêncio importa em aceitação.

De acordo com parágrafo único daquele mesmo artigo, a aceitação do perdão acarreta o julgamento da extinção da punibilidade pelo juízo.

No entanto, o inciso III do art. 106 do Código Penal prevê a possibilidade de recusa do perdão pelo querelado.

A esse respeito, Greco (2015, p.793) ensina que

O querelado, entendendo que não praticou qualquer infração penal, pode não aceitar o perdão, pugnando pelo regular andamento do processo, a fim de alcançar um provimento jurisdicional absoluto. Mesmo que seja essa a sua intenção, ou seja, mesmo que queira um julgamento definitivo dos fatos que foram levados ao crivo do Judiciário, não havendo aceitação do perdão pelo querelado, poderá o querelante gerar a extinção da punibilidade fazendo com que a ação penal seja considerada perempta, como na hipótese em que o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos.

4.1.3. A possibilidade do perdão judicial em crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa, e nos casos de colaboração premiada

A extinção da punibilidade através do perdão judicial está prevista nos arts. 107, IX e 120 do Código Penal, e conforme é destacado por Sica (2009, p.430), também pode representar uma ponte entre os modelos retributivo e restaurativo de justiça.

Entretanto, Greco (2015, p. 795) adverte que essa possibilidade “não se dirige a toda e qualquer infração penal, mas, sim, àquelas previamente determinadas pela lei”. O doutrinador lembra que, após intensa discussão sobre sua natureza jurídica, o STJ declarou, através da Súmula nº 18, que a sentença que concede o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

A forma de concessão do perdão judicial também suscita a dúvida se ele consiste em uma faculdade do juiz ou em um direito subjetivo do agente.

A esse respeito, Jesus (2013, p. 731) entende tratar-se de

um direito penal público subjetivo de liberdade. Não é um favor concedido pelo juiz. É um direito do réu. Se presentes as circunstâncias exigidas pelo tipo, o juiz não pode, segundo puro arbítrio, deixar de aplicá-lo. A expressão ‘pode’ empregada pelo CP nos dispositivos que disciplinam o perdão judicial, de acordo com a moderna doutrina penal, perdeu a natureza de simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder, sem fundamentação, aplicar ou não o privilégio. Satisfeitos os pressupostos exigidos pela norma, está o juiz obrigado a deixar de aplicar a pena.

As hipóteses positivadas para o perdão judicial estão limitadas a casos de homicídio e lesão corporais culposos cometidos sob condições muito especiais, e de colaboração premiada.

Dessa forma, § 5º do art. 121 do Código Penal estabelece que na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Já de acordo com o § 8º do art. 129 daquela mesma lei, aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

A concessão de perdão judicial para acusados que sejam primários e tenham colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal está prevista no art. 13 da Lei nº 9.807/1999, e estabelece como condições que a colaboração tenha possibilitado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada, e/ou a recuperação total do produto do crime.

O dispositivo determina também que a concessão do perdão judicial deverá levar em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Esse perdão judicial em decorrência de colaboração premiada também é previsto no art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que trata dos crimes praticados por organizações criminosas, não havendo neste caso a exigência de primariedade por parte do acusado.

Sica (2009, p. 430) destaca a necessidade de se “estabelecer novas hipóteses de perdão judicial, permitindo a mediação em crimes de maior gravidade e que exigem uma resposta mais solene.”

4.1.4. As medidas restaurativas para crimes relacionados ao consumo de entorpecentes

O art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (“Lei de Drogas”) determina medidas restaurativas para delitos relacionados ao consumo de substâncias entorpecentes, ao estabelecer que aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido a I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; e III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Os parágrafos 3º e 4º daquele artigo estabelecem que as penas previstas nos incisos II e III serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses, e de dez meses em caso de reincidência.

O parágrafo 5º estabelece que a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

De acordo com o parágrafo 6º, o juiz poderá submeter o agente que injustificadamente se recuse ao cumprimento das medidas socioeducativas a admoestação verbal e multa.

Já o parágrafo 7º estabelece que o juiz deverá determinar que o Poder Público coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

4.1.5. As medidas restaurativas nas infrações praticadas pela criança e pelo adolescente

Scuro Neto (1999, pp. 226-7) ensina que

Inspirado nas mais modernas concepções das Nações Unidas para a área de Justiça e de Direitos Humanos, a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente contém dispositivos que tornam perfeitamente compatível o ordenamento jurídico brasileiro com a recepção do modelo da Justiça Restaurativa.⁵⁰

De acordo com o art. 101 do Estatuto, desvios de conduta do adolescente podem ensejar a determinação, pelo juízo, da aplicação de medidas socioeducativas incluindo orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórios em estabelecimento oficial de ensino fundamental; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, entre outros.

Já a prática de ato infracional, que segundo o art. 103 da lei é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, ensejará a aplicação das medidas descritas no art. 101 caso o agente se trate de criança (que, de acordo com o art. 2º, é a pessoa com até doze anos de idade incompletos), ou das medidas descritas no art. 112 caso se trate de adolescente (pessoa de doze anos de idade completos a dezoito anos de idade incompletos), as quais podem incluir advertência, obrigação de reparar o dano cometido, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semi-liberdade, a internação em estabelecimento educacional, ou qualquer uma das medidas previstas no art. 101 (exceto as de acolhimento e colocação em família substituta).

O instituto da remissão, previsto nos arts. 126 a 128 da lei e aplicado a atos infracionais praticados por adolescentes, permite ainda a exclusão, suspensão ou extinção do processo judicial caso seja feita a composição do conflito de forma amigável. Ele pode também incluir

⁵⁰ SCURO NETO, Pedro. Modelo de justiça para o século XXI. In: Revista da Emarf. Rio de Janeiro: v.6, n.1 (ago.1999), pp.215-32. Disponível em <http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfv06.pdf>. Acesso em 3/9/2017.

a possibilidade de aplicação ao jovem infrator das medidas sócioeducativas previstas no art. 112 da lei, que variam desde uma advertência formal até a obrigação de reparar o dano, excluindo aquelas que implicam privação da liberdade.

Scuro Neto (1999, p. 227) esclarece que

Essa solução aplica-se em regra a jovens primários apresentados à Justiça pela prática de contravenções e/ou crimes considerados leves como furtos, posse de drogas, lesões corporais, danos, ou médios como porte de arma e roubo sem violência contra a pessoa, para exemplificar, correspondendo na prática à média de 70 a 80% dos casos atendidos.

A lei prevê, ainda, em seu art. 129, a possibilidade dos pais ou responsáveis serem encaminhados a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; a programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; a tratamento psicológico e psiquiátrico; e a cursos ou programas de orientação.

Estabelece ainda a possibilidade deles serem obrigados a zelar pela frequência e aproveitamento escolar do filho, e a encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado.

Já a Lei nº 12.594/2012, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, estabelece em seu art. 35 que, dentre os princípios que regem tais medidas, estão a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; a prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

4.2. O incentivo à prática da justiça restaurativa pelos tribunais estaduais brasileiros

De acordo com Melo, Ednir e Yazbek (2008, p.12), as primeiras iniciativas visando a aplicação dos princípios da justiça restaurativa no Brasil ocorreram em 2005, quando o Ministério da Justiça, juntamente com o Programa das Nações Unidas para o

Desenvolvimento – PNUD, apoiaram três projetos-piloto realizados em Brasília/DF, Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP.⁵¹

No entanto, apenas em agosto de 2014 a justiça restaurativa passou a integrar oficialmente a agenda do Poder Judiciário, com a assinatura de um termo de cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), e os Tribunais, as Associações de Magistrados e as Escolas da Magistratura do Rio Grande do Sul, de São Paulo e do Distrito Federal, visando difundir essa modalidade de solução de conflitos em todo o país.

O desenvolvimento da justiça restaurativa foi definido como uma das prioridades do CNJ para o biênio 2015-2016.

O inciso VI do art. 1º da Portaria nº 16/2015 estabelece como uma das diretrizes para a gestão da presidência do CNJ potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida.⁵²

Em maio de 2016 o CNJ editou a Resolução nº 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

O § 2º do art. 1º da Resolução estabelece que a aplicação do procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Já o § 1º do art. 2º da Resolução estabelece como condição para que o conflito possa ser trabalhado no âmbito da justiça restaurativa que as partes reconheçam, ainda que em ambiente

⁵¹ MELO, Eduardo R.; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania C. Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP – Centro de Criação de Imagem Popular, 2008.

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ avança em proposta de norma para uso da justiça restaurativa no país. Brasília: 27/10/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80769-cnj-avanca-em-proposta-de-norma-para-uso-da-justica-restaurativa-no-pais>>. Acesso em 30/5/2017, p. 1.

confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

O § 5º do art. 2º define que o acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

O caput do art. 5º estabelece que os tribunais de justiça implementarão programas de justiça restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica, que dentre outras atribuições deverão desenvolver plano de difusão, expansão e implantação da justiça restaurativa, sempre respeitando a qualidade necessária à sua implementação.

O art. 7º estabelece que, para fins de atendimento restaurativo judicial, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus advogados e dos setores técnicos de psicologia e serviço social. Também a autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

O art. 12 define que quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela justiça restaurativa, na forma da lei.

A Resolução estabelece, em seu art. 16, que caberá aos tribunais, por meio das Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura, promover cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em justiça restaurativa, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

Durante o 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário realizado em Brasília nos dias 24 e 25 de novembro de 2015, os presidentes (ou respectivos representantes) dos 27 tribunais do

país aprovaram oito metas que representaram o compromisso assumido pelo Poder Judiciário para 2016, no âmbito do segundo ciclo do programa Estratégia Nacional 2015-2020.

A meta 8 definida naquele encontro consistia em “Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de justiça restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31/12/2016”.

Para verificar o cumprimento das metas aprovadas, o CNJ disponibilizou um questionário, através de sistema eletrônico, que deveria ser respondido pelos tribunais até o dia 24/2/2017.

No que diz respeito à meta 8, a primeira pergunta desse questionário era se o tribunal havia instituído formalmente programa para a realização de procedimento de justiça restaurativa, e 18 tribunais responderam positivamente a ela.

Três tribunais – dos estados de Rondônia, Alagoas e Piauí - responderam negativamente a todas as perguntas do questionário, o que indica que até dezembro de 2016 esses estados não tinham implementado qualquer ação envolvendo os princípios da justiça restaurativa.

Já a pesquisa realizada durante o desenvolvimento deste trabalho indica que os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Tocantins, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, bem como o Distrito Federal, apresentam um estágio mais avançado nas práticas relacionadas à justiça restaurativa, e por esse motivo será apresentado, nas seções a seguir, um panorama da evolução daquelas práticas nesses estados, assim como a experiência conduzida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

4.2.1. A justiça restaurativa no Estado de São Paulo

De acordo com Penido, Mumme e Rocha (2016, pp.183-5), as ações de justiça restaurativa começaram a ser conduzidas, de modo sistematizado, em 2005 pelo Poder Judiciário no Estado de São Paulo na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, metodologia que foi expandida para as comarcas de Guarulhos, Capital –

Heliópolis, São Caetano do Sul, São José dos Campos, Campinas, Tatuí, Santos, Barueri, Tatuí, Itajobi, Tietê, Laranjal Paulista, São Vicente e Adamantina⁵³.

Em 2005 a Escola Paulista da Magistratura (EPM) criou o Centro de Estudos de Justiça Restaurativa e, em 2011, o Núcleo de Pesquisas em Justiça Restaurativa. Tais estruturas produziram conhecimento na área, e promoveram a formação de gestores e facilitadores de justiça restaurativa, possibilitando a sua divulgação em âmbito estadual.

Em 2014 a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou a Portaria nº 35/2014, que posteriormente recebeu alguns ajustes por meio da Portaria nº 29/2015. Utilizando uma metodologia adotada e desenvolvida pela Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, essa portaria consolida princípios e valores, e estabelece um fluxo básico para balizar os procedimentos de justiça restaurativa conduzidos pelos juízes do Estado de São Paulo nos feitos da infância e da juventude.

A portaria estabelece, ainda, que quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, os acordos e planos de atividade poderão ser submetidos à homologação pelos magistrados responsáveis pela justiça restaurativa na forma da lei.

De acordo com Salmaso (2016, p.56), as ações restaurativas e os processos circulares vêm sendo utilizados no Estado para o trabalho com adolescentes envolvidos em transgressões e conflitos, tais como ameaça, injúria, lesão corporal, dano ao patrimônio, furto, roubo, tráfico ilícito de entorpecentes, entre outros, e que respondem a processos infracionais perante os Juízos da Infância e da Juventude, sendo que tais ações encontram amparo legal no artigo 35, incisos II, III e IX da Lei nº 12.594/2012.

O autor informa também que muitos polos irradiadores implementaram a justiça restaurativa em parceria com o sistema de educação, desenvolvendo os processos circulares nas próprias escolas para situações como brigas e lesões corporais entre alunos, ofensas entre

⁵³ PENIDO, Egberto de A.; MUMME, Monica M.R.; ROCHA, Vanessa A. da. Justiça restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a Resolução 225/2016 do CNJ. In BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa – horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 163-214.

alunos e professores, e danos ao patrimônio da escola, evitando que o conflito seja levado ao sistema de justiça formal.⁵⁴

A cidade de Santos é uma das que, desde o início de 2015, utiliza os métodos da justiça restaurativa para solucionar conflitos nas 27 escolas municipais consideradas mais violentas, dentre as 72 existentes. Por meio de um núcleo gestor instituído na cidade envolvendo a Vara da Infância e Juventude e secretarias da Prefeitura, as escolas passaram a realizar “círculos de paz”, uma das metodologias possíveis para aplicação da justiça restaurativa, uma perspectiva de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores, e com isso praticamente eliminaram as ocorrências de violência.

Em um primeiro momento, foram formados 25 mediadores de secretarias e órgãos envolvidos sob a coordenação do Laboratório de Convivência de Justiça Restaurativa, que atua em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Em seguida, foram capacitadas 160 pessoas da comunidade escolar, como professores, merendeiros, inspetores e policiais que fazem ronda escolar, para utilizar a metodologia dos círculos restaurativos, que se tornaram “guardiões da paz”.

A implantação da justiça restaurativa ocorreu após a constatação de que muitos adolescentes em conflito com a lei encaminhados ao Núcleo de Atendimento Integrado (NAI) – órgão que reúne diferentes instituições e oferece atendimento em rede aos jovens – haviam praticado atos dentro das escolas, como agressão a colegas ou professores, e que por não haver uma via institucional oferecida pelas escolas, os professores tinham que recorrer à polícia em caso de agressão.

Além da implantação dos círculos restaurativos nas escolas com maior número de ocorrências, os grêmios estudantis foram reativados por meio de um programa da Secretaria Municipal de Educação, e os próprios alunos passaram a ter a responsabilidade de identificar conflitos e propor soluções, participando também dos círculos restaurativos quando necessário.

⁵⁴ SALMASO, Marcelo N. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 15-64.

Outra medida adotada pelo núcleo gestor foi aproximar os pais dos alunos das escolas, fazendo com que aqueles que apresentassem maior envolvimento e protagonismo passassem a atuar como “cuidadores da paz”, visitando residências de alunos que estavam com problemas como a evasão escolar, para tentar auxiliar a família.⁵⁵

Salmaso (2016, p.57) destaca que são também desenvolvidas no Estado experiências de processos circulares com adultos que respondem a processos pela prática de pichação, ameaça, crimes contra a honra, furto, lesão corporal e porte de entorpecente para uso próprio, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais ou nos Juízos Criminais, utilizando os institutos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, conforme disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95.

4.2.2. A justiça restaurativa no Estado do Rio Grande do Sul⁵⁶

De acordo com Flores e Brancher (2016, pp.94-6), a implantação da justiça restaurativa no Estado do Rio Grande do Sul originou-se da ação espontânea da sua magistratura de primeiro grau, com a primeira prática realizada em 2002, relacionando-se à execução de medida socioeducativa em um processo de roubo majorado junto ao Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre.

No entanto, o marco de fundação da justiça restaurativa no Estado ocorre com a criação do Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa junto à Escola Superior da Magistratura (ESM), em agosto de 2004.

Desde o início as atividades em torno da justiça restaurativa envolveram parcerias da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) com a Secretaria da Reforma do Judiciário (SRJ) do Ministério da Justiça (MJ) e com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com posteriores etapas financiadas também pela UNESCO –

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Escolas em Santos (SP) são pacificadas com o uso da justiça restaurativa. Brasília (DF): 15/10/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80684-escolas-em-santos-sp-sao-pacificadas-com-uso-de-justica-restaurativa>>. Acesso em 25/8/2017.

⁵⁶ FLORES, Ana P.P.; BRANCHER, Leoberto, Por uma justiça restaurativa para o século XXI. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 89-128.

Programa Criança Esperança, e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SDH) do Governo Federal.

Em âmbito local estiveram unidas ao projeto 17 instituições representativas do Sistema de Justiça, do Governo Estadual, da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, Conselhos Setoriais, organizações da sociedade civil e instituições de ensino.

A experiência piloto na Comarca de Porto Alegre resultou na criação da Central de Práticas Restaurativas (CPR) junto ao Juizado Regional da Infância e Juventude da Capital, cujas atividades foram integradas por servidores judiciais associados a servidores e funcionários das entidades parceiras.

A princípio organizada informalmente, essa Central veio a ser instituída oficialmente junto à estrutura judiciária do TJRS por meio da Resolução nº 822, de 8/2/2010, do Conselho da Magistratura (COMAG TJRS).

Esse normativo representaria o reconhecimento e a validação formal da experiência de viés restaurativo que já se desenvolvia mediante a aplicação de práticas restaurativas no atendimento de adolescentes em conflito com a lei, com ênfase na fase de execução das medidas socioeducativas.

Por essa mesma Resolução, o COMAG TJRS determinou que a Corregedoria-Geral da Justiça elaborasse um planejamento para sua extensão a toda a jurisdição da infância e juventude da Justiça de Primeiro Grau.

Em 2012, por deliberação do Conselho de Administração (CONAD), foi aprovada a inclusão da justiça restaurativa no Mapa Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, projetando sua inserção e coexistência ao lado das demais linhas de solução adequada de conflitos definidas pela Resolução do CNJ nº 125, de 29/11/2013, geridas no âmbito administrativo da Corte gaúcha pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos (NUPEMEC).

Assim, a deliberação previa a oportuna incorporação das práticas restaurativas, ao lado da conciliação e da mediação, como integrantes das metodologias autocompositivas de solução de conflitos dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Com esse objetivo de teste e validação, adotou-se como experiência referencial o projeto então já em desenvolvimento junto ao CEJUSC da Comarca de Caxias do Sul (RS), logo a seguir fazendo-o também com relação ao CEJUSC da Comarca de Pelotas (RS).

Em sessão do Conselho da Magistratura de 21/10/2014, foi aprovado o parecer da Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ), propondo a criação de um projeto especial visando desenvolver uma estratégia de implantação e de utilização do paradigma restaurativo em ramos especiais da prestação jurisdicional, tais como na Infância e Juventude, na Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, na Execução Penal, no Direito de Família e no Direito Penal.

A partir dessa decisão foi instituído o Programa Justiça Restaurativa para o Século 21, com a designação de magistrado e equipe de apoio para a sua coordenação, e que procura conjugar a política judiciária de justiça restaurativa com as demais políticas sociais do Poder Executivo, propondo-se a servir como disparador de um processo sistêmico de difusão, aprendizagem e desenvolvimento de serviços de fortalecimento de comunidades e de atenção a conflitos, induzindo um movimento social em prol da restauração da justiça e da construção da paz.

A intenção assumida é de que se forme a partir daí um processo social de propagação, atuando-se em três dimensões: política judiciária, políticas públicas do Poder Executivo e movimentos da sociedade civil, nela incluída a comunidade acadêmica.

4.2.3. A justiça restaurativa no Estado do Paraná

De acordo com Massa e Bacellar (2016, pp.360-1), em outubro de 2005 foi criado o programa de atenção sócio-jurídica às pessoas envolvidas com uso de substâncias psicoativas nos Juizados Especiais Criminais de Curitiba/PR, com o objetivo de prevenir a manutenção do uso de drogas e não penalizar o indivíduo pelo uso.

A abordagem adotada para este programa foi a do acolhimento inicial dessa população, utilizando-se a entrevista motivacional, e baseando-se no princípio de que uma pessoa está sofrendo, deseja alívio, e espera poder contar com a outra pessoa para ajudá-la.⁵⁷

Já Bacellar, Gomes e Muniz (2016, pp.330-6) informam que, em 2014, o Tribunal de Justiça do Paraná criou uma comissão formada por desembargadores, juízes e servidores visando estudar e orientar os servidores e membros daquele tribunal na aplicação das práticas restaurativas.

Em 30/3/2015 o TJPR publicou a Resolução nº 04/2015, que regulamentou a utilização das práticas restaurativas para a resolução de conflitos nos âmbitos criminal, cível, familiar, infância e adolescência, execução penal, júri ou em quaisquer outras áreas do direito quando vislumbrada a existência de relações continuadas, de vários vínculos, comunitárias, interpessoais, ou interinstitucionais, dentre outras.

Nas comarcas de Campo Largo, Cascavel, Curitiba, Foz do Iguaçu, Francisco Beltrão, Guarapuava, Londrina, Marialva, Maringá, Ponta Grossa, São José dos Pinhais, Realeza e Toledo vem sendo aplicadas práticas restaurativas em processos judiciais e realizadas palestras de sensibilização e círculos de relacionamento para divulgação do tema.

Já na comarca de Ponta Grossa optou-se por centralizar a implementação e aplicação das práticas restaurativas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC, instalado em julho de 2014.

A justiça restaurativa é aplicada nos âmbitos pré-processual e processual, em casos de violência doméstica e familiar, contravenções penais, crimes de médio e menor potencial ofensivo, direito de família e cível.

⁵⁷ MASSA, Adriana A.G.; BACELLAR, Roberto P. Prevenção ao uso de drogas no judiciário em uma perspectiva restaurativa. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 341-65.

Nos casos pré-processuais, o solicitante pode se apresentar diretamente no CEJUSC/PG ou ser encaminhado por instituições, repartições públicas, órgãos e entidades (escolas, delegacias, Procon, etc).

O servidor do CEJUSC elabora um relatório inicial e encaminha o caso para os facilitadores, que agendam o pré-círculo.

Caso não exista interesse em participar das práticas restaurativas, o procedimento é arquivado. Havendo interesse na participação, é agendado o círculo. Firmado um consenso, o acordo é homologado pela juíza coordenadora do CEJUSC. Não sendo alcançado o acordo, o procedimento é arquivado.

Já nos casos judicializados os processos são encaminhados ao CEJUSC de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes e\ou do Ministério Público. Recebido o processo, há encaminhamento para os facilitadores, que agendam pré-círculo. Em caso de concordância na aplicação da justiça restaurativa, é agendado o círculo e, em caso de consenso, o processo é remetido ao juízo de origem para a homologação do acordo. Não havendo anuência na participação no círculo ou em caso de não celebração de acordo, o processo retorna para a vara de origem para prosseguimento regular.

Nos casos processuais, o feito pode ser suspenso para a aplicação do círculo de construção de paz ou seguir seu trâmite normal, e a justiça restaurativa ser aplicada em paralelo.

Além dos círculos de construção de paz executados em casos judicializados ou não, os princípios restaurativos também são aplicados em outros projetos desenvolvidos no CEJUSC/PG.

O projeto “Circulando Relacionamentos” iniciou-se com uma parceria entre o CEJUSC/PG e a Delegacia da Mulher da comarca e abarca também os casos de violência doméstica ou familiar, que são remetidos ainda em fase de lavratura de boletim de ocorrência pela Delegacia da Mulher, ou após a instauração de inquérito policial e aplicação de medida protetiva pelo Juizado de Violência Doméstica.

Recebido o boletim de ocorrência ou a medida protetiva, a vítima, o ofensor e os eventuais apoiadores escolhidos por eles são convidados para participar dos círculos de construção de paz.

Foram criadas oficinas de revivificação para atendimento de vítimas e ofensores de casos de violência doméstica e familiar, como forma de preparar os envolvidos para a participação no círculo, pois a prática mostrou que as partes de conflitos dessa natureza se mostravam muito vulneráveis emocionalmente e não estavam preparadas, em um primeiro momento, para participar do procedimento circular restaurativo.

As oficinas consistem em seis encontros apenas com vítimas, em outros seis encontros apenas com ofensores, ambos semanais, e em um último encontro conjunto, com vítimas e ofensores, todas em formato circular e com a utilização dos elementos do círculo. As oficinas são temáticas e propõem o intercâmbio de assuntos como machismo, feminismo, gênero e violência, entre outros.

Após a participação nas oficinas, os envolvidos manifestam o seu interesse de participar ou não do círculo de construção de paz para tratamento do conflito em si.

O projeto “Na medida que eu Penso” também consiste em oficinas temáticas com a utilização dos círculos de construção de paz, sendo destinadas ao atendimento de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, em parceria com a Vara da Infância e Juventude e com a 14ª Promotoria de Justiça. O objetivo das oficinas é levar o adolescente em conflito com a lei a refletir e perceber as consequências da sua conduta e possibilitar a construção de novos valores.

No âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo, é desenvolvido o projeto “Alternativa para Mudar”, em parceria com a 9ª Promotoria de Justiça, para infratores cujo comportamento delituoso seja resultante do uso de substâncias entorpecentes. A participação nas seis oficinas do projeto, que acontecem semanalmente, é oferecida ao autor do fato como uma das condições da transação penal. Na primeira oficina, são apresentados os elementos do círculo e construídos os valores e diretrizes que nortearão todas as atividades. No decorrer das

oficinas, os usuários serão estimulados a refletir sobre o seu sentido de colocação frente ao uso da substância entorpecente e seus reflexos biológico, psicológico e social, oportunizando a mudança de comportamento.

Nas ações encaminhadas pelas Varas de Família é realizado o projeto “Falando em Família” - em parceria com a UEPG e com a Faculdade Secal - por meio de uma única oficina com autores e réus (partes cruzadas) de processos de alimentos e divórcio, aproximadamente uma semana antes da audiência de conciliação. O objetivo da proposta é executar oficinas de conhecimento e esclarecer as partes envolvidas no conflito familiar sobre seus direitos, deveres e reflexos da litigiosidade na coparentalidade. São tratados, de forma participativa, temas como a importância da manutenção da relação entre pais e filhos, a responsabilidade emocional e financeira de ambos os pais em relação à prole, os prejuízos emocionais decorrentes da alienação parental, dentre outros aspectos envolvendo questões de família.

O projeto “Escola Restaurativa” é uma parceria com a Superintendência de Educação do Paraná e com o Instituto Mundo Melhor, voltado para capacitação, implementação e relatoria da aplicação da justiça restaurativa em cinco escolas estaduais de Ponta Grossa. O objetivo é que as escolas participantes criem seu próprio núcleo de justiça restaurativa para resolução de conflitos internos e que não caracterizem ato infracional, reduzindo os índices de indisciplina, violência, bullying e até mesmo de evasão escolar.⁵⁸

4.2.4. A justiça restaurativa no Estado de Tocantins

A metodologia da justiça restaurativa está sendo implementada em Araguaína, no Estado do Tocantins, em cinco frentes: com presos em flagrante; com agentes de socialização, policiais e agentes penitenciários; na solução de conflitos ocorridos dentro dos presídios; na progressão de regime; e entre vítimas e reeducandos.

Além disso, a Escola Superior da Magistratura de Tocantins (Esmat) promove cursos de Formação de Facilitadores Restaurativos voltados aos servidores, a operadores de direito,

⁵⁸ BACELLAR, Roberto P.; GOMES, Jurema C. da S.; MUNIZ, Laryssa A. C. Implementação da justiça restaurativa no poder judiciário: uma experiência do Estado do Paraná. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 319-38.

assistentes sociais, psicólogos, pedagogos e professores da rede de ensino público estadual e municipal das comarcas de Araguaína, Araguatins, Augustinópolis, Colinas, Gurupi, Palmas, Paraíso do Tocantins e Porto Nacional.⁵⁹

4.2.5. A justiça restaurativa no Estado da Bahia

O Projeto Piloto de Justiça Restaurativa teve início na Bahia em 2005, quando se percebeu que a quantidade excessiva de audiências preliminares agendadas do 2º Juizado Especial Criminal de Salvador estava impossibilitando os conciliadores de alcançar junto aos envolvidos uma solução efetiva para os conflitos judicializados, tendo em vista a necessidade de tempo para que se consiga suprir as necessidades emocionais das partes, conquistando a participação ativa e o engajamento de todos no processo conciliatório.

As audiências acabavam sendo remarçadas para épocas distantes, impossibilitando a realização de um atendimento com tempo razoável e a solução do litígio de forma pacífica e preliminar, em obediência à Lei dos Juizados Especiais.

Dessa forma, foi constatada a necessidade de facilitadores voluntários com tempo disponível para a mediação, que pudessem estruturar melhor as audiências e fornecer mais informações às partes durante o ato processual.

Para resolver o problema foram convidados a participar como voluntários, junto às mesas de conciliação, advogados e estagiários militantes no 2º Juizado Especial Criminal, bem como assistentes sociais, psicólogos e professores, que passaram a integrar o grupo de estudos e a prestar serviços que se incorporaram ao atendimento das partes durante as audiências preliminares, evitando a formalização do processo.

Em outubro de 2005, após treinamento básico, foram iniciados os trabalhos de mediação utilizando técnicas autocompositivas como a mediação vítima-ofensor e os círculos restaurativos, usados especificamente pela justiça restaurativa.

⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça restaurativa é aplicada em presídios. Brasília (DF): 8/8/2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios>>. Acesso em 25/8/2017.

A equipe interdisciplinar passou, então, a atender, observar e atuar não só nas audiências preliminares como também nas audiências de instrução, fornecendo também atendimento individual às vítimas no momento em que prestavam as suas queixas ou posteriormente, mediante agendamento.

Diversas soluções foram surgindo com o trabalho desenvolvido pelos facilitadores junto às partes, com a antecipação de conciliações, e alcançando uma real solução para os conflitos por meio de um processo circular e cooperativo que envolve todos os interessados na formação da melhor solução para a reparação do dano causado.

Em 18/12/2009 o TJBA celebrou um Termo de Cooperação Técnica com o Governo do Estado da Bahia, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça voltado para ações de implementação da justiça restaurativa.

Visando disseminar práticas de resolução pacífica de conflitos, em 28/7/2010 o TJBA instituiu o Programa de Justiça Restaurativa em Sessão Plenária através da Resolução nº 8, criando formalmente o Núcleo de Justiça Restaurativa da Extensão do 2º Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque.

Após a instalação do Núcleo de Justiça Restaurativa, que possibilita um maior número de atendimentos para o tratamento e resolução de conflitos, a 5ª e 6ª Varas do Sistema dos Juizados Especiais de Salvador também têm alcançado bons resultados, verificando-se ainda a diminuição da criminalidade e da reincidência de infrações de menor potencial ofensivo na sua área de atuação.

O núcleo atende a região do Largo do Tanque, localizado na periferia da cidade de Salvador, com população estimada em 1,2 milhão de habitantes, aplicando métodos e práticas restaurativas a processos em tramitação na 5ª e na 6ª Varas do Juizado Especial Criminal e a ocorrências encaminhadas por delegacias da região envolvendo crimes de pequeno potencial ofensivo.

A Polícia Militar do Estado da Bahia oferece suporte territorial às ações do Núcleo Modelo, tendo sido promovida a capacitação dos Oficiais e Praças para a aplicação de técnicas de justiça restaurativa nas suas ações.

O Núcleo disponibiliza aos seus usuários o serviço “Sala de Espera”, espaço reservado para o desenvolvimento de ações socioeducativas e terapêuticas voltadas para aqueles que estejam no aguardo do atendimento com facilitadores, psicólogos, assistentes sociais, ou esperando a realização de audiência. Trata-se de um pré-atendimento que beneficia as partes com palestras, mensagens, filmes e meditações com o propósito de estimular a reflexão do ofensor, da vítima e das testemunhas sobre a sua situação pessoal visando contribuir para o restabelecimento do seu equilíbrio emocional.

Visando proporcionar uma melhor atuação da justiça restaurativa nas esferas judiciais e extrajudiciais, sua difusão, implantação e a sistematização das suas práticas, o TJBA, através da Resolução nº 17 de 21/08/15, também instituiu a Política Judiciária Estadual de Justiça Restaurativa, que estabelece o tratamento adequado dos conflitos de interesse visando a pacificação social e o apoio às iniciativas para sua implementação no estado.

O Núcleo de Justiça Restaurativa de Segundo Grau do Poder Judiciário do Estado da Bahia, por meio do seu Comitê Gestor, oferece aos magistrados e facilita a aplicação dos mecanismos de solução e controvérsias pelas instituições estaduais, notadamente os que incentivam a pacificação do conflito, objetivando o alinhamento do atendimento ao paradigma participativo, humanizante, dialógico e responsabilizante da justiça restaurativa em todas as comarcas do Estado da Bahia. Esses meios consensuais coadunam-se com a mediação e a conciliação, mecanismos incentivados pela Resolução 125 do CNJ e pelo novo Código de Processo Civil, constituindo o foco do trabalho desenvolvido pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), objeto da Resolução nº 24, de 11 de dezembro de 2015, do Tribunal de Justiça da Bahia.⁶⁰

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Justiça restaurativa: Poder Judiciário do Estado da Bahia. 4ª ed. Salvador (BA): 2017. Disponível em <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/quarta_edicao_cartilha_06_2017.pdf>. Acesso em 20/9/2017.

4.2.6. A justiça restaurativa no Distrito Federal

Interessado nos novos modelos de solução de conflitos penais implantados com êxito em diversos países, e estimulado pela Resolução n.º 12 da Organização das Nações Unidas, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT publicou, em 4/6/2004, a Portaria Conjunta n.º 15, por meio da qual instituiu, no seu art. 1º, uma Comissão para o estudo da adaptabilidade da justiça restaurativa à prática judiciária do Distrito Federal e o desenvolvimento de ações para implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante.

O Projeto Piloto começou a funcionar em 2005 no âmbito dos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante, com aplicação nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição civil e de transação penal.

Em 9/10/2006, mediante a publicação da Portaria Conjunta n.º 52, o Programa Justiça Restaurativa tornou-se um Serviço vinculado à Presidência do TJDFT, com o objetivo de ampliar a capacidade de resolução de conflitos por consenso no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo.

Em 2007, por meio da Portaria GPR 406, o TJDFT instituiu o Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos - CNRC, subordinado-o à presidência e ao qual o Serviço de Justiça Restaurativa foi vinculado. Posteriormente, a Portaria GPR 680, de 6/9/2007, desvinculou o Serviço de Justiça Restaurativa do CNRC.

Em 2012, a Resolução N.º 13 do TJDFT dispôs sobre a estrutura organizacional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e denominou a justiça restaurativa como Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Programa Justiça Restaurativa, vinculado diretamente ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPECON e à Segunda Vice-Presidência.⁶¹

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. A justiça restaurativa. Brasília (DF): s.d. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/justica-restaurativa/o-que-e-a-justica-restaurativa>>. Acesso em 1/10/2017.

4.2.7. A justiça restaurativa no Estado de Minas Gerais

Em 18/7/2011 o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Conselho de Supervisão e Gestão dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais assinaram a Portaria Conjunta nº 221/2011 definindo a implantação da metodologia da justiça restaurativa na Comarca de Belo Horizonte, nos feitos de competência criminal e infracional das Leis nº 9.099/1995 e nº 8069/1990, e definindo que para a concretização da iniciativa seriam criados projetos-piloto no Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte e na Vara Infracional da Infância e Juventude, conforme acordo de cooperação técnica que seria firmado com o Ministério Público, Defensoria Pública e demais entidades interessadas.

Em 2014 foi assinado convênio entre a Secretaria de Estado de Defesa Social (Seds), o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e a Coordenação Geral de Alternativas Penais do Ministério da Justiça, para a realização de projeto-piloto entre abril de 2014 e março de 2015 visando fortalecer a adoção de alternativas penais no Estado.

Nesse projeto-piloto foram realizados 282 atendimentos individuais e 37 encontros restaurativos.

Dentre os casos atendidos, 58% relacionavam-se a conflitos intrafamiliares, 17% a conflitos entre vizinhos, e 25% a conflitos conjugais.⁶²

4.2.8. A justiça restaurativa no Mato Grosso do Sul

Em novembro de 2009, a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj) realizou o I Encontro da Justiça Restaurativa no Mato Grosso do Sul, considerado ponto de partida para difusão e propagação da metodologia no Estado.

No ano seguinte, a Resolução nº 569, de 22/9/2010, instituiu o Programa de Atendimento da Justiça Restaurativa (PAJUR) no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

⁶² LIMA, Flavia. Seds e Departamento Penitenciário Nacional (Depen) apresentam resultados da Justiça Restaurativa em BH. Belo Horizonte (MG): 29/4/2015. Disponível em <<http://www.seds.mg.gov.br/ajuda/story/2600-seds-e-departamento-penitenciario-nacional-depen-apresentam-resultados-da-justica-restaurativa-em-bh>>. Acesso em 2/10/2017.

Desde então, a proposta vem sendo executada na capital e em diversas comarcas do interior, nas Varas da Infância e da Juventude.⁶³

Com o aumento de processos judiciais envolvendo conflitos no âmbito da rede pública de ensino de Campo Grande, foi constatada a necessidade de intervenção, decidindo-se implantar o modelo de justiça restaurativa nas escolas através da assinatura de convênio entre o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude, e a Secretaria de Estado de Educação, em 14/8/2012.⁶⁴

4.2.9. A justiça restaurativa no Estado do Rio de Janeiro

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou, em 30/5/2016, o Ato Executivo nº 44/2016, através do qual instituiu o Grupo de Trabalho de Justiça Restaurativa, com prazo de funcionamento de 12 meses, cujo objetivo principal seria elaborar o Projeto de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Juvenil do Estado do Rio de Janeiro, podendo estabelecer fluxo de trabalho contemplando as práticas de justiça restaurativa em prol dos jovens em conflito com a lei, observadas as diretrizes doutrinárias sobre o tema, visando ao cumprimento da Meta 8 do Conselho Nacional de Justiça.

Também em 2016 o Tribunal de Justiça firmou parceria com o ISA-ADRS – Instituto de Soluções Avançadas, uma instituição privada que desenvolve atividades de mediação, facilitação de diálogos e negociações coletivas para a construção de consenso, e que foi responsável pela implementação do Projeto Piloto “Justiça Restaurativa nas Relações Familiares e de Vizinhança”, sediado no IV Juizado Especial Criminal - Leblon.

⁶³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Justiça restaurativa completa dois anos de implantação em MS. Campo Grande: s.d. Disponível em <<https://tjms.jusbrasil.com.br/noticias/100074987/justica-restaurativa-completa-dois-anos-de-implantacao-em-ms>>. Acesso em 20/9/2017.

⁶⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Justiça restaurativa na escola. Campo Grande (MS): s.d. Disponível em <https://www.tjms.jus.br/_estaticos_/infanciaejuventude/cartilhas/cartilhaJusticaRestaurativaNaEscola.pdf>. Acesso em 20/9/2017.

O projeto atendeu 18 casos previamente selecionados envolvendo violência familiar e doméstica, e questões de vizinhança com histórico de violência em suas diferentes formas (física, moral, psicológica e patrimonial).⁶⁵

A aplicação da técnica de constelação familiar pelo juiz André Tredinnick, da 1ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina, na zona norte do Rio de Janeiro, é também uma iniciativa alinhada às práticas da justiça restaurativa que está sendo conduzida atualmente no estado.⁶⁶

⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Justiça restaurativa em contexto de violência familiar, doméstica e nas relações de vizinhança: instaurando um novo paradigma. Rio de Janeiro: s.d. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>. Acesso em 20/9/2017.

⁶⁶ RODAS, Sérgio. Judiciário exerce poder autoritário na sociedade sem promover pacificação. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 12/11/2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/entrevista-andre-tredinnick-juiz-familia-rio-janeiro>>. Acesso em 16/11/2017.

5. A VALORIZAÇÃO DO INDIVÍDUO NA EXECUÇÃO PENAL

Ainda que a utilização do paradigma restaurativo seja fomentada pela sociedade, a pena de prisão tende a continuar sendo aplicada especialmente nos casos em que o acordo restaurativo entre vítima e ofensor não se mostrar viável, bem como para ofensores que apresentem alta periculosidade ou cujos crimes sejam considerados extremamente hediondos pela sociedade.

Considerando a ênfase que a justiça restaurativa atribui à necessidade de se reconhecer o apenado enquanto sujeito de direitos e obrigações durante a execução penal, conclamando a sua participação ativa no processo, é oportuno para o escopo do presente trabalho analisar o incentivo ao trabalho e ao estudo durante a execução penal, bem como a experiência conduzida pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, que pode ser utilizada como referência para o aperfeiçoamento do sistema penitenciário brasileiro.

5.1. O incentivo ao trabalho e ao estudo durante a execução penal

O art. 6º da Constituição Federal estabelece que a educação e o trabalho são direitos sociais garantidos a todos os cidadãos.

Já o art. 41 da Lei nº 7.210/84 (“Lei de Execução Penal”, ou “LEP”) indica que o trabalho e sua remuneração (inciso II), assim como o exercício de atividades intelectuais e a assistência educacional (incisos VI e VII) são direitos garantidos às pessoas privadas de liberdade.

Através do trabalho e do estudo o preso tem a oportunidade de obter ou aperfeiçoar a sua qualificação profissional e intelectual. No retorno à liberdade, isso lhe proporcionará melhores condições de ressocialização.

Trata-se de um fator especialmente importante quando se constata que a maioria dos presos possui baixa escolaridade, e pouca ou nenhuma experiência profissional.

Nesse sentido, estatísticas fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional indicam que apenas 8% da população prisional concluiu o ensino médio, enquanto a taxa de conclusão na população brasileira é de cerca de 32%. Entre as mulheres presas, essa proporção é de cerca de 14%.⁶⁷

Ao trabalhar ou estudar o preso conquista também a possibilidade de reduzir o tempo de sua condenação, o que pode contribuir para a redução da superlotação carcerária.

Isso porque de acordo com o art. 126 da LEP, o preso em regime fechado ou semiaberto tem direito ao abatimento de um dia em sua pena a cada três dias de trabalho, que pode ser realizado dentro ou fora da unidade penitenciária, em jornadas que não pode ser inferiores a 6 horas ou superiores a 8 horas diárias.

Da mesma forma, cada 12 horas de frequência escolar (divididas, no mínimo, em três dias) permite o abatimento de um dia em sua pena, havendo acréscimo de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio, superior ou de requalificação profissional durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

É permitida a cumulação das horas diárias de trabalho e de estudo para fins de remição.

Essas atividades também proporcionam um maior condicionamento psicológico, comprometimento social e formação da personalidade, além de ajudar a evitar o ócio, prevenindo rebeliões e a prática de atividades criminosas dentro das prisões.

Além disso, por ser remunerado, o trabalho permite ao condenado dispor de algum dinheiro para ajudar nas necessidades da família.

Embora o trabalho do preso não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o art. 29 da LEP determina que a sua remuneração não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo, e que essa remuneração deve atender, prioritariamente, à

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 58. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 21/9/2017.

indenização dos danos causados pelo crime, à assistência à família, a pequenas despesas pessoais, e ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

No entanto, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) indica que apenas 16% da população prisional brasileira trabalha.

Entre os presos que trabalham, três em cada dez exercem atividade fora do estabelecimento prisional.

De todos os condenados exercendo atividades laborais, 34% estão trabalhando em vagas obtidas por meios próprios, sem intervenção do sistema prisional, e outros 34% trabalham em apoio ao próprio estabelecimento, desempenhando atividades como limpeza e alimentação.

Em cerca de um terço dos casos houve articulação da administração prisional com a iniciativa privada, com outros órgãos públicos ou com entidades filantrópicas para a disponibilidade de vagas.

Apenas 22% das unidades prisionais brasileiras possuem oficinas destinadas ao trabalho em suas instalações, sendo a maior parte delas de artesanato, corte e costura.

Apesar dessa baixa proporção, o Departamento Penitenciário Nacional informa que boa parte delas dispõe de espaço suficiente para a construção de oficinas, e que poderiam atender às exigências da LEP.

Além disso, os trabalhos oferecidos ao preso normalmente são mecânicos e repetitivos, retirando da atividade laboral qualquer papel formativo. Há muitos casos de empresas interessadas apenas na superexploração dessa mão de obra, que é muito barata.

Também de acordo com os dados do Infopen, apenas uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país, o que significa que o Brasil só consegue oferecer acesso à educação formal para aproximadamente 11% de seus 622 mil presos.

Em 11 dos 27 estados brasileiros, esse direito é negado a mais de 90% dos presos. As unidades prisionais do Amapá, Espírito Santo e Paraná são as que apresentam maior parcela de pessoas estudando, enquanto Goiás e Piauí possuem os piores índices, com apenas 4% das pessoas envolvidas em atividades educacionais.

Cerca de 51% dos presos matriculados no ensino formal ainda estão cursando o ensino fundamental. O acesso dos presos ao ensino superior não chega a 1% e a oferta dessa modalidade de ensino é inexistente em 19 das 27 unidades da Federação. Já o ensino técnico não é oferecido em 13 das 27 unidades federativas, e o número de presos cursando essa modalidade também é de 1%.

Um dos fatores que explicam a insuficiente oferta de educação no sistema prisional é o mau aproveitamento ou ausência total de infraestrutura para o programa. Apenas 50% das unidades prisionais brasileiras possuem salas de aula destinadas a programas de educação e em 14 estados, há mais unidades com salas de aula do que com pessoas estudando. O Infopen aponta também que apenas um terço das unidades prisionais possuem bibliotecas disponíveis, 9% apresentam salas de informática e 18% possuem salas destinadas para uso dos professores.

De acordo com a Recomendação nº 44 do CNJ, a diminuição da pena por meio da leitura deve ser estipulada como forma de atividade complementar, e para ser implementada é necessário existir um acervo de livros dentro da penitenciária.

Pela norma, o preso deve ter o prazo de 22 a 30 dias para a leitura de uma obra, apresentando uma resenha a respeito do assunto ao final do período, que deverá ser avaliada pela comissão organizadora do projeto. Cada obra lida possibilita a remição de quatro dias de pena, com o limite de doze obras por ano.

Entretanto, a remição de pena por leitura não consta na LEP, e por isso há quem defenda que a iniciativa é inconstitucional.

Nos estados de Roraima, Rio de Janeiro, Piauí, Mato Grosso do Sul, Ceará, Amazonas, Alagoas e no Distrito federal nenhum preso atualmente está envolvido em programas de

remição por leitura. Já o Paraná é o estado com maior número de pessoas matriculadas nesse programa, com um total de 1.782 presos. Apenas Sergipe e Mato Grosso do Sul informaram que há pessoas privadas de liberdade exercendo atividade esportiva.⁶⁸

5.2. A experiência da APAC

A primeira Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC surgiu na cidade de São José dos Campos em 1972, a partir de um trabalho feito pelo advogado Mario Ottoboni e pela Pastoral Penitenciária no presídio de Humaitá, visando evangelizar e proporcionar apoio moral aos presos.⁶⁹

Com a divulgação dos resultados desse trabalho começaram a surgir interessados em expandir o método, que atualmente está presente em diversas cidades brasileiras e em 28 países.

Em 1986 o projeto filiou-se à Prison Fellowship International – PFI, organização consultora da ONU para assuntos penitenciários com sede em Washington - EUA, que tem por objetivo conduzir ações concretas visando a humanização das prisões, através do trabalho de 45.000 voluntários em 120 países.

A expansão do projeto teve como consequência a fundação da FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados em 1995, entidade que coordena e orienta as atividades das APACs no Brasil e no mundo.

A APAC é uma entidade civil de Direito Privado sem fins lucrativos e com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, que atua como entidade auxiliar dos Poderes Judiciário e Executivo, respectivamente na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto.

⁶⁸ ibidem, pp. 126-37.

⁶⁹ FBAC – FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. A APAC: o que é? Itaúna (Minas Gerais): 2013. Disponível em <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/como-fazer/apac-o-que-e>>. Acesso em 17/11/2017.

O trabalho da APAC fundamenta-se em um método de valorização humana baseado em 12 elementos vinculados à evangelização, e que visam oferecer ao condenado condições de se recuperar.

Dentre esses elementos destacam-se o estímulo à participação da comunidade no trabalho de recuperação através do voluntariado e do apadrinhamento; à integração e envolvimento da família do recuperando; à ajuda mútua entre os recuperandos; e ao trabalho e ao estudo dentro e fora da instituição.

São também oferecidos benefícios por mérito, apoio religioso, assistência jurídica, médica e psicológica.

A segurança e disciplina do presídio são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte os funcionários, voluntários e diretores da entidade, sem a presença de armas ou de policiais e agentes penitenciários.

O cumprimento da pena é feito em presídio de pequeno porte, com capacidade de 100 a 180 recuperandos, dando-se preferência aos indivíduos nascidos na cidade ou cuja família nela resida.

Os recuperandos desenvolvem atividades de estudo ou trabalho durante todo o dia, retornando às celas apenas para dormir, no período das 22 horas às 6 horas. Não há uniformes nem a identificação por números, e as refeições são feitas em recinto coletivo, com a utilização de garfos e facas.

Estima-se que enquanto o custo mensal de cada preso para o Estado em presídios comuns corresponde a quatro salários mínimos, na APAC esse custo reduz-se a um salário mínimo e meio.

O custeio da APAC é suportado através de contribuições; de promoções sociais; de doações de pessoas físicas, jurídicas e entidades religiosas; de parcerias e convênios com o Poder Público (prefeituras, governo do Estado), instituições educacionais e outras entidades;

da captação de recursos junto a fundações, institutos e organizações não governamentais; e da comercialização dos produtos elaborados nas oficinas profissionalizantes.

O método APAC passou a ser disseminado de uma forma mais acelerada após a sua incorporação ao Programa Novos Rumos na Execução Penal, instituído em 2004 pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais através da Resolução nº 433/04, e pelo Governo do Estado de Minas Gerais através da Lei nº 15.299/2004.⁷⁰

Ao final de 2016 existiam 40 unidades em funcionamento naquele estado, com 2.936 recuperandos.

Em função dos excelentes resultados obtidos, a unidade localizada na cidade de Itaúna tornou-se referência em recuperação de presidiários, estimando-se que a taxa de reincidência criminal seja de 15% entre os egressos dessa unidade.

⁷⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Projeto Novos Rumos na Execução Penal. Belo Horizonte (MG): maio/2009. Disponível em <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/novos_rumos_/cartilha_apac.pdf>. Acesso em 2/10/2017.

CONCLUSÃO

Considerando que delinquir significa desrespeitar os princípios e valores básicos que orientam o funcionamento uma sociedade - os quais encontram-se positivados no sistema jurídico através de um conjunto de leis -, o nível de delinquência pode ser um indicativo importante do sucesso ou do fracasso de uma sociedade em formar cidadãos conscientes não apenas de seus deveres, mas principalmente da importância de respeitar os direitos dos demais cidadãos, sem o quê a interação social e produtiva entre os indivíduos acaba sendo muito dificultada.

A família desempenha um papel essencial nesse processo de conscientização, sendo também fundamental a contribuição da sociedade disponibilizando educação formal através de um sistema público de ensino para aqueles que necessitem, e estabelecendo controles que permitam um acompanhamento do processo de transferência dos valores coletivos para cada indivíduo.

No entanto, por mais eficiente que seja esse processo, fatores como a ausência de uma estrutura familiar equilibrada e desvios de personalidade podem impedir que alguns indivíduos assimilem adequadamente os valores que norteiam o funcionamento da sociedade, que por sua vez se vê obrigada a desenvolver mecanismos para tentar bloquear, controlar e redirecionar as ações desses indivíduos à medida em que elas se tornam incompatíveis com a ordem vigente.

Ocorre que por mais que as sociedades tenham evoluído, assim como elas ainda não conseguiram estabelecer controles que permitam assegurar a prevenção completa da delinquência, parece que também ainda não alcançaram sucesso no desenvolvimento de mecanismos que assegurem a reprogramação dos valores daqueles indivíduos que se desviaram da conduta social esperada, com o objetivo de evitar a reincidência.

No conjunto de mecanismos de bloqueio e controle utilizado pelas sociedades contemporâneas, a punição através da restrição à liberdade pode ser considerada a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso, mas o fracasso dos resultados por ela obtidos parece indicar

que o paradigma retributivo não se apresenta como uma alternativa eficiente para evitar a reincidência.

Ao analisarmos a realidade brasileira atual constatamos um preocupante crescimento da população prisional que não está sendo acompanhado pela redução dos crimes violentos, e tampouco pelo aumento da sensação de segurança pela sociedade.

Verificamos também que as frequentes rebeliões da população carcerária e a influência exercida pelas facções criminosas nas relações entre os presos acabam fazendo com que, ao invés de recuperados, eles sejam devolvidos à sociedade ainda mais perigosos do que quando ingressaram no presídio, evidenciando que o sistema de execução penal atual não consegue alcançar um de seus objetivos principais, qual seja promover a ressocialização dos apenados.

A partir desse contexto fático, este trabalho procurou investigar as possibilidades existentes na legislação de execução penal atualmente em vigor no Brasil para a utilização de elementos inseridos no contexto da justiça restaurativa, as medidas de execução penal existentes na legislação que podem ser consideradas como estando alinhadas à prática da justiça restaurativa, e a extensão da utilização dessas medidas de execução penal pelos tribunais estaduais de justiça brasileiros em substituição à reclusão carcerária e às demais medidas punitivas relacionadas a crimes comuns.

Inicialmente foi conduzida uma revisão da história da evolução da pena de acordo com a doutrina majoritária e com a visão de Howard Zehr, que é um dos principais defensores do paradigma restaurativo, tendo sido identificada uma divergência entre eles na análise dos motivos que determinaram a transição da justiça privada para a justiça pública monopolizada pelo Estado.

Nesse sentido, verificou-se que enquanto os doutrinadores majoritários frequentemente retratam a justiça privada pré-moderna como vingativa, bárbara, descontrolada e brutal quando comparada à moderna justiça pública enquanto processo controlado, mais humano e equilibrado, e menos punitivo - sendo que, sob essa perspectiva, teríamos nos tornado mais civilizados e racionais na administração da justiça -, Zehr argumenta que as soluções privadas não seriam necessariamente mais punitivas e menos racionais do que as produzidas pela

justiça pública, e que a negociação, a restituição e a reconciliação eram modos de resolver os conflitos através de um processo no qual não apenas as vítimas e os ofensores, mas também os seus parentes e a comunidade desempenhavam um papel vital.

Em seguida foram analisados os principais aspectos da justiça restaurativa, conceituada como um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma ofensa se reúnem para discutir e resolver coletivamente como lidar com as suas consequências práticas e implicações para o futuro.

Trata-se de um paradigma de solução de conflitos que apresenta como principais características a preocupação com as necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade, assim como o incentivo ao diálogo, visando alcançar o arrependimento e o perdão, e buscar uma forma de reparação aos prejuízos decorrentes da ofensa (tanto para a vítima como para o ofensor).

A análise da utilização de práticas restaurativas visando promover a recuperação e a reinserção social daqueles que delinquiram indica que, para obter êxito, é fundamental a participação e a contribuição direta dos indivíduos que integram os diversos segmentos da sociedade.

Por outro lado, a concentração das populações em grandes metrópoles parece exacerbar a individualidade e enfraquecer os vínculos comunitários, diminuindo a disposição dos indivíduos para contribuir diretamente com ações que visam a solução de problemas comuns, como é o caso da delinquência, de forma que, para que novos paradigmas como a justiça restaurativa possam ter êxito, parece ser fundamental identificar mecanismos que viabilizem a reversão desse comportamento.

Na etapa seguinte foi abordado o sistema de execução penal vigente atualmente no Brasil, conduzindo-se a análise dos princípios da pena, dos critérios para a sua fixação, da sua finalidade, das suas espécies e regimes de cumprimento, dos direitos e deveres dos condenados e sua classificação visando a individualização da pena, dos tipos de estabelecimentos penais no Brasil, e da crise do sistema prisional brasileiro. Foram analisados os quatro fatores que podem ter contribuído para a falência do sistema prisional, quais sejam:

a Lei Antidrogas, o excesso de prisões provisórias, a opção pela condenação ao regime fechado, e as deficiências da estrutura prisional.

Na sequência foi analisada a utilização dos princípios da justiça restaurativa pelos tribunais brasileiros na execução penal considerando-se as suas possibilidades no contexto da legislação penal brasileira, assim como o alinhamento institucional do Poder Judiciário em torno do tema.

Constatou-se a existência de procedimentos compatíveis com a justiça restaurativa na legislação que trata da execução penal, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo nas infrações penais de menor potencial ofensivo (previstos na Lei nº 9.099/95) e nos crimes contra idosos (previstos na Lei nº 10.741/03); o perdão pelo ofendido nos crimes com ação penal de iniciativa privada (previsto no Código Penal); a possibilidade do perdão judicial em crimes de homicídio culposo, lesão corporal culposa (previstos no Código Penal), e nos casos de colaboração premiada (previstos na Lei nº 9.807/1999); a possibilidade de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo em crimes relacionados ao consumo de entorpecentes (previstos na Lei nº 11.343/2006); e a aplicação de medidas socioeducativas nos desvios de conduta ou atos infracionais praticados por crianças e adolescentes (prevista na Lei nº 8.069/1990).

Foi identificado também o incentivo à prática da justiça restaurativa pelos tribunais estaduais brasileiros nas orientações emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o que indica o reconhecimento institucional de que esse pode ser um caminho mais eficiente para a recuperação dos apenados.

Verificou-se que alguns tribunais de justiça parecem estar mais adiantados na utilização do paradigma da justiça restaurativa, destacando-se os dos estados de São Paulo, do Rio Grande do Sul, do Paraná, de Tocantins, da Bahia, de Minas Gerais e do Mato Grosso do Sul, assim como do Distrito Federal.

Um outro desafio se refere à solução a ser dada para aqueles que, mesmo após serem submetidos a novas abordagens de recuperação e reabilitação, reincidam na delinquência.

Embora para eles talvez a única solução continue sendo a imposição pela justiça de penas restritivas de liberdade, até que o aperfeiçoamento da metodologia de restauração quem sabe algum dia lhes possa oferecer novas chances de recuperação, também nesses casos a justiça restaurativa pode oferecer uma importante contribuição, ao reconhecer o apenado enquanto sujeito de direitos e obrigações, e conclamar a sua participação ativa no processo de recuperação, através do incentivo ao trabalho e ao estudo durante a execução penal, elementos que também já estão presentes na legislação brasileira de execução penal, e que encontram na experiência conduzida pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC uma referência para o aperfeiçoamento do sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Do idealismo abolicionista ao realismo político-criminal: considerações sobre a potencialidade da justiça restaurativa para a administração de conflitos criminais. In: MEDEIROS, Fernanda L. F.; SCHWARTZ, Germano A. D. (org.). O direito da sociedade, anuário, volume 1. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2014. pp. 213-28.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2016. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em 30/5/2017.

AZEVEDO, André G. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SOUZA, Luciane M. (coord.). Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2ª edição, 2015, pp. 183-202.

BACELLAR, Roberto P.; GOMES, Jurema C. da S.; MUNIZ, Laryssa A. C. Implementação da justiça restaurativa no poder judiciário: uma experiência do Estado do Paraná. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 319-38.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 1990. Disponível em: <www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>. Acesso em 30/5/2017.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

BITTENCOURT, Cezar R. Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena. In: BITTAR, Walter. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & BCCRIM, 2007.

_____. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Tratado de direito penal: parte geral. vol. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Delano C. Justiça restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n.77, jun/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em 10/4/2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório Final. Jul/2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em 30/5/2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940. Código Penal.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3/10/1941. Código de Processo Penal.

_____. Lei nº 7.210, de 11/7/1984. Institui a Lei de Execução Penal.

_____. Lei nº 8.069 de 13/7/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.807 de 13/7/1999. 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.

_____. Lei nº 9.099, de 26/9/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.259, de 12/7/2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

_____. Lei nº 11.343 de 2/8/2006. 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

_____. Lei nº 12.594 de 18/1/2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

_____. Lei nº 12.850 de 2/8/2013. 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.

_____. Ministério da Justiça. Anuário brasileiro de segurança pública 2016. São Paulo, SP: FBSP, 2016. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>>. Acesso em 30/5/2017.

_____. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – dezembro 2014. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em 21/9/2017.

_____. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 21/9/2017.

CARVALHO, Luiza. Justiça restaurativa: o que é e como funciona. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 24/11/2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em 11/4/2017.

CHIES, Luiz A. B. Prisão e estado: a função ideológica da privação de liberdade. Pelotas: EDUCAT, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ avança em proposta de norma para uso da justiça restaurativa no país. Brasília: 27/10/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80769-cnj-avanca-em-proposta-de-norma-para-uso-da-justica-restaurativa-no-pais>>. Acesso em 30/5/2017.

_____. Escolas em Santos (SP) são pacificadas com o uso da justiça restaurativa. Brasília (DF): 15/10/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80684-escolas-em-santos-sp-sao-pacificadas-com-uso-de-justica-restaurativa>>. Acesso em 25/8/2017.

_____. Justiça restaurativa é aplicada em presídios. Brasília (DF): 8/8/2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios>>. Acesso em 25/8/2017.

_____. Portaria Nº 16 de 26/02/2015. Dispõe sobre as diretrizes de gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016.

_____. Recomendação nº 44 de 26/11/2013. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura.

_____. Resolução nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

_____. Resolução nº 225 de 31/05/2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

CRUZ, Rafaela A. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. In: IBCCRIM. Tribuna Virtual, Ano 01, ed. nº 02, mar/2013

DELMANTO, Celso et al. Código Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EGLASH, Albert. Beyond restitution: creative restitution. in HUDSON, Joe; GALAWAY, Burt. Restitution in criminal justice. Lexington, Mass. (EUA): D.C. Heath, Lexington Books, 1977

_____. Creative restitution: its roots in psychiatry, religion and Law. The British Journal of Delinquency, Vol. 10, nº 2 (October, 1959), pp. 114-119.

_____. Creative restitution: some suggestions for prison rehabilitation programs. American Journal of Correction, 20, 1958, 20-34.

FBAC – FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS. A APAC: o que é? Itaúna (Minas Gerais): 2013. Disponível em <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/como-fazer/apac-o-que-e>>. Acesso em 17/11/2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORES, Ana P.P.; BRANCHER, Leoberto, Por uma justiça restaurativa para o século XXI. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp.. 89-128.

GARCEZ, Walter de A. Curso básico de direito penal: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. Reincidência criminal no Brasil - relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 7/9/2017

JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; VITTO R de; PINTO, R.G. (orgs.). Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

JESUS, Damásio de. Direito penal – parte geral. 1º vol. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, n. 21. Brasília (DF): Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, pp. 15-28.

LEAL, Cesar B. Prisão: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, Flavia. Seds e Departamento Penitenciário Nacional (Depen) apresentam resultados da Justiça Restaurativa em BH. Belo Horizonte (MG): 29/4/2015. Disponível em <<http://www.seds.mg.gov.br/ajuda/story/2600-seds-e-departamento-penitenciario-nacional-depen-apresentam-resultados-da-justica-restaurativa-em-bh>>. Acesso em 2/10/2017.

MARSHALL, Tony. The Evolution of Restorative Justice in Britain. In: European Journal on Criminal Policy Research, vol. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996.

MASSA, Adriana A.G.; BACELLAR, Roberto P. Prevenção ao uso de drogas no judiciário em uma perspectiva restaurativa. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 341-65.

MASSON, Cleber R. Direito penal esquematizado – parte geral. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Eduardo R.; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania C. Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP – Centro de Criação de Imagem Popular, 2008.

MIRABETE, Júlio F. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11/7/84. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Manual de direito penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRSKY, Laura. Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices. International Institute for Restorative Practices, 2003. Disponível em <<https://www.iirp.edu/eforum-archive/4292-albert-eglash-and-creative-restitution-a-precursor-to-restorative-practices>>. Acesso em: 22/9/2017.

OLIVEIRA, Odete M. Prisão: um paradoxo social. Florianópolis: Ed. da Universidade Federal de Santa Catarina, 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conselho Econômico e Social. Resolução 1999/26: Desenvolvimento e implantação da mediação e de medidas de justiça restaurativa na justiça criminal. Nova Iorque: 1999. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-inf2-add2.pdf>>. Acesso em 30/5/2017.

ORTEGAL, Leonardo. Justiça restaurativa: um caminho alternativo para a resolução de conflitos. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, n. 21. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, pp. 120-31.

PALLAMOLLA, Raffaella da P. Justiça restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PENIDO, Egberto de A.; MUMME, Monica M.R.; ROCHA, Vanessa A. da. Justiça restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a Resolução 225/2016 do CNJ. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa – horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 163-214.

PINTO, Renato S.G. A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de Justiça criminal. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9878>>. Acesso em 22/09/2017.

PRUDENTE, Neemias M.; SABADELL, Ana L. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. In: Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jun. 2008.

RAUPP, M.; BENEDETTI, J. C. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto-Alegre. In: Revista Ultima Ratio, 2007, 1(1), 9-11.

RESSEL, Sandra. Execução penal: uma visão humanista; discussão sobre as penas aplicadas e sua execução; propostas para uma execução penal humanista. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande: X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305>. Acesso em 19/07/2016.

RODAS, Sérgio. Judiciário exerce poder autoritário na sociedade sem promover pacificação. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 12/11/2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/entrevista-andre-tredinnick-juiz-familia-rio-janeiro>>. Acesso em 16/11/2017.

ROLIM, Marcos. Justiça restaurativa: para além da punição. In: A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

SALMASO, Marcelo N. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: BITTENCOURT, Fabrício (coord.) Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016, pp. 15-64.

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

SCHUCH, Patrice. Tecnologias da não-violência e a modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa. In: Civitas. Porto Alegre: v. 8, n. 3, p. 498-520, set.-dez. 2008, pp. 498-520.

SCURO NETO, Pedro. Modelo de justiça para o século XXI. Rio de Janeiro: Revista da Emarf, v.6, n.1 (ago.1999). Disponível em <http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfv06.pdf>. Acesso em 3/9/2017.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: n. 12, p. 411-447, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28064>>. Acesso em 22/9/2017

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal; o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato C.P.; PINTO, Renato S.G. (org.). Justiça restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORELLY, Elisa; SILVA, Mayara A. S. N. da; MADEIRA, Lígia M. Cor, escolaridade e prisão: um estudo socio-jurídico do fenômeno da reincidência criminal. In: Revista Sociologia Jurídica, n. 3, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. Justiça restaurativa: Poder Judiciário do Estado da Bahia. 4ª ed. Salvador: 2017. Disponível em <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/quarta_edicao_cartilha_06_2017.pdf>. Acesso em 20/9/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Justiça restaurativa completa dois anos de implantação em MS. Campo Grande (MS): s.d. Disponível em <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100074987/justica-restaurativa-completa-dois-anos-de-implantacao-em-ms>>. Acesso em 20/9/2017.

_____. Justiça restaurativa na escola. Campo Grande (MS): s.d. Disponível em <https://www.tjms.jus.br/_estaticos_/infanciaejuventude/cartilhas/cartilhaJusticaRestaurativaNaEscola.pdf>. Acesso em 20/9/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. A justiça restaurativa. Brasília (DF): s.d. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/justica-restaurativa/o-que-e-a-justica-restaurativa>>. Acesso em 1/10/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Projeto Novos Rumos na Execução Penal. Belo Horizonte (MG): maio/2009. Disponível em <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/novos_rumos_/cartilha_apac.pdf>. Acesso em 2/10/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Justiça restaurativa em contexto de violência familiar, doméstica e nas relações de vizinhança: instaurando um novo paradigma. Rio de Janeiro: s.d. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>. Acesso em 20/9/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Programa Justiça Restaurativa para o século 21. Porto Alegre (RS): s.d. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/J21_TJRS_cor.pdf>. Acesso em 30/5/2017.

ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.