

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

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E QUEBRA DO PARADIGMA PUNITIVO:
ALTERNATIVAS AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

ÚRSULA OLIVEIRA DA CUNHA

**RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE**

ÚRSULA OLIVEIRA DA CUNHA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E QUEBRA DO PARADIGMA PUNITIVO:
ALTERNATIVAS AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

**RIO DE JANEIRO
2017/ 2º SEMESTRE**

ÚRSULA OLIVEIRA DA CUNHA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E QUEBRA DO PARADIGMA PUNITIVO:
ALTERNATIVAS AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

Data da aprovação ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/2ºSEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Clarice e Márcio, por todo o suporte.

Aos meus amigos, que quando eu mesma não acreditava mais, faziam questão de me manter firme e seguindo.

À minha irmã, Natália, pela companhia e pelas risadas, que tornaram mais leve a caminhada.

Novamente, aos meus pais, sem os quais eu não teria sequer entrado na Faculdade Nacional de Direito, muito menos saído dela com tanta alegria.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a viabilidade da Justiça Restaurativa como modelo de administração de conflitos alternativo ao modelo tradicional de justiça penal. A falência do sistema tradicional exige uma reflexão sobre novas formas de gestão de conflitos na sociedade moderna, que não gerem consequências tão drásticas quanto as do atual. Para tanto, imprescindível o debate sobre o abandono do paradigma punitivo que permeia a justiça penal, que inflige dor e sofrimento como males necessários a todos os infratores da ordem social, sob o discurso do retribucionismo. O modelo restaurativo aproxima-se de um modelo humanizado, que, por meio do encontro e do diálogo, pode vir a obter mais sucesso do que o adotado presentemente.

Palavras-chave: justiça restaurativa; gestão de conflitos; paradigma punitivo; falência do sistema; retribucionismo; modelo restaurativo.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the viability of Restorative Justice as a model of conflict management, alternative to the traditional model of criminal justice. The bankruptcy of the traditional system requires a reflection on new forms of conflict management in modern society, which do not have as drastic consequences as the current one. Therefore, it is essential to debate the abandonment of the punitive paradigm that permeates criminal justice, which inflicts pain and suffering as necessary punishment to all violators of the social order, under the discourse of retributivism. The restorative model comes close to a humanized model, which, through encounter and dialogue, can be more successful than the one adopted at present.

Keywords: restorative justice; conflict management; punitive paradigm; bankruptcy of the system; retributivism; restorative model.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
Capítulo 1. A falência do sistema penal e do paradigma punitivo.....	10
1.1. Paradigma punitivo e as funções da pena	11
1.1.1. Teorias da pena.....	12
1.2. Deslegitimação do sistema penal.....	14
1.2.1. Crise da pena privativa de liberdade.....	16
1.2.2. Superlotação carcerária e Estado de Coisas Inconstitucional.....	19
1.2.3. Possíveis respostas à crise.....	20
Capítulo 2. Modelo restaurativo: uma alternativa viável.....	23
2.1. Introdução à restauratividade.....	27
2.2. Fundamentos e aspectos dogmáticos da Justiça Restaurativa.....	31
2.2.1. Justiça Restaurativa vs. Justiça Retributiva.....	34
2.2.2. Princípios restaurativos.....	37
2.2.3. Objetivos da Justiça Restaurativa.....	40
2.2.4. Procedibilidade.....	43
2.3. Críticas ao modelo restaurativo.....	46
2.3.1. Privatização e expansão do Direito Penal.....	47
2.3.2. Compatibilidade jurídica.....	51
2.3.3. Resultados restaurativos.....	55
Capítulo 3. A prática restaurativa.....	60
3.1. Encontros restaurativos.....	61
3.1.1. Medição vítima-ofensor.....	62
3.1.2. Conferências grupais familiares.....	64
3.1.3. Círculos de construção de paz.....	67
3.2. Restauratividade no Brasil.....	71
3.2.1. Lei 9.099 de 1995.....	72
3.2.2. Justiça infanto-juvenil.....	75
Considerações Finais.....	78

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo apresentar a Justiça Restaurativa como um norte para a elaboração de um novo paradigma de justiça criminal, em observância à falência do paradigma punitivo-retributivo tradicionalmente adotado. Diante do fracasso dos ideais retribucionistas, a restauratividade traz novos princípios e conceitos que se concentram em obter uma alternativa viável à resposta punitiva estatal, verificando no conflito um dano às pessoas envolvidas, e não ao Estado.

O trabalho foi dividido em três partes, para melhor abordar o tema e seus contextos. De início, analisou-se o insucesso do modelo punitivo, que é categoria fundante do sistema penal tradicional. A falta de legitimidade no exercício estatal do monopólio penal, as taxas crescentes de violência, o encarceramento em massa como única sanção possível, entre outros, são fatores que demonstram esse insucesso.

Em seguida, examinou-se o modelo restaurativo como método alternativo de administração dos conflitos, por meio da exposição de seus conceitos, aspectos dogmáticos e princípios basilares. Além de explorar a sua procedibilidade, também se ponderou sobre as críticas existentes a esse modelo, e sua capacidade de ultrapassar os obstáculos apontados.

Por fim, investigou-se como se procedem as práticas restaurativas, percorrendo todas as suas modalidades e a sua aplicação no Brasil. Através de uma avaliação sobre o processo de implementação da restauratividade, foi averiguada a necessidade de ultrapassar a cultura jurídica brasileira positivista, conservadora e burocrática.

A temática abordada é de extrema relevância para a sociedade, tendo sido escolhida no intuito de que, a longo prazo, a Justiça Restaurativa seja uma alternativa amplamente discutida, enriquecendo debates e permitindo a reflexão sobre novos métodos de resolução de conflitos.

1. A FALÊNCIA DO SISTEMA PENAL E DO PARADIGMA PUNITIVO

Desde o século XVIII, o encarceramento prisional figura como modelo principal de punição, evoluindo das penas em praça pública com claro viés de demonstração de poder, para o afastamento e consequente isolamento do delinquente.

No século XX, o sistema criminal foi se modificando e cada vez mais debatia-se sobre as funções da pena e a legitimidade do discurso jurídico-penal, tendo em vista os graves custos sociais a que a sociedade estava sendo submetida, como altos índices de reincidência e aumento das taxas de violência.

O modelo punitivo-retributivo, conforme será exposto no presente capítulo, é a representação do discurso jurídico-penal baseado na racionalidade penal moderna, uma forma de pensamento que consiste na naturalização da estrutura normativa eleita pelo sistema penal¹: o crime está sempre acompanhado de uma sanção, e de acordo com a reprovabilidade de cada conduta, é racionalmente feita uma dosimetria da pena. A racionalidade penal moderna sustenta a necessidade de punição, alimentando a noção retributiva da pena, impedindo que sejam analisadas outras estruturas que não a da lógica punitiva.

Após anos de inúmeros dados negativos sobre o sistema de justiça criminal, há um consenso a respeito da incapacidade da pena privativa de liberdade de atingir seus propósitos fundamentais de pacificação social e reabilitação dos criminosos, razão pela qual iniciou-se a busca pelas medidas alternativas ao encarceramento. O punitivismo como resposta única à resolução dos conflitos mostrou-se insuficiente e mais danoso do que vantajoso, de forma que cada vez mais críticas surgiram em face do paradigma do sistema penal tradicional, o paradigma punitivo. Tal paradigma defende a imposição de um mal necessário em resposta a um mal causado pelo infrator, sendo necessária sua expiação. O crime é uma violação às leis, antes de ser violação às vítimas, devendo o Estado lesado proporcionar uma punição equânime ao dano.

A transformação do paradigma punitivo dominante em um novo paradigma de justiça criminal, qual seja, o da Justiça Restaurativa, pressupõe a superação dessa racionalidade penal moderna, por meio da reconstrução de princípios, métodos e conceitos, repensando a resposta penal para um viés não aflitivo, afastando-se do retributivo.²

1.1. Paradigma punitivo e as funções da pena.

1 MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Justiça restaurativa como um novo paradigma de desconstrução do direito penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17426&revista_caderno=3>. Acesso em set 2017.

2 MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Justiça restaurativa como um novo paradigma...**, op. cit.

Em seu livro *Em Busca das Penas Perdidas*³, Zaffaroni atesta que o nosso discurso jurídico-penal é tão frágil que desarma ao mais leve toque com a realidade. As penas perdidas seriam as imposições de dor e sofrimento sem sentido, sustentadas pelo paradigma punitivo. A insistência nesse discurso apenas se mantém pela aparente incapacidade de ser substituído por outro.

A lógica que permeia a pena privativa de liberdade é a do retribucionismo. Tal lógica é pautada nos princípios da igualdade, na medida que há uma necessidade de o violador retribuir o mal que causou a fim de reaver o equilíbrio social, e da liberdade, uma vez que ao optar por violar o direito, o criminoso já optou pelo castigo.

As penas retributivas continuam sendo justificadas por discursos frágeis, como o avanço da criminalidade; a falta de resposta diante do aumento de leis punitivas, que na verdade, são respostas aos anseios da mídia, que constantemente versa sobre impunidade nos meios de comunicação; a necessidade de se respeitar as garantias penais, devendo ser seguida friamente a proposta da lei; entre outros. Entretanto, também continuam sem esclarecer o porquê de não se dar primazia à reparação material e moral do delito, em face da retribuição, o que privilegiaria os interesses da vítima e poderia alcançar uma resolução do conflito mais efetiva. O paradigma punitivo está intrinsecamente ligado à função retributiva da pena, razão pela qual antes de construir uma crítica a esse paradigma, faz-se necessária a análise das teorias da pena privativa de liberdade.

1.1. Teorias da pena

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a pena atualmente é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor do delito para que expie sua culpa. As funções da pena foram motivo de inúmeras reflexões ao longo dos últimos três séculos, após a Revolução Iluminista e o surgimento das teorias da pena. De fato, o desenvolvimento da pena está atrelado ao desenvolvimento do Estado, uma vez que as formas de estado e os modelos socioeconômicos adotados influenciam no sistema de justiça adotado por esse Estado.⁴

Três são as principais teorias sobre as funções da pena: As absolutas (retribucionismo), as relativas (prevenção geral e especial) e as unificadoras.

As teorias absolutas, ou retributivas, surgiram com o Estado absolutista. Resumidamente, a pena seria uma punição, um castigo necessário para que o autor expiasse seu pecado. O delito era visto

3ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 05

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 101-104

como um mal direcionado ao Estado, ao soberano, à divindade terrena.⁵ Passado o absolutismo, vivenciamos a revolução liberal burguesa e a laicização do direito penal. O delito agora é considerado uma agressão à ordem jurídica pactuada pelos homens, que é refletida em suas legislações.

Se a visão do delito se modifica, a da pena também o faz. A pena não mais deve expiar o pecado, mas sim realizar a justiça, tarefa metafísica extremamente problemática. A concepção retributiva da pena está intimamente ligada ao imperativo categórico de Immanuel Kant: o infrator deve ser punido simplesmente pelo fato de ter delinquido, agindo em desconformidade com a moralidade compartilhada pela sociedade. Dessa forma, não seria necessário que a pena tivesse outras finalidades ou utilidades. Para Hegel, a pena seria a forma que o ofensor encontraria de compensar seus atos e recuperar o equilíbrio social.⁶

O retribucionismo encontrou muitas críticas, dentre elas a de Claus Roxin⁷. Para o autor, a teoria retributiva apenas expressa a imposição de uma pena, sem especificar em que ocasião deve sancionar, qual fundamento autorizaria o Estado a castigar. Não há exposição dos pressupostos para a punição, o que aumenta a arbitrariedade com a qual o Estado exerce seu poder. As teorias absolutas por si só não são aceitáveis ao direito penal moderno.

As teorias preventivas, por outro lado, se pautam na necessidade da pena para fins de convivência pacífica na sociedade. A finalidade é que o infrator não volte a violar a lei, ou seja, seus fins são preventivos posteriores. Sua função não seria a de realizar a justiça, mas sim a de coibir a reiteração delitiva por parte do infrator.

A teoria da prevenção geral foi construída por nomes como Bentham, Beccaria, Feuerbach, entre outros. Por meio de uma coação psicológica, traduzida na ameaça em uma cominação de pena, a prevenção geral busca passar uma mensagem à toda sociedade, de que não se deve delinquir, e a prevenção especial se propõe a ressocializar, evitar que o infrator volte a agir da mesma forma.⁸

⁵ *Ibid*, p. 106

⁶ *Ibid*, p. 108-113

⁷ ROXIN, Claus. Sentido y limites, in **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Ed Reus. Madrid, 1976, p.14 *apud* BITENCOURT, César Roberto: **A falência da pena de prisão...**, op. cit. p. 120

⁸ *Ibid*, p. 122

Entretanto, a ressocialização aqui considerada exige que as penas sejam mais humanitárias e que hajam condições mínimas para que sejam cumpridas, por meio de previsão orçamentária adequada a resolver os problemas que assolam o sistema penitenciário. De toda forma, a teoria preventiva acredita que o direito penal seria uma solução adequada aos problemas de criminalidade.

Para as teorias relativas, o ser humano é considerado como racional e capaz de ponderar sobre suas condutas, como se portar, sabendo que há uma resposta repressiva caso aja de determinada maneira. Também não há, contudo, definição do âmbito do que seria punível, caindo na mesma falta de limites das teorias absolutas.

Algumas questões empíricas também devem ser consideradas, como o conhecimento das normas pelo infrator, ou a sua motivação, o que dificulta a avaliação da efetividade dessa teoria, uma vez que não se sabe se o indivíduo que não comete delitos não o faz por medo da cominação legal ou por outros motivos.⁹

A prevenção especial é focada na reeducação do infrator. Utilizando-se da intimidação, a pena intervém diretamente sobre o indivíduo, por meio de dirigismo intelectual. Todavia, a ressocialização é apenas um propósito sem previsões de sucesso, considerando que é paradoxal tentar reeducar alguém para a liberdade em condições de não liberdade.¹⁰

Por fim, as teorias unificadoras unem as noções preventiva e retributiva, e limitam a atuação penal ao fato praticado, ou seja, utilizam o princípio da culpabilidade como critério limitador da intervenção estatal.

1.2. Deslegitimação do sistema penal.

“A atual configuração do sistema penal, por ser proveniente dos albos da revolução mercantil e da formação dos estados nacionais, provoca o desaparecimento dos velhos mecanismos de solução entre partes em confronto, produzindo-se a expropriação dos conflitos (dos direitos da vítima), assumindo o soberano o lugar de “única vítima” e convertendo todo o sistema penal em um exercício de poder verticalizante e centralizador”¹¹

⁹ *Ibid*, p. 128.

¹⁰ *Ibid*, p. 139.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas...**, op. cit. p. 152.

Todos os sistemas penais são estruturados em demonstrações de seu exercício de poder, sem as quais haveria a supressão dos próprios sistemas. Essa demonstração de poder pelo Estado é responsável pelas características mais conhecidas do sistema penal: seletividade, reprodução de violência, verticalização social, destruição de relações comunitárias. Tais deficiências não são características sociais conjunturais, mas sim estruturais dos sistemas.¹²

A legitimidade de um discurso jurídico-penal está diretamente ligada à sua racionalidade. Sendo racional e atuando nos conformes dessa racionalidade, será legítimo. Para que o discurso seja racional, deve ser coerente e verdadeiro. Levando em consideração que o Direito existe para servir ao homem, cai em grande incoerência o discurso que tira sua validade puramente das disposições legais.

Zaffaroni afirma que mesmo que o nosso discurso fosse coerente, ainda não seria verdadeiro, pois sua realização é impossível, ou totalmente diferente de como foi programado. O discurso deve ser socialmente verdadeiro para ser legítimo.¹³ Como a racionalidade é falha, falha é a sua legitimação.

O fato de o discurso estar balizado pelo princípio da legalidade, ou seja, programado e previsto em lei, não descaracteriza a sua deslegitimação, tendo em vista que a legalidade exige que o exercício do poder punitivo respeite os limites estabelecidos, o que sabemos que não acontece. A própria lei penal renuncia aos limites da legalidade, utilizando-se de termos vagos e abertos, a fim de que possa exercer uma repressão maior do que a que seria autorizada. A estrutura do sistema penal é montada não para permitir que a legalidade o controle, mas sim para que possa exercer todo seu poder com arbitrariedade e seletividade. De fato, a diferença entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é enorme.¹⁴

Essa violência “legal” exercida pelo Estado busca sua justificação nas teorias contratualistas: para evitar que a sociedade caia no caos, seus membros se submetem a algumas restrições, e em troca o Estado regula a convivência social para que seja pacífica. Dessa forma, a demonstração de força exacerbada do Estados seria preferível às práticas privadas, à justiça com as próprias mãos. Os fins do Estado justificariam seus meios, sendo a violência legal melhor do que a alternativa. No entanto, cabe ressaltar que os teóricos do contratualismo sempre afirmaram que a sua construção era teórica, uma ficção, não havendo nunca sido operada com dados concretos da realidade social.

¹² *Ibid*, p. 15-20.

¹³ *Ibid*, p. 15-20.

¹⁴ *Ibid*, p. 25-30.

Zaffaroni ainda relembra os três elementos fundamentais para a deslegitimação do sistema penal na América Latina apontados por Louk Hulsman:

“As mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais”¹⁵

Para tornar legítimo o sistema penal, é necessário buscar uma resposta ao delito que efetivamente diminua a violência atual. Existem táticas pautadas na intervenção penal mínima, como a descriminalização, meios alternativos de resolução de conflitos e adoção do princípio da oportunidade, que permitem minimizar a violência empregada pelo sistema, contudo, o seu acolhimento deve renunciar não só à intervenção punitiva, mas ao paradigma punitivo como um todo, possibilitando a promoção de modelos alternativos, como o reparador ou o conciliatório. Não é considerada uma prática legítima a mera supressão do processo penal ou de suas garantias, porém sob manutenção do modelo punitivista. O que se impõe é a quebra do paradigma punitivo.

1.2.1. A crise da pena privativa de liberdade.

A imposição de uma pena não pode ser considerada uma solução para um conflito. A instância judiciária tem o poder de decidir sobre os conflitos, se deve ou não ser imputada alguma pena, mas não tem capacidade de solucioná-los. Tal incapacidade é responsável pela falta de racionalidade do discurso penal: as sanções jurídicas em geral acarretam sofrimento ou algum nível de restrição, seja no direito civil, de família, trabalhista, etc., porém não são nomeadas como penas, pois seu objetivo fundamental é solucionar o conflito. Já a pena não possui sentido, é apenas uma manifestação de poder do Estado.¹⁶

Assim, Zaffaroni conceitua: “Pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito”¹⁷

15 HULSMAN, Louk, BERNART-DE-CELIS, Jacqueline. **Peines Perdues**. Le Système penal em question. Le Centurion. Paris, 1982. *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas...**, op. cit, p. 108

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas...**, op. cit. p. 202-204

17 *Ibid*, p. 204

A crise da pena privativa de liberdade diz respeito à incapacidade de a pena obter um efeito positivo sobre o apenado. O encarceramento em si resume-se a um meio antinatural, diametralmente diverso ao da comunidade livre, que na maior parte do mundo ocorre em estabelecimentos sem condições materiais ou mesmo humanas que possibilitem a reabilitação. A superlotação prisional, as circunstâncias deploráveis de higiene, alimentação, assistência médica e psicológica, a falta de capacitação dos funcionários, que perpetram a violência verbal e física, os abusos sexuais praticados, e a insuficiência de oportunidades de trabalho são características marcantes do sistema carcerário.¹⁸

Esse cenário assustador propicia o efeito criminógeno da prisão, ou seja, o estímulo à reincidência criminal. Bitencourt atesta que “a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso”.¹⁹

A exclusão do indivíduo de sua comunidade proporciona um desajuste que dificilmente pode ser revertido. Há uma interrupção no ciclo de desenvolvimento da pessoa, e ainda que as condições materiais sejam minimamente aceitáveis, as lesões psicossociais são inevitáveis e, muitas vezes, irreparáveis.

A vida no sistema penitenciário se desenvolve mediante a despersonalização do infrator. Intimidade e privacidade não mais existem, o que favorece um processo de “coisificação” do ser humano. Há uma moldagem do apenado, que passa a depender da instituição para todas as suas necessidades. A rotina de atividades diárias, sempre na companhia de outros detentos e sob o comando de uma autoridade imediata, fixa o apenado a um contexto próprio de comportamentos e usos sociais que colaboram para a perda dos hábitos sociais adquiridos com a convivência comunitária.

O regime das penitenciárias de segurança máxima, por exemplo, que trabalham com o total isolamento da sociedade, geram danos psíquicos irreversíveis, violentando a estado emocional dos reclusos. As condições de vida são tão anormais que é paradoxal se falar em reabilitação para vida em sociedade nessa conjuntura.

O fracasso do modelo punitivo fica mais evidente ao analisarmos os índices de reincidência criminal. Como não há reabilitação dos infratores e não há uma política criminal efetiva que diminua os índices de criminalidade, cada vez é maior o número de delinquentes sociais. Entretanto, cabe ressaltar que tais taxas podem variar por fatores posteriores à liberação do apenado, sejam eles sociais ou pessoais.²⁰

18 BITENCOURT, Cezar Roberto: **A falência da pena de prisão...**, op. cit. p. 154-157

19 *Ibid*, p. 159

20 *Ibid*. p. 164

Segue trecho do voto do ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347 sobre a crise do sistema penitenciário:

“Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”²¹

Por fim, a adoção de uma solução socialmente menos violenta conferiria racionalidade ao discurso jurídico e tornaria legítimo o exercício do poder penal. Antes mesmo de ser submetido a uma pena, o delinquente entra em contato com a violência, pois esta é presente em toda a intervenção do sistema.

Dessa forma, a ambição dos críticos do atual paradigma de justiça criminal é encontrar um modelo em que, entre os objetivos eticamente impostos, se destaque o de salvar vidas humanas, por meio da redução dos níveis de violência.²²

1.2.2. Superlotação carcerária e Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe: violações gravíssimas de direitos fundamentais, de urgência máxima e que afete um número considerável de pessoas; a ausência de atuação eficaz do poder público, denotando a falha estrutural na administração das mazelas; e a necessidade de medidas direcionadas a diferentes órgãos, os “remédios estruturais”, que podem ser manejados pelo ativismo judicial.²³

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, set de 2015. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>, p. 26.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas...**, op. cit. 218

23 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. In: *Conjur*, Rio de Janeiro, set 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em set 2017.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, o STF concedeu parcialmente uma cautelar que pleiteava providências sobre a crise carcerária brasileira, requerendo a realização de audiências de custódia, previstas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas nunca implementadas no Brasil. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pugnou pelo reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária, o que ensejaria deliberações para resolução da questão prisional.

No voto do relator, ministro Marco Aurélio, foram incluídos alguns dados alarmantes do INFOPEN²⁴, que expressam que em 2014, a população prisional era de 607.731 pessoas. As vagas foram quantificadas em 376.669, e o seu déficit em torno de 231.062. A taxa de ocupação é de 161%.²⁵

Em seu voto, o ministro Luiz Fux mencionou a ausência de fundamentação legal nas decisões de muitos juízes, afirmando: “Portanto, há um estado de coisas inconstitucional”. A ministra Carmen Lúcia ressaltou a falta de unidades prisionais federais, o que demonstra que os estados estão se responsabilizando pelos presos que são de alçada da União. Ela também reafirmou o estado inconstitucional de coisas ao analisar os números carcerários. O ministro Gilmar Mendes ainda propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional denota como insuportável a violação massiva de direitos fundamentais, diante das ações e omissões do poder público perante a questão prisional, sendo necessária uma verdadeira transformação estrutural na forma como punimos os infratores. Esse status permite que o Supremo Tribunal Federal se utilize de sua legitimidade para intervir nas políticas públicas e na alocação de recursos orçamentários, a fim de superar tais inconstitucionalidades.

1.2.3. Possíveis respostas à crise

Duas dentre as mais importantes propostas político-criminais para sanar os vícios do nosso modelo de justiça penal merecem ser aqui citadas: o abolicionismo penal e o direito penal mínimo. Ambas assumem e reafirmam a deslegitimação do atual sistema penal, contudo a teoria abolicionista vai além e nega a legitimidade de qualquer sistema penal, não só o tradicional. Nenhum dos dois

24 Infopen: Levantamento Nacional de informações penitenciárias, 2014

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de...**, op. cit. p. 56

modelos provê indicações de como ser aplicado em um futuro próximo, sendo essa a maior crítica a ambos.

No direito penal mínimo, é proposta uma alternativa de atuação mínima, apenas para minimizar a reação violenta contra o Estado. Busca a prevenção dessas reações, funcionando como instrumento impeditivo da vingança privada. A pena aqui teria dupla função: a prevenção dos delitos, o que indica o limite mínimo da pena, e a prevenção das reações desproporcionais, que indicaria o seu limite máximo.²⁶

O abolicionismo, por outro lado, possui diferentes lentes em seus diferentes teóricos. Louk Hulsman afirma que por meio dessa teoria, seria possível chegar ao próprio conflito, às “situações problemáticas”, como os chama. As instâncias intermediárias substituiriam o sistema de justiça criminal, permitindo que os envolvidos resolvam seus entraves sem a interferência do Estado e de seu monopólio penal. Thomas Mathiesen muito se inspirou no marxismo, defendendo que o abolicionismo deve estar em permanente relação de oposição e competição com o sistema tradicional. Foucault, por outro lado, ilustra como o sistema na verdade é resultado de um alinhamento de micropoderes, e que foi necessário expropriar os conflitos das mãos da sociedade em prol do poder quando os Estados nacionais se formaram.²⁷

Por último, Nils Christie aborda as dificuldades de manutenção da solidariedade nas grandes sociedades, devendo ser mantidos os vínculos horizontais e comunitários de empatia. O Estado trabalha desconstituindo esses vínculos, por meio da verticalização do poder penal.²⁸

A partir dessas construções e das evidências apresentadas pelo sistema penal ao longo dos últimos séculos, fica claro que, para reduzir o discurso jurídico-penal, devemos retirar o conflito da alçada do poder verticalizante do sistema e oferecer uma solução menos violenta.

A maior expressão da violência sistemática é a imposição da pena de prisão. O encarceramento é uma prática de deterioração, que gera a patologia de regressão do apenado, que é levado a condições inadequadas às de um adulto, diante da sua privação total. Praticamente todas as prisões estão submetidas a superlotação, deficiências na alimentação, na assistência médica e sanitária, falta de higiene, o que fere a autoestima do apenado de diversas formas, instaurando uma “cultura de cadeia”.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas...**, op. cit. p. 94-96

²⁷ *Ibid*, p. 101-102

²⁸ *Ibid*, p. 101-102

Tais conjunturas, que são estruturais do sistema penal, são o maior obstáculo à obtenção da paz social.²⁹

Ao examinar a questão sob a temática dos Direitos Humanos, verificamos que o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a sua prática. Direitos Humanos são um programa que busca a transformação, a longo prazo, de toda a humanidade, para que haja uma conformidade no tratamento de todos os indivíduos. O próprio sistema penal privilegia a desigualdade, o que por si só é atentatório à ideologia humanista.³⁰

Concluindo, Zaffaroni ainda é categórico ao afirmar:

“A necessidade e a urgência de uma resposta fundada na deslegitimação do sistema penal se impõem, também a partir da perspectiva de programa transformador que os direitos humanos implicam, particularmente em nossa localização no mapa do poder planetário, onde o caminho progressivo até a realização dos direitos humanos é muito

claramente submetido a interrupções abruptas e onde o exercício do poder do sistema penal constitui a chave do extermínio brutal”³¹

29 *Ibid*, p. 145

30 *Ibid*, p. 149

31 *Ibid*, p. 153

2. MODELO RESTAURATIVO: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL.

“E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento de um sistema punitivo? Sem aí, ao invés de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de ‘Justiça Criminal’? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando para além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática restaurativa’, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da Justiça Restaurativa acreditam que sim”³²

32 Rolim, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 90 *apud* CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. In: Tribuna Virtual IBCCrim, Edição nº 02. São Paulo, março de 2013. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal>>. Acesso em set 2017.

Conforme exposto no capítulo anterior, concluímos que para combater e eliminar os conflitos nos utilizamos de força e violência, perante o uso exacerbado do poder punitivo. O Direito Penal e o Processo Penal em si funcionam como justificativas institucionais para manutenção do exercício legítimo da violência, ou seja, a legitimação da imposição de dor em resposta a uma transgressão. Tal pensamento é fruto das teorias do contrato social, que ao longo dos séculos banalizou o uso da violência quando esta é legalmente exercida pelo Estado, com fins de combater a barbárie que se instauraria sem a sua intervenção.

O paradigma punitivo-retributivo que norteia esse exercício legítimo da violência busca reconstruir o fato delituoso, atribuir a culpa ao ofensor e infligir um mal que seja equânime ao que ele deve retribuir. Diante da crise de legitimidade e eficácia do sistema penal, surge a necessidade de elaborar um novo paradigma de justiça criminal, com foco na humanização do sistema e superação da premissa do castigo como única resposta possível às transgressões sociais.

Leonardo Sica indica que a reforma do sistema deveria iniciar-se pela redefinição da missão da justiça penal, por meio da já referida elaboração de novo paradigma. Para tanto, busca-se construir uma teoria de medidas alternativas à prisão e à pena em si, calcadas em reduzir a violência punitiva, neutralizar as funções reais do cárcere e frear a expansão da rede de controle social, ou seja, frear a constante criação de novos tipos penais.³³

As medidas alternativas à prisão, como a mediação, renúncia à pena, perdão judicial e o simples afastamento da intervenção penal³⁴ tem o condão de gerir de forma mais inteligente os problemas de criminalidade que afetam a nossa sociedade, tendo em vista que a reprodução de práticas violentas pelas instituições é aclamada por um discurso de crime e de violência difundido pela insegurança e falsa ideia de “impunidade”, quando, na verdade, o que mais marca a justiça penal é a imposição de um mal, sob o alicerce do paradigma punitivo-retributivo, que a tornou cada vez mais socialmente custosa e ineficiente.

Tais medidas já tentaram ser implementadas no Brasil, contudo, o encarceramento continuou crescendo vertiginosamente, demonstrando que incluir tais medidas dentro da mesma ótica punitiva-retributiva não diminui a resposta violenta estatal, apenas queda em transformar-se em mecanismos falhos para tentar enxugar o judiciário brasileiro já saturado.

Nas palavras de Guilherme Augusto Dornelles:

33 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 04.

34 *Ibid*, p. 05

“No Brasil, as penas alternativas não impactaram a população carcerária, pois foram direcionadas a sujeitos que, mesmo sem elas, não seriam punidos com o encarceramento (Ilanud, 2006), e o crescimento da aplicação das alternativas penais ocorreu concomitante à expansão da punição por meio do cárcere (Carvalho, 2010).”³⁵

Surge, portanto, uma nova lente sob a qual deve ser enxergada a justiça penal, substanciada em um conjunto de práticas que busca, por meio do diálogo e do sentimento comunitário, a reafirmação da vítima e do ofensor como protagonistas do conflito, a reparação do dano causado e reconciliação dos laços atingidos: A Justiça Restaurativa. Segundo Mylène Jaccoud³⁶, o modelo restaurativo se delinea no princípio da redefinição do crime, ou seja, no abandono da visão do delito como transgressão somente ao Estado, como violação de norma legal, e observação do delito como ato danoso às pessoas e suas relações, no que se baseia um elemento fundamental da Justiça Restaurativa: seu escopo relacional.

Dessa forma, esse modelo de resolução de conflitos busca o uso da linguagem e da participação comunitária para “consertar” as relações rompidas, frisando o papel essencial que cada uma das partes do conflito tem na sociedade, no intuito de reparar os danos causados pelo crime e suas consequências, tanto da perspectiva da vítima e seus familiares, quanto da comunidade como um todo.

O modelo restaurativo propõe uma democratização da forma como as “situações problemáticas”, nas palavras de Louk Hulsman, são solucionadas, em condições equilibradas de poder, por meio da participação ativa da vítima no processo e pela responsabilização, também ativa, do ofensor; há também a participação de todos os afetados direta ou indiretamente como membros da comunidade, além da integração entre as diversas instituições sociais para formação de uma rede funcional de regulação social.

Aqui parte-se de um pressuposto de que não há como generalizar os casos danosos e tentar encaixá-los em um padrão, como ocorre nas jurisprudências e súmulas vinculantes. A teoria dos precedentes não se coaduna com a lógica restaurativa, que busca orientar-se subjetiva e contextualmente; cada caso é um caso, e para cada caso há consequências distintas. O objetivo central do paradigma não punitivo é reparar danos e reconciliar indivíduos, devendo possuir como suporte estrutural o sistema de justiça criminal, procurando facilitar a atuação ativa de vítimas-ofensores-comunidade.

35 DE SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. **Três teses equivocadas sobre as alternativas penais à prisão** In: Boletim 272 IBCCrim. São Paulo, julho de 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5477-Tres-teses-equivocadas-sobre-as-alternativas-penais-a-prisao>. Acesso em set 2017.

36 JACCOUD, Mylène. **Princípios, Têndências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 170

Renato Sócrates Pinto assim conclui:

“Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado”.³⁷

A justiça restaurativa (re)surgiu a partir da necessidade latente das vítimas de se sentirem parte da resolução do conflito que lhes pertence, tendo em vista que o Estado, ao apropriar-se desse conflito, torna-se um vingador público, deixando impotentes as pessoas que mais foram afetadas pelas condutas processadas. Zaffaroni e Nilo Batista³⁸ chamariam esse processo de “confisco do conflito”. O sistema de justiça criminal pouco ou nada reserva às vítimas, utilizando-se de linguagem técnica inacessível e realizando procedimentos judiciais complexos, alienando-as ao focar exclusivamente na violação do ofensor ao diploma legal.

Cabe ressaltar que a quebra do paradigma punitivo não necessariamente pugna pela substituição do modelo punitivo pelo restaurativo. Parte-se da teoria de que os modelos se complementam, tendo em vista que a restauratividade não vai sempre resolver a totalidade das “situações problemas” de Hulsman, estando as situações-limite submetidas à certa repressão. O que se quer desvincular é a ideia do castigo como necessário, ou seja, o ideal socialmente difundido de que é necessária uma atitude hostil na justiça punitiva, a busca do sofrimento retributivo. A ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa.

Para tanto, cabe a citação de Durkheim:

“Há uma verdadeira e irremediável contradição em vingar a dignidade humana ofendida na pessoa da vítima, violando-a na pessoa do culpado. O único meio, não de levantar a antinomia (que, a rigor, não é solucionável), mas de reduzi-la, é reduzir a pena tanto como seja possível”³⁹

³⁷ PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 21

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2003 *apud* SICA, Leonardo: **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p 26

O curioso é que, para afastar-se dos instintos brutais da vingança privada, nos utilizamos de um “vingador público” que, por meio de decisões verticais, satisfaz nossos desejos hostis. A lógica que alimenta o sentimento de vingança e imposição necessária de um castigo é a mesma lógica que cria sentimentos de distanciamento e exclusão social, de forma cíclica. Sica⁴⁰ traz uma reflexão cristalina sobre a insustentabilidade ética do modelo punitivo: “A reação penal deve ser eticamente aceitável, ao contrário do que faz a punição, que usa o princípio “não faça o que eu faço, mas faça o que eu digo””. Para punir uma conduta violenta, parte-se de uma conduta também violenta, porém legalizada.

2.1. Introdução à restauratividade

“A justiça restaurativa é, assim, o fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal”⁴¹

Projetos experimentais de conciliação e mediação entre ofensor e vítima tiveram seu tímido início na década de 70, no intuito de aproximar as partes para que juntas pudessem avaliar os impactos sofridos com a infração penal. Na década de 90, Howard Zehr, considerado o “pai” da Justiça Restaurativa, fomentou o debate em busca de um novo modelo de justiça criminal, pautado em valores diametralmente opostos aos tradicionalmente adotados, e que objetivava uma participação efetiva das partes, dando voz às vítimas e às suas expectativas durante a resolução do conflito. Assim, Zehr se torna uma referência na proposta de mudança do paradigma de justiça ao expressar as premissas base da restauratividade em seu livro “Trocando as Lentes”, lançado em 1990.

Leonardo Sica faz um estudo comparativo das experiências restaurativas no âmbito internacional. Apesar da história mais recente reacender o debate sobre as práticas restaurativas, como os movimentos descriminalizantes e descarcerizantes da década de 70, podemos falar de restauratividade há muito mais tempo e nos mais variados contextos comunitários, seja nas tradições de povos antigos do Oriente, seja nas comunidades indígenas do Canadá e da Nova Zelândia, em que

39 DURKHEIM, Emile. “**Dos Leyes de la evolución penal**”. **Delito y sociedad**. Revista de Ciencias Sociales, nº 13. Buenos Aires, 1999, p. 80 *apud* SICA, Leonardo: **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p 40

40 SICA, Leonardo: **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p 44

41 JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências...**, op. cit., p. 166

sentimentos como vergonha e arrependimento eram mais eficazes como resposta ao crime do que a imposição do castigo.

Na Nova Zelândia em específico houve a criação do Children, Young Persons and Their Families Act (1989), que revolucionou o processo da justiça de menores no país, a partir do desenvolvimento da justiça restaurativa. Há um forte papel do Estado na determinação do momento em que o caso deve ser enviado para os escritórios de mediação, à discricionariedade da autoridade policial. Dentre as atuações, eram previstas: advertência; elaboração de um plano de ação, de modo a proporcionar a reparação material e simbólica; prestação de serviços à comunidade, também podendo incluir um pedido de desculpas; e por último o encaminhamento do caso à instância judiciária competente. No caso de homicídio, a última opção era obrigatória. O sucesso na empreitada infanto-juvenil estimulou a migração do modelo restaurativo para a justiça comum.⁴²

Na experiência italiana, também na década de 80, a mediação possuía o condão de arquivar o processo por irrelevância do fato, ou mesmo levar ao perdão judicial. Entretanto, não são todos os jovens que eram aceitos no programa, sendo excluídos os reincidentes ou dependentes químicos.⁴³

A Alemanha em 1992 deu luz ao Projeto Alternativo, que versava sobre medidas alternativas às penas privativas de liberdade. Os projetos de conciliação já existiam desde a década de 80, a fim de promover a reinserção social e o alívio da justiça juvenil, saturada com delitos de bagatela e seus altos custos processuais. Houve uma importante alteração legislativa na Lei Processual Penal alemã, em seus §§ 153 e 153^a, em 1993, que permitiu que o Ministério Público abrisse mão da persecução penal, por motivos de pena ou culpabilidade ínfimas. Pode haver exigência do cumprimento de algumas condições, como reparação do dano, contudo não seria aqui um instituto similar à suspensão condicional do processo, tendo em vista que não haveria nem oferta de denúncia pelo órgão acusador.⁴⁴

A experiência francesa também deu poder aos procuradores da República de optarem pela mediação penal como instituto intermediário entre o processo judicial e o arquivamento. Os delitos de violência física, contra a honra, patrimônio ou as fraudes são os mais comumente remetidos ao processo restaurativo.⁴⁵

42 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit, p. 82-84

43 CERETTI, Adolfo. **Come pensa il Tribunale peer i Minorenni**. Milão, FrancoAngeli, 1996, p. 107 *apud* SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit., p. 87

44 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit., p. 87-90

45 *Ibid*, p.90-93

Austrália e Canadá também iniciaram a implementação da restauratividade pela via da Justiça de Infância e Juventude, com foco nos crimes patrimoniais. Há um grande respeito às culturas indígenas em ambos os países, sendo necessária a presença de um representante da comunidade aborígene durante todo o processo de mediação. No Canadá em específico, vários foram os modelos de mediação criados, alguns inspirados no modelo da Nova Zelândia, como as Family Group Conferences; outros inspirados nas práticas indígenas, como os Sentencing Circles, que adotam a participação das partes, da comunidade, das instituições, dos advogados, objetivando auxiliar o juiz a promover a medida mais adequada cabível para o caso em questão; e outros mais focados na cura dos impactos emocionais do crime, os Healing Circles.⁴⁶

Muito utilizados nos âmbitos civil e empresarial, pouca é a interferência dos métodos alternativos na área penal na América Latina, podendo ser usado como referência o Chile, em que há obrigatoriedade de conciliação nas causas penais envolvendo menores de idade. O Código de Processo Penal chileno, após reforma em 1996, passou a possibilitar a busca pela reparação do dano em crimes patrimoniais, podendo levar ao término do processo. Por outro lado, a Colômbia possui métodos de resolução baseados na participação comunitária, com auxílio de organizações não governamentais. Também há previsão de conciliação nos delitos patrimoniais que não se utilizem de violência.⁴⁷

Na África do Sul, há que se falar na Comissão de Verdade e Reconciliação, criada após o regime do Apartheid, que é considerada uma experiência bem-sucedida do modelo restaurativo em um contexto de transição política. Buscou-se a reconciliação das partes, envolvendo toda a comunidade, preferindo um processo de diálogo ao modelo adversarial retributivo.⁴⁸

Após a análise de Sica, podemos identificar que, em sua maioria, os delitos acatados pelos projetos restaurativos são patrimoniais, contra a honra ou lesões corporais, sendo menos comuns os delitos contra a vida ou dignidade sexual. Apesar de os índices de reincidência em todos os projetos mencionados apresentarem números menores que os referentes aos mesmos delitos resolvidos no sistema judiciário de forma tradicional, conforme estudos apresentados nos países supracitados após décadas de aplicação do modelo restaurativo, há resistência na expansão dos métodos alternativos à crimes considerados mais graves, ainda que pesquisas admitam a possibilidade de sua aplicação a tais crimes, observando os dados referentes a delitos violentos.

46 *Ibid*, p.93-99

47 *Ibid*, p. 99-102

48 *Ibid*, p. 102-105

Ao final da década de 90, após a expansão do debate sobre novas formas de resolução de conflitos, a Organização das Nações Unidas (ONU) formulou as Resoluções 1999/26 (de 26/07/1999), 2000/14 (de 27/07/2000) e 2002/12 (24/07/2002) prevendo a adoção da Justiça Restaurativa e de seus princípios pelos Estados Membros. No Brasil, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 9.099 de 1995 foram introduzidas práticas restaurativas no sistema de justiça, porém ainda não da forma como prevê a ONU.

A Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de agosto de 2002, traz princípios básicos, como voluntariedade e confidencialidade, assim como norteia a implementação da Restauratividade nos países membros; aqui ressaltaremos algumas de suas disposições:

“2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença.

3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator. (...)

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional. (...)

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo. (...)

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos. (...)⁴⁹

Há também que se falar no projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, criado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça do Brasil em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, que apoiou o início da

49 ONU. Resolução 2002, de 24 de julho de 2002. 37ª Sessão Plenária. Disponível em http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002. Acesso em ago 2017.

implementação da Justiça Restaurativa nos estados brasileiros, por meio das Varas de Infância e Juventude e dos Juizados Especiais Criminais⁵⁰, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

2.2. Fundamentos e aspectos dogmáticos da Justiça Restaurativa

Em sua obra *Trocando as Lentes*⁵¹, Howard Zehr preconiza uma nova forma de analisar os conflitos e seus desdobramentos na sociedade. Para entendermos o modelo restaurativo, devemos trocar a lente retributiva pela restaurativa, a fim de enxergarmos a infração, e conseqüentemente a sua resolução, com um viés diferente.

A Justiça Restaurativa não se resume a um modelo de resolução de conflitos; é considerada um estilo de vida, baseado em valores e princípios de convivência que buscam a conscientização do nosso lugar na comunidade. A ocorrência do delito gera uma responsabilidade compartilhada, de toda a comunidade, que deve ter a possibilidade de se expressar, tendo em vista que também é alvo dos danos. Do infrator é exigida a assunção de responsabilidade e o comprometimento com a reparação; da vítima, um papel ativo a fim de desestabilizar os rótulos estigmatizantes construídos pelo atual sistema de justiça penal, seja o de vítima impotente, seja o de criminoso sem cura.

A mudança de lentes incita uma mudança de poder “sobre” o outro pelo poder “com” o outro, observando o conflito como uma oportunidade criativa, diante das dificuldades da convivência. A filosofia restaurativa identifica os sentimentos e necessidades afetados, convidando as partes à responsabilização individual (*informação verbal*)⁵².

A ruptura na cultura do punitivismo é o principal desafio da Justiça Restaurativa. O Estado punitivo trabalha com a lógica da exclusão do delincente da sociedade; porém, conforme os ensinamentos de Kay Pranis, não há como se “livrar” das coisas, apenas retirando-as do campo de visão.⁵³ Como no movimento ecológico, jogar ao mar uma garrafa de vidro não fará com que ela

50 FARIA, Ana Paula. **Justiça restaurativa e mediação penal – um novo caminho na Justiça criminal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12013>. Acesso em set 2017

51 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um foco sobre o crime e a justiça**. 2. Ed. São Paulo: Palas Athenas, 2014. p. 257-268

52 Informação fornecida por Célia Passos, na palestra Novos Repertórios em Justiça Restaurativa, ministrada na sede da OAB-RJ, em 08 de agosto de 2017.

53 PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa e Processo Circular nas Varas de Infância e Juventude**. São Paulo: Palas Athenas. 2010. p. 09

suma, apenas a afastará do seu campo de visão, não resolvendo em nada a destinação daquele material, que retornará para você pelo mesmo mar. No caso dos criminosos, a exclusão não soluciona os conflitos ou mesmo as consequências pessoais e os danos resultantes dele, tanto para o delinquente quanto para vítima e sociedade; apenas enclausuramos o problema por alguns anos, a fim de clarear nosso campo de visão.

O fenômeno da criminalidade atual exige um sistema de justiça flexível, com diferentes respostas aos diferentes casos. Por meio de um abolicionismo moderado, a Justiça Restaurativa possibilita a satisfação das demandas sociais, objetivando a ressocialização e a reparação da vítima e da comunidade, por meio de uma democracia participativa. O processo voluntário e informal, em que intervêm mediadores e facilitadores, as garantias processuais do acusado, sendo juridicamente compatível com o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, também é necessário que seja compatível com o senso de justiça da sociedade, missão mais difícil de ser concretizada, tendo em vista que o atual sistema de justiça se volta para a atribuição de culpa, e não para o alcance de um resultado socialmente terapêutico. O procedimento restaurativo busca identificar as necessidades e obrigações geradas pelo delito, ensejando um diálogo colaborativo que resulte na redução do impacto dos crimes, seja por meio da mediação, da conciliação, das audiências ou dos círculos de sentença.

A Justiça Restaurativa tem por função primordial a reapropriação do conflito. Michel Foucault⁵⁴ identifica que o poder punitivo se transformou em um dos únicos campos em que vigora o monopólio estatal, sob o uso de punição legal como forma de contenção dos excluídos e das tensões sociais. A apropriação do conflito teria sido o fenômeno que permitiu ao poder político tomar frente nos procedimentos judiciais, criando figuras como o “procurador”, que dubla a vítima, e a noção de infração, que distribui o dano desde a vítima até o soberano.

Nas palavras de Nils Christie⁵⁵, o Estado roubou o conflito das partes, sendo a missão da Justiça Restaurativa reverter tal situação, a fim de que os verdadeiros donos do conflito possam conjuntamente encontrar a melhor solução para o caso concreto. Com potencial para responsabilizar-se pelos dados e consequências de sua conduta, o infrator se vê envolvido no processo, contribuindo para

54 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª edição. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 2003 *apud* SICA, Leonardo: **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 38

55 CHRISTIE, Nils. **Los conflictos com pertencia**. Trad. Alberto Bovino e Fabrício. Buenos Aires, Ad Hoc. 1992 *apud* MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. **A Justiça Restaurativa como política de prevenção - um novo olhar para a justiça criminal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11738.Acesso>. Acesso em set 2017.

a decisão, diferentemente do atual modelo vigente, em que o delinquente é apenas considerado em suas faltas ou má formação.⁵⁶

2.2.1. Justiça restaurativa vs. Justiça retributiva

A mudança de paradigma torna-se imprescindível quando confrontamos o modelo retributivo vigente e o restaurativo. Segundo Renato Sócrates Pinto⁵⁷, atualmente o retribucionismo tem como objetivo a prevenção geral e especial, buscando intimidar e punir o infrator. A punição vem representada pela pena, seja privativa de liberdade ou alternativa. Entretanto, as penas desarrazoadas e cumpridas em um regime carcerário desumano tornam a ressocialização um objetivo secundário. A estigmatização e discriminação provenientes da punição acompanham o infrator durante toda a sua vida em comunidade após o cárcere, tendo em vista que antes e durante o cumprimento da pena, vítima, infrator e comunidade permanecem isolados e desintegrados.

Nas palavras de Howard Zehr: “O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por normas sistemáticas”.⁵⁸

Não há reintegração de paz social, uma vez que a tensão gerada pelo poder punitivo estatal é uma constante. O crime é a quebra de um pacto de cidadania reinante que, na verdade, não inclui os próprios cidadãos na resolução de seus conflitos. Além de ser visto como um ato contra o Estado, o crime é interpretado em um contexto de culpabilidade individual, num processo judicial indisponível e dirigido pelas autoridades estatais; formal, adversarial, unidisciplinar, monocultural e indiferente às necessidades das partes; apenas busca arbitrar responsabilidade penal, perseguindo o interesse público por meio de um uso dogmático do direito.⁵⁹

Em relação às partes, o modelo retributivo trabalha com a alienação do processo. Sem participação ou assistência, seja psicológica, social ou jurídica, as vítimas ressentem-se com o próprio

56 BRANDÃO, Delano Cância. **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 out 2017.

57 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 24

58 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...**, op. cit. p. 171 *apud* CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo...**, op. cit.

59 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 24-27

poder público. O ofensor é inibido a dialogar desde o início do processo, comunicando-se apenas pelo seu advogado. Suas necessidades não consideradas e o mesmo não é efetivamente responsabilizado por seus atos, apenas recebe uma punição pelos mesmos.⁶⁰

O que prega o novo paradigma sob o qual deve ser observada a Justiça Criminal, qual seja, o paradigma restaurador, é extremamente divergente às bases do modelo punitivo retributivo. Apesar de não possuir o condão de substituir integralmente o modelo vigente, a Justiça Restaurativa necessita de uma construção teórica capaz de mudar a forma como atua o sistema punitivo, uma vez que, assim como já demonstrado, não há efetividade em medidas alternativas que trabalhem dentro do paradigma punitivo, pois são lógicas opostas.

Para Zehr, na lente restaurativa, o crime encontra nova definição:

“É uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”.⁶¹

O modelo restaurativo, ainda conforme os ensinamentos de Sócrates Pinto, interpreta o delito como um ato contra a vítima, e não mais o Estado, e que deve acarretar em uma responsabilização crítica, a fim de restaurar o vínculo social, com foco no futuro, e não no passado. O processo é moldado no comprometimento com a inclusão e com a justiça social, sendo comunitário, informal e confidencial. O poder decisório está diluído entre as pessoas envolvidas, que buscam a restauração das relações, trabalhando os desdobramentos da conduta criminosa.⁶²

A reintegração do infrator, e também das vítimas, é o objetivo primordial do processo, mas igualmente importante é a reparação do dano e de suas consequências psicológicas. A reparação pode se dar na forma de restituição, prestação de serviços à comunidade ou simplesmente por um pedido de desculpas. A lógica restaurativa considera que, no modelo retributivo, não há na punição uma verdadeira responsabilização por parte do infrator, uma vez que ele não encara, frente a frente, as consequências dos seus atos. A oportunidade de compreender os efeitos de suas ações, sensibilizar-se com os traumas causados na vítima e agir em busca de um resultado terapêutico, por meio de um

60 Ibid, p. 24-27

61 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...**, op. cit. p. 171 *apud* CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo...**, op. cit.

62 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 24-27

acordo pautado em razoabilidade, prioriza o potencial do infrator de responsabilizar-se pelo dano em toda sua extensão.

Nas palavras de Deilton Ribeiro Brasil:

“A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os danos que causou – e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível”⁶³

A vítima ocupa o centro do processo restaurativo, podendo conduzi-lo. As necessidades individuais e coletivas são supridas por meio de uma rede institucional que provê assistência, restituição das perdas materiais, afeto e reparação. Há interação entre vítima e ofensor, ambos participando ativa e diretamente na resolução de seu conflito, contribuindo para uma decisão mais justa e democrática. Aqui também se busca a paz social, contudo, não mais com tensão, mas sim com dignidade⁶⁴: ao invés da imposição de uma vontade do Estado, que privilegia o distanciamento dos envolvidos, a regra é a inclusão, mediante contribuição direta no processo de pacificação social.

Assim, reitera-se que as práticas restaurativas devem complementar as instituições legais já existentes, resultando em um procedimento que se pautem no consenso e não na coerção, por meio da participação ativa, e que abra caminho para a substituição da retribuição pela reparação e reabilitação, dando maior credibilidade ao sistema de justiça penal.

2.2.2. Princípios restaurativos

Jacques Faget⁶⁵ traz três correntes de pensamento que abriram caminho ao reaparecimento da Justiça Restaurativa como método de resolução de conflitos: os

63 BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa no tratamento de conflitos da administração da justiça penal**. Net, Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 3, n. 40. 2015. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1363/920>>. Acesso em out 2017

64 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 24-27

movimentos de descoberta da vítima, os de exaltação da comunidade, e os movimentos contestatórios às instituições repressivas. Após fortes críticas ao punitivismo, encabeçadas por Foucault (*Surveiller et punir: naissance de la prison*, 1975), Christie (*Limits do Pain*, 1981), Hulsman (*Peines perdues: le système pénal em question*, 1982), entre outros, tais movimentos de contestação evoluíram para recomendação de um sistema de justiça diferente, voltado para o humanismo.

Esse contexto permite compreender os princípios que norteiam a nova sistemática aqui apresentada, sendo voltados para a inclusão das partes e restauração do status quo, abalado pela ocorrência do delito. Tais princípios permitem que cada caso seja trabalhado em suas particularidades, atendendo às condições específicas de cada infrator, como idade, profissão, ambiente familiar, eventual reincidência, assim como de cada vítima.

Para Zehr, a Justiça Restaurativa parte de três princípios fundamentais: A) O crime causa um dano às pessoas e às comunidades; B) Causar um dano acarreta uma obrigação; C) A obrigação principal é reparar o dano.⁶⁶

Strong e Van Ness também abordam as bases principiológicas em três aspectos:

“a) A justiça requer que trabalhem para curar vítimas, ofensores e comunidades atingidas pelo crime; b) vítimas, ofensores e comunidade devem ter oportunidade de uma participação ativa no processo de justiça, tão cedo e quanto quiser; c) repensar os papéis e responsabilidades do governo e comunidade: na promoção da justiça o governo é responsável pela preservação de uma ordem justa e a comunidade se responsabiliza por estabelecer uma paz justa.”⁶⁷

65 FAGET, J.. **La médiation – Essai de politique pénale**. Ramonville Saint- Agne : éditions Erès. 1997 *apud* JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências...**, op. cit. p. 164.

66 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...**, op. cit. p. 170-172 *apud* BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa...**, op. cit.

67 VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. **Restoring justice: an introduction to restorative justice**. LexisNexis Group, Cincinnati, 2010 *apud* MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Justiça restaurativa como um novo paradigma...**, op. cit.

A restauratividade tem seus pilares fundamentais nos seguintes princípios: Voluntariedade, as partes devem poder optar por participar do processo, não podendo ser coagidas para tanto; Informalidade, deve ser abandonado o viés burocrático do judiciário, que é pautado no distanciamento das partes; Confidencialidade, devendo ser resguardada a intimidade dos envolvidos, que expõem suas experiências e traumas; Cooperação, há um encorajamento ao diálogo e à atuação conjunta de todas as partes em busca do resultado terapêutico; Razoabilidade, as obrigações estipuladas no acordo devem ser razoáveis, adequadas e necessárias ao caso; Proporcionalidade, o acordo não pode favorecer a apenas uma das partes, devendo, em medidas distintas, atingir o mesmo grau de satisfação entre os envolvidos; Interdisciplinaridade, que permite solucionar os conflitos em toda a sua extensão (aspectos legal, psicológico, social e financeiro); Responsabilidade, sendo o ofensor considerado em seu potencial de assumir as consequências de seus atos e responsabilizar-se ativamente, por meio de atitudes restauradoras; Mútuo respeito, requisito fundamental para o bom funcionamento da comunidade e de sua dinâmica; Boa fé, espera-se das partes um comprometimento sincero com o processo e com o restabelecimento da paz.; entre muitos outros.

John Braithwaite⁶⁸ também traz os princípios que devem orientar a prática restaurativa.

- A. Não-dominação: O mediador deverá evitar que as diferentes condições de poder entre as partes resultem em dominação ou favorecimento unilateral. Ambas as partes devem ter voz ativa e poder de influência no processo.

- B. Empoderamento: As partes possuem poder decisório sobre o conflito que lhes pertence, tendo a liberdade de atingir a superação do problema da forma como acharem mais adequada.

68 BRAITHWAITE, John. **Principles of Restorative Justice**. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 1-20 *apud* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009.

- C. Obedecer aos limites de sanção impostos legalmente: A sanção acordada deverá cumprir os objetivos de reparação e restauração das relações rompidas, não possuindo caráter vingativo ou de compensação, devendo respeitar os princípios da dignidade humana e da razoabilidade;
- D. Escuta respeitosa: O diálogo pressupõe a interação respeitosa entre as partes, que devem ouvir, assimilar e compreender a exposição dos envolvidos no processo, a fim de chegar a um consenso.
- E. Preocupação igualitária com todos os participantes: Também faz referência à devolução do poder decisório às partes, que devem abordar todos as necessidades de todos os envolvidos, sem favorecimentos, privilegiando a dinâmica comunitária ao poder vertical do estado juiz.
- F. Accountability, appeability: O processo penal deve possibilitar a opção por um processo restaurativo, flexibilizando o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Preconiza uma atuação ativa do ofensor em prol do reestabelecimento do status quo, e não mais passiva.
- G. Respeito aos tratados de Direitos Humanos e outros textos normativos internacionais: O novo sistema é baseado na humanização do processo de arbitramento de responsabilidade, devendo respeitar todos os diplomas legais que versarem sobre a temática.

Também atendemos ao princípio da eficiência, previsto na Constituição Federal⁶⁹ ao propormos a adoção do método restaurativo. Apesar de a mediação vítima-ofensor não possuir

69 BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

prazo definido, há economia de custos e de tempo em comparação com o atual sistema de justiça, que gasta muito movimentando a máquina estatal de forma burocrática e não oferece resultados positivos em termos de ressocialização e reintegração, vide o elevado índice de reincidência.

A partir do momento em que a pena deixa de ser vista como uma compensação ao delito ou um meio de vingança do Estado, é possibilitado ao ofensor compreender e conscientizar-se de seus atos. Para tanto, cabe ressaltar a diferenciação feita por Jaccoud: “O termômetro que permite avaliar se um sistema é restaurativo é, vamos repetir, a finalidade (reparar as consequências) e não a percepção dos envolvidos”⁷⁰. Dessa forma, um sistema que inclui dimensões restaurativas às suas modalidades de aplicação de pena permanece retributivo em essência, além de tornar-se ainda mais coercitivo, uma vez que além da punição, o infrator também deverá participar das práticas restaurativas.

2.2.3 Objetivos da Justiça Restaurativa

“É assim que a justiça restaurativa se vê estabelecendo objetivos complementares de conciliação e reconciliação das partes, de resolução dos conflitos, de reconstrução de laços rompidos pela ocorrência do delito (CDC, 1999; Marshall, 1999), de prevenção da reincidência, de responsabilização (Cormier, 2002). A justiça restaurativa abrange uma tal pluralidade de objetivos que não é mais possível inserir isto em um modelo de justiça específico”.⁷¹

A pluralidade de objetivos mencionada por Jaccoud é o que faz da justiça restaurativa um instrumento de pacificação social. Tal status só será alcançado se considerarmos que há muito mais do que meramente uma retribuição a ser feita nas ocorrências delituosas; muito mais é buscado, como a satisfação pessoal das partes e da comunidade, a prevenção de novas infrações, por meio do tratamento das relações rompidas, e a reparação dos danos, proporcionando uma resposta à infração pautada em valores restaurativos. Aqui objetiva-se

70 JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências...**, op. cit. p. 173

71 BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa...**, op. cit.

chegar a um entendimento entre os envolvidos para atingir uma efetiva convivência social pacífica.

Uma das principais metas da restauratividade é proporcionar novas possibilidades aos envolvidos. Em relação às vítimas, é proporcionada uma conclusão ao ciclo traumático do conflito, permitindo que se sintam seguras novamente; aos ofensores, é oportunizado que possam agir de forma significativa acerca de seus comportamentos, através do desenvolvimento de empatia, obtendo papel ativo no processo de resolução. Quanto à comunidade, é possibilitada uma melhor compreensão do fenômeno criminológico e das causas do crime, o que auxilia na prevenção de novos delitos.⁷² Cabe aqui a reflexão feita por Pedro Scuro:

“As comunidades percebem que o processo de justiça efetivamente se realizou, chegou a bom termo, contribuiu para que os infratores fossem denunciados e responsabilizados por seus crimes, ajudou manter a paz, o sentido de comunidade e bem-estar social”⁷³

O incentivo à colaboração e à reintegração tem propósito de facultar ao agente, por meio do contato direto com as consequências de sua conduta, uma experiência considerável ao ponto de que o mesmo não queira voltar a cometer os mesmos erros. A exposição das necessidades das partes é meio fundamental da finalidade restaurativa, pois assim, não só individualmente, mas também como comunidade, o sistema de justiça permitirá que todos se sintam amparados e acolhidos independentemente da posição em que figurarem no processo.

72 *Ibid*

73 SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. **A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação?** Contribuição ao Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha, São Paulo, abril de 2000. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2> *apud* BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa...**, op. cit

Philip Oxhorn e Catherine Slakmon identificam as iniciativas restaurativas como de “imenso potencial para reduzir desigualdades estruturais, tornando a justiça mais democrática em termos de acessibilidade, universalidade, justiça e legalidade”.⁷⁴

Por mais que não seja o intuito imediato, há que se falar também na capacidade da Justiça Restaurativa de aliviar o sistema de justiça atual. Deilton Ribeiro assim identifica:

“Redirecionar a administração de certas demandas da justiça para o nível local libera o sistema judiciário das grandes filas de casos por julgar, o que permite que o sistema de justiça formal opere mais”⁷⁵

Os objetivos restaurativos resultarão em um acordo, que, conforme já exposto, buscará suprir necessidades individuais e comunitárias, a fim de reintegrar as partes e restabelecer o status quo, após ganhos de natureza comportamental, material e emocional. O acordo poderá ou não conter uma sanção, dependendo do que for estabelecido durante os encontros restaurativos, porém adentraremos melhor nesse aspecto mais adiante.

Ao contrário da Justiça Penal, o acordo não trabalha com uma punição, que seria considerada o fato gerador das desigualdades sociais, mas propõe um processo colaborativo, promovendo a pacificação dos conflitos e a interrupção das cadeias de reverberação da violência e dos processos de criminalização, por meio de uma gestão participativa, democrática e descentralizada.

O autor ainda observa dois fatores fundamentais na imprescindibilidade de buscarmos métodos autônomos de resolução de conflitos:

74 OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. **Princípios, Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 196

75 BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa...**, op. cit

“a) de um lado, cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual (CAPPELLETTI; BRYANT, 1988, p. 83); b) por outro lado, tem se aceitado o fato de que o escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é eliminar conflitos mediante critérios justos, e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas” (DINAMARCO, 2000, p. 157-161).”⁷⁶

Por fim, a justiça restaurativa busca oportunizar um sistema de arbitramento de responsabilidade que promova os direitos humanos e da cidadania, da inclusão social e da dignidade, identificando as mazelas que próprio processo penal tradicional auxiliou a disseminar. Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, “o próprio Estado tem a co-culpabilidade na formação da personalidade do infrator, tornando-o estigmatizado e sem perspectivas de ressocialização”.⁷⁷

Para identificar os aspectos biopsicossociais que contribuem para esse processo de criminalização da pobreza, que em sua maior parte produz criminosos que já são vítimas em seu passado, são necessárias outras intervenções além da punitiva, a fim de que, através dos intentos restaurativos de inclusão social, obtenhamos uma política de prevenção criminal eficaz.⁷⁸

2.2.4. Procedibilidade

76 AZEVEDO, André Gomma de. **O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal.** In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). *Justiça restaurativa.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 139 *apud* BRASIL, Deilton Ribeiro. **Justiça Restaurativa como alternativa...**, op. cit

77 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legislación anti-droga latinoamericana: sus componenetes de derecho penal autoritário.** In: Fascículos de Ciências Penais. n° 2, p. 16/25, 1990 *apud* MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. **A Justiça Restaurativa como política...**, op. cit.

78 MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. **A Justiça Restaurativa como política...**, op. cit

A atuação da justiça restaurativa no novo sistema de justiça penal é possível em todos os momentos do processo judicial como conhecemos, resumidamente em cinco formas: pré-acusação, pelo encaminhamento do caso pela autoridade policial, juiz ou Ministério Público, após análise dos requisitos mínimos; pós-acusação e pré-instrução, no momento imediatamente após o oferecimento da denúncia; pré-sentença, ao fim da instrução probatória, a fim de permitir a pena alternativa para fins de reparação dos danos; e pós-sentença, com adição de elementos restaurativos à execução penal.⁷⁹ Tal atuação pressupõe uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, educadores, etc., oferecendo auxílio em todo o caminho de pacificação do conflito.

Trabalhamos aqui a hipótese de reaproveitamento de algumas das estruturas básicas da justiça tradicional que, ao incluírem práticas restaurativas e ideais comunitários ao seu processamento, não se tornam totalmente inapropriadas ao ideal buscado pela restauratividade. Em linhas gerais, os casos indicados, após manifestação favorável do Ministério Público, seriam encaminhados aos núcleos restaurativos. Após a realização dos procedimentos cabíveis, a serem escolhidos entre os modelos disponíveis, o caso retorna à Promotoria acompanhado de um relatório e do acordo restaurativo assinado pelos participantes. Tal acordo transmuta-se em cláusulas da proposta do Parquet para fins de homologação judicial, e terá sua fase executiva acompanhada até o integral cumprimento.⁸⁰

Três modelos distintos tendem a dominar a prática da Justiça Restaurativa: os encontros vítima-ofensor, conhecidos como mediação de conflitos; as conferências grupais familiares (reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade); e os círculos de Justiça Restaurativa.

Embora semelhantes, os modelos de prática restaurativa diferem quanto ao número de participantes e, em alguns casos, quanto ao estilo de facilitação. As modalidades têm se

79 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 29

80 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 34

mesclado e cada vez mais surgem novas fórmulas para situações específicas; contudo, o elemento em comum é sempre aproximação dos envolvidos na relação conflituosa, resultando numa confidencialidade, uma vez que as emoções afloram e colaboram para o desfecho de um propósito restaurador mais eficaz e duradouro.

Na mediação vítima-ofensor, um terceiro neutro, ou “facilitador”, encaminha as duas partes envolvidas no conflito para um diálogo livre sobre as origens e conseqüências do mesmo, a fim de elaborarem um acordo restaurativo, que será a solução criativa e transformadora do dano, para restabelecer o status quo e satisfazer as necessidades originadas pelo delito. Já nas conferências coletivas ocorre uma mediação ampliada, em que o diálogo ocorre de forma coletiva e integrada com as partes e as pessoas que lhes apoiam.

Por último, nos círculos de construção de paz, há a participação da vítima, seus apoiadores, o ofensor e seus apoiadores, membros da comunidade e membros relevantes do sistema judicial, todos orientados por um facilitador. Normalmente excluídos dos processos de Justiça, ou apenas ouvidos como meio de prova, no processo restaurativo os envolvidos são chamados a expressar seus pontos de vista. Aqui busca-se por meio da interlocução presencial uma compreensão ampla sobre os danos sofridos e a construção conjunta de um planejamento para saná-los, com partilha de histórias e de fala em um ambiente de respeito. Feita essa breve introdução, os modelos de prática restaurativa serão melhor abordados no próximo capítulo.

Kay Pranis ensina que o funcionamento do modelo restaurativo é pautado em responder algumas questões essenciais. Ao invés de questionarmos qual lei foi desobedecida e qual a sanção referente a essa infração, deve proceder-se de forma a responder: Quem sofreu o dano? O que essas pessoas precisam para começar a reparar o que está errado? Quem tem obrigação de tentar atender a essas necessidades? Quem deve participar do processo de determinar o que precisa ser feito para reparar os danos? Que processo colaborativo específico seria mais útil para determinar como reparar os danos? Tais respostas serão encontradas sob a orientação dos profissionais na posição de mediadores, que não se confundem com árbitros, pois não impõe nenhum acordo ou cláusula às partes.⁸¹

81 PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa e Processo Circular...**, op. cit. p. 03

Nas palavras de Howard Zehr:

“As deliberações dos participantes do encontro estruturado e conduzido por um facilitador podem servir como alternativa ou complemento às soluções do sistema de justiça formal. O diálogo a respeito do problema pode servir de apoio aos participantes, auxiliar na solução, evitar a propagação de conflitos, reduzir a reincidência e contribuir para o coescionamento da vida comunitária.”⁸²

A responsabilização pressupõe reconhecimento do ofensor de que podia e escolheu agir de tal maneira, assim como pressupõe a compreensão da extensão de seus atos e uma atuação ativa na reparação e na mudança de seus hábitos e estilo de vida. Para isso, exige-se que o infrator reconheça em alguma medida sua responsabilidade, não sendo indicada a realização de círculos ou conferências quando o mesmo está inflexível.⁸³

Tal como visto, o procedimento tem metas, buscando os resultados aqui já mencionados, como a satisfação e superação por parte da vítima; a redução da reincidência, por meio da abstenção do ofensor de repetir seus atos após assimilar o desvalor de sua conduta; a coesão comunitária, através do retorno a uma noção de pertencimento social; e a redução dos gastos públicos com segurança e com os sistemas judiciário e carcerário.⁸⁴

Para atingir essas metas, a prática restaurativa reformula o processamento atual da ação penal, visando até a sua desnecessidade, operando por meio do envolvimento ativo das

82 ZEHR, Howard. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre os conflitos e os crimes**. Texto extraído da revista Paz restaurativa: a paz que nasce de uma nova justiça: 2013-2014 - um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul / Coordenação Leoberto Brancher – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas, 2014. https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf. Acesso em out 2017.

83 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athenas, 2012. p. 44–52 e 52-69

84 ZEHR, Howard. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre os conflitos...**, op. cit.

vítimas; da assunção verdadeira e eficaz de responsabilidade pelo infrator; de planos especiais como resultado final que auxiliem a tratar as razões que levaram à ofensa; e, por último e não menos importante, operando por meio de ações que ofereçam sensação de conclusão àquele conflito, permitindo a reintegração de todos à comunidade.⁸⁵Procede-se aqui com base em um cinturão de valores, em que o principal deles é o respeito.

Uma importante característica dos encontros restaurativos é que permitem que sejam discutidas circunstâncias comunitárias que podem estar propiciando as violações cometidas, sejam no contexto social, econômico ou político. O reconhecimento de que a sociedade é desigual e individualista dá suporte às afirmações de Zehr de que o senso de alienação social aumenta ao passar pelo processo penal e pela experiência prisional, tendo em vista que o retorno à convivência social não está acompanhado de um sentimento comunitário, de pertencimento ou paridade.⁸⁶

2.3. Críticas ao modelo restaurativo

De fato, a quebra do paradigma punitivo não é algo fácil de ser obtido. Por motivos de ordem cultural e estrutural, a resistência à doutrina restaurativa ainda é muito grande. A adoção de uma justiça mais humana, legítima e democrática permanecerá impossibilitada enquanto o atual paradigma permanecer intocado em seus traços fundamentais: processo penal autoritário e direito penal como exercício de poder, sob pretextos como prevenção geral, reinserção social e segurança pública.

A Justiça Restaurativa luta para combater e, aos poucos, substituir. Muitas são ainda as lacunas em sua teoria dogmática, o que abre uma grande margem para especulações, na maioria das vezes sem base empírica. É certo que será necessário algum tempo para que os valores restaurativos sejam introduzidos, tendo em vista que é um modelo novo. A proposta

85 SHARPE, Susan. **Restorative justice: A vision for healing and change**. Edmonton Victim Offender Mediation Society; 1 edition (May 1, 1998) *apud* ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa...**, op. cit. 44–52 e 52–69

86 ZEHR, Howard. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre os conflitos...**, op. cit.

final é uma total institucionalização desse modelo, a fim de que se torne uma ferramenta universalmente disponível, de forma a responder os problemas da nossa criminalidade, que nada mais é do que uma reação a uma ordem social injusta.⁸⁷

Assim podemos citar Alisson Morris:

“Não acredito que a justiça restaurativa deva alcançar os patamares a que a justiça convencional usualmente é solicitada a atingir, muito menos que seja possível criticar a justiça restaurativa por não resolver os problemas que a justiça convencional vem enfrentando por tantos anos. Devemos, sim, contrastar o que a justiça restaurativa alcançou e ainda pode alcançar com o que os sistemas de justiça convencional têm a oferecer”⁸⁸

Neste subcapítulo constam as principais críticas a essa doutrina, reunidas em categorias bem amplas, diante da impossibilidade de aqui subdividir cada uma das vertentes de cada crítica.

2.3.1. Privatização e expansão do Direito Penal

Muito das críticas que se fazem ao modelo restaurativo se reúnem na premissa de que a Justiça Restaurativa estaria a desjudicializar a justiça criminal e privatizar o direito penal, o que configuraria um controle ilegítimo das pessoas. O que ocorre, na verdade, nada mais é do que uma dissolução do que antes era um monopólio penal exclusivo do Estado, permitindo que toda a comunidade exerça tal poder, de forma orientada. Aqui não há uma exclusão da jurisdição do Estado; os acordos restaurativos podem ser questionados em juízo a qualquer

87 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 34

88 Morris, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 444

tempo. O que há é uma redefinição do papel estatal, que passa a prestar informações, fornecer recursos e proporcionar serviços⁸⁹, abrindo mão da elaboração da sentença condenatória.

A resistência ao modelo restaurativo ainda é muito grande, diante de diversos obstáculos socioculturais. A racionalidade penal moderna é o principal deles, pois, conforme já exposto, funciona como barreira para qualquer movimento de reforma, seja descriminalização, desjudicialização ou diminuição de penas.⁹⁰ É necessário ir além das premissas rasas de que a doutrina restaurativa veio para enfraquecer o Estado e retirar suas funções primordiais, aceitando que há uma deficiência estrutural na forma como a máquina estatal conduz a justiça penal e que esse modelo deve ser reformulado.

Em seu artigo “*Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*”, Alisson Morris faz diversos apontamentos às indagações da doutrina mais cética, que serão a seguir analisadas.

Há uma crítica forte que aponta a Justiça Restaurativa como um retrocesso às formas primitivas de controle social. Entretanto, sempre bom lembrar que as práticas restaurativas estão consolidadas em comunidades indígenas há muitos séculos, muito antes da existência da “vingança privada” como forma de resolução de conflitos. Um âmbito interessante para discutirmos tais opiniões seria o da violência contra mulheres, sendo argumentado que tal modelo trivializa o delito cometido ao retirá-lo das mãos do Estado. A inclusão da família e dos amigos do infrator é um meio fundamental para atingir o objetivo de repreensão e denúncia dos crimes contra a violência doméstica. Não há aqui trivialização do crime, o direito penal mantém seu papel denunciador, porém dá papéis ativos às vítimas, e possibilidades maiores de responsabilização pelo infrator. Na verdade, a situação de inércia das partes no processo tradicional poderia ser considerada trivializadora de tais crimes. Com a participação de seus amigos e família, a vítima também se sentiria mais segura para

⁸⁹ *Ibid*, p. 441

⁹⁰ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 138

denunciar e buscar a reparação dos danos, o que permite afirmar que a justiça restaurativa também empodera as mulheres.⁹¹

No âmbito de sua legitimidade, podemos dizer que a legitimação da Justiça Restaurativa é a mais democrática possível, sendo oriunda da inclusão das partes e de todos os envolvidos no processo decisório, ofertando oportunidade de se manifestarem, serem escutados e tratados com o devido respeito. Duvidosa é a legitimação do nosso sistema tradicional, que concede o poder decisório a um terceiro hierarquicamente superior, e que gera grupos sociais marginalizados e estigmatizados pela aplicação de sua justiça.

O fato de a justiça restaurativa cultivar um processo informal também não significa que tal processo seja aleatório, sem regras, orientações ou garantias. Há um deslocamento dos protagonistas, que passam a ser as partes, ao invés dos advogados, mas isso não quer dizer que não haja acompanhamento jurídico. Nas audiências do programa de Justiça Real (Real Justice conferences) dos Estados Unidos, por exemplo, os advogados participantes das reuniões restaurativas têm uma oportunidade de acompanhamento e podem interromper os procedimentos a qualquer tempo.⁹²

Ainda analisando o caráter “privativo” das práticas restaurativas, ressalta-se que, por basear-se na participação da comunidade, a justiça restaurativa muito foi confundida com modelos de justiça popular ou comunitária, que, historicamente, são repressivos e hierarquizados. Porém, o próprio fracasso do paradigma punitivo por si só poderia encorajar o “vigilantismo”, em razão da descrença da sociedade do sistema de justiça; cabe esclarecer que os valores restaurativos são diametralmente opostos aos da dessa prática, devendo haver supervisão dos seus procedimentos pelas cortes de justiça caso as comunidades passem a deturpar os modelos de restauração para propósitos punitivistas.⁹³

91 Morris, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta...**, op. cit. p. 448

92 *Ibid*, p. 445

93 *Ibid*, p. 453-454

Passemos agora às indagações sobre a expansão da rede de controle penal. Muitas das opiniões contrárias à Justiça Restaurativa voltam-se para o possível aumento do controle social, por focar em infratores com menor risco de reincidência e que cometeram crimes de menor potencial ofensivo. Todavia, cabe ressaltar que inúmeros defensores do modelo restaurativo sustentam que esses processos deveriam ser reservados aos infratores mais graves e persistentes, uma vez que não há recurso para todos, e que os benefícios aos envolvidos são maiores nesse modelo. Na Nova Zelândia, os processos restaurativos não são direcionados a infratores de menor periculosidade: tanto na justiça juvenil quanto na justiça comum, há uma preferência por ofensores persistentes e de crimes mais graves.⁹⁴

A expansão do controle penal na realidade é um efeito colateral da sobreposição das lógicas punitiva e consensual⁹⁵, ou seja, quando a implementação do modelo restaurativo somente busca aliviar o número de casos submetidos ao sistema de justiça. A partir daí, há uma incongruência sistemática, pois são acoplados dois modelos distintos, sendo que, na verdade, a mediação penal busca trabalhar de forma afastada do processo penal, através da solução negociada.

O surgimento da Lei 9.099/95⁹⁶ no Brasil foi uma tentativa falha de reduzir o poder punitivo estatal, pois, embora preveja institutos como a conciliação, transação penal e audiência preliminar, tal diploma legal teve como função latente apenas diminuir a quantidade de conflitos submetidos ao judiciário, o que deixa a desejar nos objetivos restaurativos. De fato, os procedimentos da Lei 9.099/95 pouco beneficiam o acusado, funcionando como uma troca de favores entre as partes, além de não satisfazer as necessidades da vítima. Quando as

⁹⁴ *Ibid*, p. 446-447

⁹⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 150

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>

medidas alternativas são utilizadas apenas como método para evitar a punição certa, perde-se o intento restaurativo em tais práticas.

Vale lembrar que essa lei criminalizou diversos conflitos banais, reprimando várias contravenções penais que já haviam perdido a relevância penal.⁹⁷ Por ser cabível apenas para crimes com penas baixas, ou de menor potencial ofensivo, os delitos submetidos a esse rito processual diferenciado não chegavam a resultar em pena privativa de liberdade no sistema tradicional de justiça, em sua maioria eram convolados em multa. Isso, acompanhado do fato de que, ao passo que era implementado o novo rito, cada vez mais tipos penais eram criados, impediu que houvesse reais mudanças na justiça penal, tanto que os números de encarceramento continuaram a subir.

2.3.2. Compatibilidade Jurídica

O maior obstáculo jurídico para a implementação do modelo restaurativo no Brasil é a existência dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública. É certo que existem aberturas para a aplicação de métodos alternativos nas situações em que vigora o princípio da oportunidade, como nos crimes de ação penal privada, em que é possível que as partes optem pelo procedimento restaurativo; tais casos são, contudo, exceção à regra.

Deixando de lado por um momento as críticas referentes aos reais objetivos da Lei 9099/95, podemos dizer que tal legislação, ao prever a composição civil (art.74 e parágrafo

⁹⁷ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 149

único⁹⁸), a transação penal (art.76⁹⁹) e a suspensão condicional do processo (art.89¹⁰⁰), permite, em tese, a aplicação da experiência restaurativa por meio desses institutos. A composição pode gerar extinção da punibilidade, e o acordo homologado pelas partes significa renúncia ao direito de queixa. No caso da suspensão condicional, há uma previsão no parágrafo segundo que permite que sejam estipuladas outras condições judiciais a serem cumpridas, que não as taxadas em lei, o que abre caminho para a adoção das cláusulas do encontro restaurativo.¹⁰¹ Nos demais institutos, o diálogo restaurativo pode caminhar ao encontro de penas alternativas à prisão, podendo a aceitação do procedimento ser revogada a qualquer momento.

Outra vertente de flexibilização pode ser encontrada no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰². O instituto da remissão (art.126¹⁰³) pelo Ministério Público e a previsão das medidas socioeducativas (art.112¹⁰⁴) são exemplos de adoção de métodos de restauração perfeitamente compatíveis com o sistema de justiça de menores brasileiro.

98 “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”

99 “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”

100 “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”

101 PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. **Justiça restaurativa é possível...**, op. cit. p. 32

102 BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.html>

103 “Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”

A própria Constituição Federal, em seu art. 98, I¹⁰⁵ prevê a conciliação para os crimes de menor potencial ofensivo. Cabe ressaltar que conciliação e mediação vítima-ofensor não se confundem, pois no primeiro há uma obrigatoriedade de acordo, rigidez que não se coaduna com os valores restaurativos. Entretanto, devemos levar em consideração que há ainda um longo caminho a ser perseguido para a implantação de um modelo restaurativo em sua integralidade, portanto é necessário vislumbrar as possibilidades positivas provenientes dos institutos já sedimentados pela Lei 9.099/95.

O método restaurativo pressupõe a existência de um núcleo restaurativo, que avaliará a viabilidade técnica de cada caso, por meio de ações multidisciplinares, e realizará ações preparatórias para o encontro vítima-ofensor. Aqui, todos os princípios previstos pela Constituição Federal e as garantias do processo penal são respeitados e, de uma forma mais ampla, são analisados de forma positiva, e não negativa. O Estado tem um dever de prestação, e não apenas de abstenção.

O movimento garantista como conhecemos, aos olhos da Justiça Restaurativa, é insuficiente para o que se propõe. A observância de várias regras e formalidades não protegerão o ofensor se o único resultado possível do processo é punição. As verdadeiras garantias devem oferecer alternativas ao castigo, restringindo o autoritarismo estatal e dando a máxima efetivação aos seus postulados, o que Leonardo Sica denomina de garantismo positivo.¹⁰⁶

104 “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”

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

106 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 131-132

Para ilustrar essa incoerência, podemos analisar algumas garantias fundamentais. Não há crime sem lei anterior que o defina, como prevê o princípio da legalidade. Todavia, não há efetividade nesse princípio se a cada dia surgem mais leis e se a sua elaboração utiliza cada vez mais termos vagos e abertos. O princípio do devido processo legal, por sua vez, também é falho ao não incluir o direito da vítima de evitar o processo, optando por outras reações penais; há um comando de participação, que exclui a voluntariedade e liberdade da vítima. O direito de obter um processo justo é inviabilizado pelo atual sistema de garantias, torna-se inócuo, uma vez que a única opção possível é o processo penal e suas repercussões, que em nada somam à vítima.¹⁰⁷

Na doutrina minimalista de Alessandro Baratta encontramos o princípio da conservação das garantias formais; esse princípio atesta que a posição do infrator não pode ser reconduzida a um regime de menor garantia do que a proposta pelo direito penal.¹⁰⁸ Conforme o acima exposto, a Justiça Restaurativa trabalha com uma vertente positiva das garantias, abandonando o sistema fechado defendido pelo garantismo penal. Afinal, nas palavras de Leonardo Sica: “Poder-se-ia oferecer maior garantia a alguém do que o afastamento do risco da pena e da prisão, evitando toda a estigmatização do processo penal?”¹⁰⁹

Apesar dos comentários feitos aos princípios e às garantias do processo penal, não há incompatibilidade entre tais disposições e os princípios da justiça restaurativa. Assim, realizou-se uma análise da convergência desses postulados nas práticas restaurativas¹¹⁰:

107 *Ibid*, p. 132-135

108 BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de La Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2, 1999, pp. 89-114 *apud* SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 132-135

109 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 135

110 BARBOSA, Bruno Miranda Novaes. **A justiça restaurativa e o sistema brasileiro de direitos fundamentais: privatização ou modernização do jus puniendi estatal?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17287&revista_caderno=9>. Acesso em set 2017

- A. Legalidade: “Não há crime sem lei anterior que o defina”. O direito penal deve definir crimes e cominar penas, apenas por meio de lei. Entretanto, não sendo hipótese de criar ou alterar tipos penais, ou tornar mais severas as sanções já cominadas, é possível versar sobre matéria penal por meio de outros atos legislativos, como por exemplo o Decreto Presidencial de fim de ano, que concede comutação e indulto aos apenados.
- B. Proporcionalidade: A intervenção do poder público só será legítima na medida em que for necessária, adequada e proporcional, ou seja, as punições excessivas devem ser rejeitadas, respeitando o grau de ofensividade de cada delito. Para evitar que a resposta penal seja superior ao que “merece” a conduta, a Justiça Restaurativa envolve agente, vítima e sociedade, para que todos cheguem a um consenso sobre os motivos do crime e suas consequências. O mediador influirá para evitar que os resultados sejam vexatórios ou excessivos, dando máxima efetividade e aceitação social à sanção escolhida.
- C. Humanidade: São proibidas pela Constituição Federal as penas desumanas ou degradantes, sendo o princípio da dignidade humana um vetor que incide em todas as normas infraconstitucionais, limitando o poder punitivo do Estado. A justiça restaurativa dá maior efetividade a esse princípio do que o sistema convencional de justiça, eis que seu método funciona à base de respeito e consenso, devendo o mediador impedir acordos de cunho degradante. Aqui quebra-se a contradição do Estado que pune uma conduta violenta com outra conduta violenta, como imperativo categórico.
- D. Culpabilidade, ou responsabilidade pessoal: Além das limitações impostas pelo princípio – a pena não passará da pessoa do condenado, e a obrigação dos herdeiros de reparar o dano está limitada ao valor da herança –, são levadas em conta pela restauratividade as condições pessoais do infrator, seu contexto socioeconômico e cultural, partindo da premissa de que cada caso é um caso diferente. A solução só será justa e eficaz se puder ser cumprida pelo infrator. Um infrator insolvente não pode ressarcir o dano do delito, porém serão discutidas outras formas de obter a reparação.
- E. Devido Processo Legal: A restrição da liberdade é a violação do mais fundamental dos direitos humanos; para tanto, deve proceder-se de forma a respeitar inúmeras garantias e formalidades para chegar a esse extremo. Os procedimentos restaurativos previstos devem respeitar as leis ou atos legislativos que os autorizarem, contudo, a verdadeira garantia do devido processual legal só é alcançada quando se obtém uma solução justa para todos os envolvidos.
- F. Presunção de inocência: Ao contrário do que muitos afirmam, a Justiça Restaurativa não ofende o presente princípio. Por mais que aja um acordo consensual e que suas medidas sejam cumpridas, não há por parte do agente uma assunção de culpa no âmbito do processo penal.

Os métodos restaurativos exigem algum nível de responsabilização do infrator, todavia a sua aceitação em nada influencia no status de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caso venha a existir um processo penal.

2.3.3. Resultados restaurativos

“Levrant et al., por exemplo, descreveram a justiça restaurativa como “um movimento desprovido de comprovação com riscos de fracasso” e sustentaram que seu apelo “sustenta-se mais em sentimentos humanísticos do que em provas empíricas de sua efetividade” (1999: 16).”¹¹¹

Considerável parte das críticas à restauratividade giram em torno da sua eficácia, sua capacidade de produzir os resultados a que se propõe. Há quem diga que a Justiça Restaurativa falha em restaurar a vítima e a ordem jurídica; que não serve como alternativa eficaz à prisão; que, por ser considerada “soft”, privilegia a impunidade e não promove a justiça; que não logra êxito em reduzir a reincidência; que tem clientela voltada para ofensores de menor potencial, o que não alteraria em nada nos números de encarceramento; entre outros. De fato, o modelo restaurativo é relativamente novo, apesar de sua origem milenar, o que gera desconfiança por parte dos juristas mais tradicionais. Podemos, contudo, ainda sob as análises de Morris, refutar tais premissas com alguns argumentos já consolidados na prática restaurativa atual no mundo.

É muito questionada a capacidade da Justiça Restaurativa de alcançar um resultado justo, tendo em vista que as sanções previstas nos acordos restaurativos nem sempre são proporcionais aos delitos praticados, de acordo com a lógica do nosso sistema de justiça. Contudo, observamos no nosso atual sistema que nem todos os casos semelhantes são julgados igualmente, o que traz à tona desigualdades de cunho socioeconômico, étnico, de gênero, entre outros. Diferentemente de tais inconsistências, os desequilíbrios que são provenientes de acordos elaborados de forma livre não ofendem aos valores restaurativos, mas sim vão ao seu encontro, priorizando a consensualidade da decisão.¹¹²

O fato da restauratividade não agregar um mal necessário à resposta penal, o que faz com que seja vista como uma justiça “mais leve” ou “soft”, não implica em impunidade ou concessão de privilégios ao infrator. Inúmeras pesquisas comprovam que o encarceramento não diminui os índices de criminalidade ou reincidência; muito pelo contrário, a passagem por toda a justiça penal tende a formar criminosos persistentes. Medidas alternativas são mais eficazes para restauração e reintegração do agente, uma vez que consideram as suas condições pessoais para cumprimento, evitando que não haja reparação do dano.

111 Morris, Alisson. **Crítico os críticos: uma breve resposta...**, op. cit. p. 439

112 *Ibid*, p. 455

Em relação à restauração das partes, essa deve ser compreendida como a recuperação do sentimento de segurança e senso de controle por parte da vítima, e do sentimento por parte do infrator de que pode agir corretamente e reparar seus erros, confiando que o processo será justo. Os resultados das pesquisas nos países que adotam a restauratividade são claros: vítimas que tomam parte em seus procedimentos têm altos graus de satisfação com os acordos de reparação, pequenos níveis de medo e parecem possuir uma boa compreensão sobre o motivo pelo qual o crime ocorreu e se é provável que ocorra novamente¹¹³. Por meio de uma nova metodologia, a vítima recupera autoestima, dignidade e confiança; e ao agente, são proporcionados meios dignos para sua transformação.

De fato, a reparação monetária é ainda algo falho, tendo em vista a insolvência da maioria dos ofensores. Contudo, essa já é uma problemática do atual sistema de justiça, e há quem defenda que o Estado deveria arcar com as reparações materiais, para obter um verdadeiro resultado restaurativo. O patrocínio de programas que tratem as questões subjacentes ao crime, ligados a políticas criminais, e que ofereçam o devido suporte às vítimas deve vir do Estado, não podendo a simples adoção do modelo restaurativo resolver todos os problemas estruturais do atual sistema.

Sobre restauração, Morris aponta:

“No entanto, eu também entendo que “restaurar” significa a compensação dos males causados tanto pela vítima como aqueles por ela sofridos. Isto significa que nossas atitudes devem não somente ter como objeto as consequências do crime, mas também os fatores que a ela estão subjacentes. Nenhum processo, não importa o quão inclusivo, e nenhum resultado, não importa o quão reparador, poderão magicamente desfazer os anos de marginalização e exclusão social experimentados por tantos infratores (ver também Polk 2001), muito menos poderão suprir a necessidade que têm as vítimas de ajuda e aconselhamento terapêutico no longo prazo. A restauração requer a aceitação, por parte da comunidade de forma geral, de que o infrator tentou corrigir seus erros e requer, além disso, que esta mesma comunidade ofereça programas com o objetivo de tratar abusos de drogas e álcool, a falta de qualificações profissionais e assim por diante”¹¹⁴

As melhorias na justiça penal dos países que adotaram a Justiça Restaurativa são cristalinas. Em seu estudo, Morris afirma que a implementação da doutrina restaurativa no sistema de juizado de menores da Nova Zelândia obteve muito sucesso: “Agora, menos infratores jovens são levados às cortes, menos infratores são colocados em residências oficiais da assistência social e menos infratores são sentenciados à internação”¹¹⁵.

113 *Ibid*, p. 448

114 *Ibid*, p. 449

115 *Ibid*, p. 450

Com relação aos índices de reincidência, existe um considerável número de pesquisas que sugerem que a Justiça Restaurativa pode efetivamente reduzir a reincidência, obtendo taxas menores do que a do sistema tradicional de justiça, o que por si só já é um avanço. O resultado é esperado, pois parte-se do princípio de que ao assumir responsabilidade, ser incluído no processo decisório, de forma digna e respeitosa, e retratar-se com a vítima, emocional e materialmente, o ofensor estaria menos inclinado a cometer novos erros. Alguns elementos são levados em consideração para o alcance desse resultado terapêutico, como o remorso, a desmistificação da visão do ofensor de si próprio como uma pessoa má e a concordância com o resultado.

Há quem indague que os resultados restaurativos seriam discriminatórios, pois não estão disponíveis a todo tipo de ofensor. A seletividade na aplicação do modelo restaurativo vai contra os princípios fundamentais de sua doutrina. A obrigatoriedade ou não da aplicação de seus procedimentos pode influir nesse aspecto, como, por exemplo, nos casos da Nova Zelândia e da Austrália. No primeiro, os procedimentos são obrigatórios para toda a justiça juvenil. Já no segundo, tais práticas são opcionais, o que pode gerar uma diferença no qualitativo dos ofensores indicados à essas práticas, levando em consideração problemas estruturais de índole social, econômica e cultural. Aqui cabe lembrarmos que a condução desse processo pelas estruturas remanescentes da justiça tradicional – autoridades policiais, Ministério Público e juízes – deve adotar os valores e princípios da restauratividade em sua atuação, de modo a evitar tais desigualdades.¹¹⁶

Por fim, é importante afastar da avaliação restaurativa os intuítos utilitaristas ou de efficientismo. Para tais correntes, a eficácia do sistema penal aumenta proporcionalmente ao aumento da severidade penal. Entretanto, o que verificamos atualmente é um aumento da criminalidade, um estímulo à reincidência, quedando tal lógica em contradição. Ora, se punir da forma mais violadora possível – retirando a liberdade do indivíduo – não torna a prevenção individual e geral mais eficaz, existe uma falha estrutural em como estamos resolvendo conflitos. Os estudos em países como Nova Zelândia e Austrália comprovam uma diminuição da reincidência, inclusive em crimes violentos, após a adoção do método restaurativo. Apenas pelo fato de não haverem estudos evidenciando que a Justiça Restaurativa e suas práticas aumentam o nível de reincidência, já estaríamos alguns passos à frente do nosso sistema retributivo convencional.¹¹⁷

Para tanto, cabe a reflexão de Howard Zehr:

“Há uma lição a ser aprendida do histórico do sistema penal prisional moderno: ele foi introduzido como reforma, mas logo se tornou tão brutal que o movimento para reformá-lo é quase tão antigo quanto o próprio. A humildade pede àqueles que

116 *Ibid*, p. 451-452

117 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 140-141

defendem a justiça restaurativa que ouçam nossos detratores, comparem nossas visões com a realidade, sejam a um só tempo defensores e críticos”¹¹⁸

118 ZEHR, Howard. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre os conflitos...**, op. cit.

3. A PRÁTICA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa abarca uma série de práticas, que diferem quanto ao número de participantes, quanto ao método e à forma de se desenvolver, e quanto aos seus objetivos. Numa subdivisão maior, Howard Zehr separa as abordagens quanto aos seus propósitos, em três grandes grupos: programas alternativos, terapêuticos e de transição.¹¹⁹

Programas alternativos são os que funcionam como alternativas ao processo penal. Conforme já exposto no capítulo anterior, há a possibilidade de o caso ser encaminhado para o núcleo restaurativo antes mesmo de ser ofertada a denúncia. Havendo sucesso no programa e consenso na elaboração de um acordo, pode ser dispensado o processo judicial formal. Na hipótese dos processos circulares, há participação comunitária e de membros do judiciário para elaborar uma sentença ao caso em questão, observando os valores e princípios restaurativos.

Já os programas terapêuticos, esses trabalham com a compreensão e responsabilização dos infratores por seus atos, podendo haver ou não encontro entre vítima e ofensor. São analisados os impactos das ofensas, como forma de buscar a reabilitação do agente. As vítimas podem compartilhar suas experiências e, por meio do diálogo, ofertar ao infrator uma nova visão de suas próprias condutas. Cada vez mais os programas terapêuticos são utilizados em delitos com violência ou grave ameaça, porém, na maioria das vezes, não há o intuito de evitar o processo judicial. Também são oferecidos por esses programas seminários nas prisões, para que os envolvidos debatam sobre questões que ainda afetam a todos, uma vez que a exclusão do agente não sana os danos causados pelo crime.

Por fim, os programas de transição objetivam a reintegração dos egressos do sistema prisional. A responsabilização e o contato com os danos causados são essenciais para o retorno mais saudável do agente para a comunidade, para que não mais cometa os mesmos erros. Para isso, os encontros podem reunir ex-ofensores e vítimas de ofensas similares, a fim de auxiliar no processo de assunção de responsabilidade, como forma de apoio.

As modalidades de programas restaurativos são analisadas de forma gradativa, desde o totalmente restaurativo até o não restaurativo. A eficácia e a compatibilidade de cada um deles para cada uma das situações dependem da sua capacidade de reparar os danos, do foco na figura da vítima, do incentivo à responsabilização do infrator, ou mesmo das oportunidades ofertadas aos envolvidos de participarem ativamente.¹²⁰

119 ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**..., op. cit. p. 44-52 e 52-69

120 *Ibid*, p. 44-52 e 52-69

Em observância à importância da atuação das partes, Howard Zehr aponta:

“Embora os modelos de conferência e encontro sejam totalmente restaurativos, há situações em que esses modelos não podem ser totalmente, nem mesmo parcialmente aplicados. Como proceder nos casos em que o ofensor não é pego, ou não está disposto a assumir a responsabilidade? Num sistema restaurativo os procedimentos começariam logo depois do crime a fim de atender às necessidades da vítima e envolvê-la no processo, independentemente do fato de o ofensor ter sido preso ou não. Portanto, a assistência à vítima, apesar de não poder ser considerada totalmente restaurativa, é um elemento importante dentro do sistema restaurativo e deve ser vista como uma prática ao menos parcialmente restaurativa. Os painéis sobre o impacto das ofensas, embora não reúnam a vítima com seus ofensores, permitem às vítimas contar suas histórias e estimulam os ofensores a compreender o que fizeram. Estes são elementos importantes da abordagem restaurativa, e o modelo pode ser visto como parcial ou majoritariamente restaurativo. De modo análogo, o que acontece quando o ofensor se mostra disposto a compreender as consequências de seus atos e assumir responsabilidades, mas a vítima está ausente ou recalcitrante? Desenvolveram-se alguns programas para tais circunstâncias (que oferecem oportunidades para aprender com as vítimas e realizar atos simbólicos de restituição), no entanto, deveríamos oferecer mais. Ainda que não sejam totalmente restaurativos, esses programas desempenham um papel importante dentro do sistema judicial como um todo.”¹²¹

Nos subcapítulos a seguir, serão abordadas as principais modalidades de encontros restaurativos, assim como os espaços nos quais foram implementados no sistema brasileiro.

3.1. Encontros restaurativos

Três abordagens distintas tendem a dominar a Justiça Restaurativa: a mediação penal (vítima-ofensor), as conferências grupais familiares e os círculos de construção de paz. Pautadas na pluralidade de valores e opiniões, todas se baseiam na comunicação, contudo divergem quanto às suas pretensões, ao número de envolvidos, ao papel de cada um dos participantes, entre outros. Tais práticas são encaradas como formas complementares de reação penal, e não necessariamente substitutos; o fracasso de alguma delas leva à recondução do caso ao sistema penal.

3.1.1. Mediação vítima-ofensor

A mediação tem por objetivo primordial o desenvolvimento do diálogo entre as partes, a superação dos obstáculos comunicativos oriundos do conflito que protagonizaram, e a reparação do dano, de forma simbólica, sendo a material menos importante. Um terceiro alheio ao conflito participa de forma neutra, auxiliando na compreensão e no confronto dos atos e das consequências envolvidas. Ao final, a existência ou não de acordo entre as partes é secundária; o êxito na mediação encontra seu

121 *Ibid*, p. 44-52 e 52-69

cerne na abertura à comunidade, na participação ativa para resolução de conflitos como processo de reconstrução da sociedade, por seus próprios membros.¹²²

Como já mencionado, mediação e conciliação não devem ser confundidas, tendo em vista que ambas possuem lentes diferentes para a resolução do mesmo conflito. A conciliação, de forma utilitarista, vê o conflito como um problema a ser resolvido, por meio de um acordo. O terceiro alheio ao conflito direciona as discussões para que se mantenham úteis à solução a ser negociada. Já a mediação busca uma discussão de emoções e valores, possibilitando retorno ao passado; o terceiro alheio objetiva um enfoque nas relações e capacidades das partes de gerir conflitos, enfrentando o sofrimento e incômodo gerados por tais conflitos; para tal, a solução negociada é secundária.¹²³

Baseada na voluntariedade e confidencialidade, a mediação incentiva o enfrentamento das emoções e traumas deixados pelo conflito, de forma que a presença do terceiro neutro se torna imprescindível para “controlar os ânimos”. A finalidade é a reconstrução do processo de regulação social; para isso, abandona-se a lógica do distanciamento no processo adversarial atual, e adota-se o encontro das partes como meio obrigatório.

Localizada entre a não intervenção e a punição, tal modalidade não busca definir a verdade dos fatos. Há aqui a prevalência do princípio da autonomia: a mediação está fora do sistema de justiça criminal, possuindo natureza extrajudicial e pré-processual. Dessa forma, não há sobreposição entre os modelos de justiça atual e o restaurativo, pois tal procedimento não é um meio, mas sim um fim em si mesmo, cujo alcance pode resultar em uma solução que indique a desnecessidade da pena.¹²⁴ A lei deve fixar os critérios de adequação para a sua aplicação, intervindo minimamente para evitar arbitrariedades e conformar os resultados restaurativos ao ordenamento jurídico vigente. A escolha pelo procedimento restaurativo deve ser uma escolha informada, em que a vítima deve ter conhecimento claro e cristalino de todos os passos e das possíveis consequências do processo.

Sobre o conceito de mediação, Sica discorre:

“A mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma, complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é construção de um novo sistema de regulação social, cujo objeto é superar o déficit comunicativo que resultou ou que

122 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 45-48

123 *Ibid*, p. 49-53

124 *Ibid*, p. 50-52

foi revelado pelo conflito, e contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica”¹²⁵

Heinz Messmer implica que “respostas corretas ao comportamento desviado requerem negociação sobre a orientação normativa como uma premissa de intervenção”¹²⁶. O emprego da mediação penal está relacionado às teorias abolicionistas de Hulsman, Christie, entre outros. Com a superação do processo penal como meio necessário para resolução de conflitos, verificamos uma perda da centralidade do estado, com posterior foco na capacidade de autogestão da comunidade. Esse método já vem sendo utilizado em confrontos nos âmbitos familiar, escolar, de locação de imóveis, de vizinhança, relações trabalhistas, tutela ambiental, gestão municipal, conflitos étnico-raciais, e, é claro, no âmbito da justiça e criminalidade.¹²⁷

A mediação penal pode ocorrer direta ou indiretamente. Na direta, existe o encontro efetivo entre as partes. Na indireta, a fim de evitar embaraços para a vítima, as sessões são separadas e o mediador faz o transporte das impressões de ambos os envolvidos. A aplicação desse procedimento se dá em quatro fases: Primeiro, há o envio do caso pela autoridade competente ao núcleo restaurativo, após a verificação dos requisitos mínimos. Em segundo lugar, ocorre uma preparação para o encontro entre vítima e ofensor, focalizando o papel do mediador ao recolher o consentimento informado das partes. Após, são realizadas as sessões de mediação, e por último, há o monitoramento dessas sessões e de seus resultados, a fim de que seja reenviado o caso à autoridade inicial.¹²⁸

O encontro entre vítima e ofensor se utiliza da reconstrução do fato e do esclarecimento de seu desenvolvimento para buscar uma compreensão recíproca entre os envolvidos, para que juntos possam analisar os danos sofridos e elaborar um acordo de reparação. O diálogo presencial permite que haja um intercâmbio de perspectivas sobre a infração, o que enriquece o debate entre as partes e os seus desdobramentos, abrindo caminho para uma nova visão sobre a reparação, para que não mais seja vista como uma carta na manga dos ofensores para evitar a pena, mas sim como um elemento fundamental para a realização da justiça e reestabelecimento do status quo. Assim, através da mediação penal tem-se a efetivação de princípios fundamentais como o exercício da cidadania, o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

125 *Ibid*, p. 53

126 MESSMER, Heinz e OTTO, Hans Uwe. **Restorative Justice: steps on the way toward a good idea**. Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – Internacional Research Perspectives. Heinz Messmer e Hans Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992, p. 474 *apud* SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 68

127 SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal...**, op. cit. p. 56

128 *Ibid*, p. 58

3.1.2. Conferências grupais familiares

As conferências grupais familiares funcionam tanto como alternativa ao processo penal formal, como uma preparação para o processo de sentenciamento. Diferentemente da mediação, participam vítima, ofensor, suas famílias estendidas, amigos, geralmente um assistente social e algumas figuras importantes da comunidade, em reuniões informais que buscam um resultado restaurativo, ou seja, um acordo consensual de reparação e/ou restituição.¹²⁹

A respeito do surgimento dessa prática, Celia Passos afirma:

“As Conferências de Grupos Familiares são alicerçadas na crença de que a falta de um indivíduo reflete as falhas da família e da comunidade. Na tradição Maori, os indígenas da Nova Zelândia, a família e a comunidade devem estar diretamente envolvidos na questão da responsabilização pelo ato ofensivo praticado por seus jovens. Este pensamento e a forma de abordar a delinquência juvenil foram ganhando reconhecimento enquanto metodologia restaurativa e, gradualmente, passaram a integrar o Sistema de Justiça Juvenil na Nova Zelândia (MCRAE; ZEHR, 2004)¹³. Atualmente essa prática já está presente na maior parte das tribos indígenas estendendo-se por toda a Nova Zelândia. Posteriormente, tornou-se prática social dialógica, também, na Austrália e em inúmeros outros países. Isso ocorreu em resposta à reação das mães dos jovens Maoris que reclamavam do tratamento dispensado aos seus filhos pela polícia, já que entendiam por tradição Maori que a família e a comunidade devem estar diretamente envolvidas nas questões da responsabilização de seus jovens por práticas de atos danosos e ofensivos”¹³⁰

Rafaella Pallamolla indica que existem dois modelos básicos dessa prática restaurativa: o *court-referred* – os casos como regra são desviados (diverted) do sistema tradicional (caso neozelandês); e o *Police-based* – a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares (caso da Austrália e da maioria dos Estados norte-americanos)¹³¹. Conforme exposto no capítulo anterior, o mecanismo surgiu como resposta às infrações juvenis, porém em alguns países já há encaminhamento pela justiça comum, como na Austrália. Na Nova Zelândia, o método não se

129 DIAS, Daniel Baliza, e MARTINS, Fabio Antônio. **Justiça Restaurativa: Os modelos e as práticas**. Net, IDESP – Instituto Brasileiro de Direito de Política de Segurança Pública, artigo nº 81, 2011, p. 15-17. Disponível em <http://idespbrasil.org/arquivos/Artigo_81.pdf> Acesso em set 2017,

130 PASSOS, Célia. **Práticas restaurativas: o dispositivo em ação**. Capacitação de multiplicadores do módulo temático complementar do curso de mediação de conflitos (MPRJ), p. 23. In: CAOPCAE/MPPR, doutrina restaurativa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/praticas_restaurativas_o_dispositivo_em_acao_aula4.pdf. Acesso em out 2017

131 PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009 *apud* DIAS, Daniel Baliza, e MARTINS, Fabio Antônio. **Justiça Restaurativa...**, op. cit.

restringe às infrações de menor potencial ofensivo, abrangendo crimes graves e agentes reincidentes.¹³²

O procedimento pode ser realizado em todas as fases do processo tradicional, a fim de trabalhar as consequências do delito, através do desenvolvimento de empatia entre infrator e vítima, com intuito de mudança de comportamentos inadequados, resultando na melhoria no relacionamento entre famílias, comunidades e autoridades.¹³³

Pedro Scuro Neto ainda aponta que existem conferências com propósitos específicos:

“Existem modalidades "especializadas" de CR¹³⁴, voltadas a problemas como violência familiar e dirigir alcoolizado, além da vertente assistencial, aplicada para autorizar as famílias, isto é, colocá-las em um nível superior de intervenção, compatível com as autoridades e outros profissionais, visando um plano de ação específico, para casos em que crianças e adolescentes precisam de proteção ou demonstrem problemas de conduta - nesses casos as CRs concentram-se nas pontos fortes da família, envolvendo-a com os profissionais e autoridades, e engajando os outros significativos no processo. Os objetivos são (1) elevar o grau de consciência e envolvimento em casos de abusos vitimando crianças e adolescentes, (2) aumentar a responsabilidade e a transparência de todos os envolvidos, e (3) minimizar a dependência em relação a profissionais e serviços públicos.”¹³⁵

O roteiro do procedimento pode variar dependendo do país em que for analisado. Em geral, há uma fase preparatória, em que são incluídos também advogados para os ofensores, principalmente quando referente à justiça de menores, e verifica-se a adequada estruturação do processo. As famílias possuem papel significativo no procedimento, devendo auxiliar no processo de satisfação das necessidades das partes.

O grupo deve alocar-se de forma a manter as pessoas próximas de seus suportes, de seu lado esquerdo ou direito. Após a abertura da reunião, por algum ato formal, como leitura de um poema,

132 DIAS, Daniel Baliza, e MARTINS, Fabio Antônio. **Justiça Restaurativa...**, op. cit.

133 *Ibid*

134 “Câmaras restaurativas”, termo utilizado pelo autor para referir-se às conferências grupais.

135 SCURO NETO, Pedro. **Movimento Restaurativo e a Justiça do século XXI**. Net, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Justiça Restaurativa, ago 2015. Disponível em <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/movimento-restaurativo>> Acesso em out 2017

oração ou canção, faz-se uma apresentação geral, e somente depois se inicia o compartilhamento de informações. Daí partem as manifestações do infrator, suas motivações e experiências, assim como as da vítima. Às famílias pode ser solicitado que prestem um resumo do apanhado de informações até aquele presente momento, assim como pode ser inquirido aos advogados se desejam manifestar-se em prol do agente, meramente como contribuição, não podendo interferir de nenhuma forma.

Após ser oportunizado a todos a possibilidade de contribuir com o debate, ofensor e seus acompanhantes se reúnem para avaliar a viabilidade do plano restaurativo a ser proposto. Da mesma forma, vítima e seus familiares formulam, com base em suas expectativas, itens a serem incluídos no plano. Ao final, a família do ofensor expõe as sugestões pensadas, e a vítima e seus suportes manifestam-se sobre sua adequação ou modificação. Quando é verificada a viabilidade daquele plano para todos, é redigido e assinado o acordo, e há o encerramento da conferência, podendo constar alguma formalidade, como as de sua abertura.

3.1.3. Círculos de construção de paz

Os processos circulares se baseiam na troca de histórias. Pessoas se reúnem e debatem sobre suas experiências e traumas, de forma respeitosa e igualitária. A ideia é oferecer um espaço livre para o diálogo, abarcando indivíduos de diferentes opiniões para que falem abertamente sobre a dor e a raiva provenientes dos conflitos. O objetivo é que a troca de experiências e das diferentes sabedorias gerem uma nova compreensão do problema e possibilidades inéditas de solução.¹³⁶ O processo privilegia a pluralidade característica da sociedade contemporânea, sem abandonar os valores comunitários que eram tão eficazes nas sociedades antigas.

Segundo Kay Pranis, os círculos de construção de paz atuam por meio de respeito à presença e à dignidade de cada participante; valorização das contribuições de todos os participantes; exaltação da conexão entre todas as coisas; apoio para expressão emocional e espiritual; e igualdade de voz para todos.¹³⁷ Tal procedimento é útil quando duas ou mais pessoas precisam tomar decisões juntas ou tratar de uma experiência que resultou em danos para alguém; são igualmente utilizados quando os envolvidos estão em discordância, ou querem partilhar dificuldades. Há também indicação quando um grupo necessita trabalhar melhor em equipe, ou quando os envolvidos desejam aprender uns com os outros.¹³⁸

136 PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athenas. 2010. p. 15-22.

137 *Ibid*, p. 15-22

138 *Ibid*, p. 15-22

Como o processo circular envolve sentimentos fortes, como raiva, frustração e dor, os facilitadores devem passar por um treinamento antes de conduzirem o procedimento. Sua função é auxiliar no desenvolvimento pessoal dos envolvidos, para que possam compreender melhor os danos e criar estratégias para a sua reparação.¹³⁹

Essa prática restaurativa de reunir-se em círculo para discutir questões comunitárias importantes possui raízes indígenas, dos povos da América do Norte, e ainda são cultivadas por vários povos ao redor do mundo, em comunidades afrodescendentes, euro-americanas, asiáticas, latinas, cambojanas, e ainda de índios norte-americanos. Como bem retratado por Pranis: “O processo é um equilíbrio entre o antigo e o contemporâneo, o indivíduo e o grupo, o ser interno e o externo”.¹⁴⁰

Inicialmente, os círculos trabalhavam apenas com a elaboração de sentenças para infrações. Reuniam-se partes, amigos, família, representantes da comunidade e do judiciário para melhor decidir o destino do ofensor, e também da vítima. Com o tempo, os círculos ultrapassaram as varas criminais e se recriaram em novas formas de aplicação, seja na reintegração dos egressos do sistema prisional ou na supervisão dos apenados em liberdade condicional.¹⁴¹

A estruturação do modelo pressupõe que os participantes se sentem em círculo e utilizem o “bastão de fala” para manifestar-se. Tal objeto é passado de mão em mão, e só fala quem o estiver segurando; isso favorece o empoderamento de cada um dos envolvidos, que poderão se expressar sem ser interrompidos. Assim, Kay Pranis afirma: “A escuta qualificada e fala respeitosa, promovidas pelo uso do bastão de fala, criam segurança para falar verdades difíceis”.¹⁴²

De acordo com a autora, devem existir alguns elementos essenciais para concretizar os valores da restauratividade no processo circular. O primeiro deles seria o Bastão de Fala, acima mencionado. Logo em seguida, poderiam ser citadas as Orientações, ou seja, a possibilidade do grupo se autogerir, por consenso, identificando como devem se comportar durante as suas interações. Ao criarem orientações para o seu passo a passo, os envolvidos exercem a sua responsabilidade compartilhada por todo o processo. Também são essenciais os elementos da Cerimônia e da Partilha de Histórias: na primeira, a existência de uma cerimônia inicial ajuda os participantes a relaxarem, atentarem para a interconexão e se abrirem para possibilidades positivas. A cerimônia de fechamento celebra os avanços

139 *Ibid*, p. 15-22

140 PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa e Processo Circular...**, op. cit. p. 08

141 PRANIS, Kay. **Processos Circulares...**, op. cit. p. 15-22

142 PRANIS, Kay. **Justiça Restaurativa e Processo Circular...**, op. cit. p. 10

dos participantes, ainda focando na interconexão, entre eles próprios e com todo o mundo. Por sua vez, a Partilha de Histórias é imprescindível para o bom funcionamento do círculo, eis que por meio dela que se é possível transformar os relacionamentos. Conforme a definição de Pranis, a partilha “permite que os participantes vejam uns aos outros sob um prisma multidimensional, que em geral derruba preconceitos ou pressupostos que impedem a boa comunicação”.¹⁴³

Por último, dois elementos que, por mais que pareçam previsíveis, possuem funções diferenciadas das outras metodologias restaurativas: O Facilitador (ou guardião) e a Tomada de Decisão Consensual. Aqui o terceiro neutro tem menos poder de controle, em razão da presença do bastão da fala. Apesar de ter o papel de averiguar eventuais problemas que surjam com a interação das partes, sua figura se afasta do centro do processo, eis que as orientações de como proceder são criadas pelo próprio grupo. A tomada de decisão consensual pressupõe uma aceitação geral acerca da deliberação, mesmo que não seja a melhor opção para todos. Através da igualdade de voz a todos e do consenso obtido após as partilhas de visões e opiniões, obtemos uma decisão muito mais fácil de ser implementada do que uma obtida por maioria absoluta.¹⁴⁴

Para atingir seus propósitos, os círculos devem lidar com fortes emoções, além de visões diferentes de mundo, paradoxos e verdades reveladas. Para tanto, busca-se formular uma base axiológica forte, pelos próprios participantes, passível de controlar melhor tais emoções. Honestidade, respeito, abertura, cuidado, coragem, paciência e humildade são valores levantados por Kay Pranis como fundamentais à estrutura dos círculos.¹⁴⁵ As palavras podem variar, contudo o objetivo é sempre o mesmo: agir nos pautados na melhor versão de nós mesmos. A filosofia do processo circular é um exercício para a atuação na vida, de forma que ao nos vestirmos como nossa melhor versão dentro do círculo, tendemos a tornar essa a nossa vestimenta diária.

Por fim, a autora elenca diversos tipos de círculo, com diferentes intuitos¹⁴⁶:

- A. Celebração: Uma reunião para partilhar sentimentos de felicidade e realização, ou mesmo para homenagear algum dos envolvidos.

¹⁴³ *Ibid*, p. 11

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 11

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 09

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 13-15

- B. Diálogo: Por meio da reflexão após a partilha de diferentes visões, objetiva um consenso a respeito de alguma questão controvertida.
- C. Aprendizado: Busca a instrução das partes sobre algum assunto, por meio da troca de informações. Não há preocupação com o consenso para fins de deliberação.
- D. Construção do senso comunitário: União de indivíduos com interesses em comum, com intuito de criar laços e novas relações.
- E. Compreensão: Objetiva a melhor compreensão das circunstâncias ou motivos que ensejaram algum conflito ou situação difícil.
- F. Restabelecimento: Tratamento e cura das pessoas que vivenciaram um trauma ou perda, por meio do compartilhamento de suas dores.
- G. Apoio: Reuniões regulares durante um determinado período de tempo a fim de prestar suporte a alguém que esteja passando por uma situação difícil, ou uma grande mudança em sua vida.
- H. Reintegração: Estas em especial são muito utilizadas para egressos do sistema prisional ou correccional juvenil. Buscam reconstruir os laços com a comunidade e reintegrar o indivíduo excluído.
- I. Tomada de decisão grupal: Através de uma preparação, tem o propósito de elaborar uma decisão consensual sobre alguma questão.
- J. Conflito: Reunião entre as partes de um conflito, a fim de que ao final elaborem um acordo consensual. Há uma preparação em que são construídas noções de relacionamento entre os envolvidos.
- K. Sentenciamento: Aqui compreendem-se como envolvidos todos os afetados por alguma ofensa: vítima, ofensor, familiares e amigos, membros da comunidade, membros do poder judiciário, etc. A comunidade atua em parceria com o sistema judicial, a fim de produzir um plano de sentenciamento adequado ao caso e às suas circunstâncias.

3.2. Restauratividade no Brasil

No Brasil, diversos são os projetos alternativos de resolução de conflitos, sejam em funcionamento ou na condição de pré-projetos. Nem todos são necessariamente restaurativos: alguns apenas operam modelos reparatórios ou conciliatórios, outros incluem iniciativas não previstas em lei, como mediação, justiça restaurativa e arbitragem.¹⁴⁷

Há um projeto de implementação de Justiça Restaurativa no Brasil (PL 7.006 de 2006) que já foi arquivado e desarquivado duas vezes desde 2006. Em seu texto, é prevista uma estruturação interdisciplinar, que utilize facilitadores capacitados, das áreas da psicologia e do serviço social, para conduzir seus procedimentos. Dentre as alterações no Código Penal, de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais previstas no projeto, constam: criação de nova forma de extinção da punibilidade por cumprimento do acordo restaurativo; criação de nova causa de interrupção da prescrição, a partir da homologação do acordo; possibilidade de a autoridade policial encaminhar o caso ao núcleo restaurativo, após anuência do Ministério Público; opção de suspensão da ação penal quando for recomendável a realização de práticas restaurativa; etc.¹⁴⁸

Apesar da nobre iniciativa, permanecem alguns vícios estruturais na elaboração do projeto. Primeiramente, a previsão de uso facultativo e complementar dos procedimentos de Justiça Restaurativa. A ausência de delimitação do seu âmbito de aplicação poderia levar a crer que apenas os delitos de menor potencial ofensivo seriam submetidos a ela. E ainda sim, não haveria obrigatoriedade no seu encaminhamento, o que definitivamente reservaria o envio apenas para os casos de menor relevância.¹⁴⁹ Nesse caso, imprescindível seria a fundamentação adequada da decisão que decide não encaminhar o caso para o núcleo restaurativo. A alta intervenção do judiciário na resolução dos conflitos e o uso de conceitos abertos e vagos impedem a efetuação de muitas das propostas restaurativas. O projeto é vago e ainda precisa de muitos ajustes para sua efetiva implementação.

Segundo Daniel Achutti, o que se impõe como necessário para a estruturação do modelo restaurativo no Brasil seria: a regulamentação legal do sistema; a autonomia dos núcleos restaurativos; a percepção da singularidade de cada caso; a participação efetiva das partes; o abandono dos estereótipos; a atuação interdisciplinar; a busca pela satisfação das necessidades das partes; a necessária conexão com o sistema de justiça tradicional; e a conseqüente redução do uso desse sistema.¹⁵⁰

147 ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para o um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

148 *Ibid*, p. 235-236

149 PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa...**, op. cit. p. 181

150 ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo...**, op. cit. p. 253

3.2.1 Juizados especiais criminais

A Lei 9.099 de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, prevê um mecanismo informal de resolução de conflitos, baseado na celeridade e no encontro entre vítima e ofensor, configurando uma modalidade diferenciada de administração de conflitos. O propósito dessa norma era diminuir a incidência do direito penal e situar o encarceramento como última opção de sanção. Busca-se a conciliação das partes, por meio da informalidade, e é possibilitada a transação penal por parte do Ministério Público, instituto que finda o conflito sem recorrer ao processo penal e às suas consequências estigmatizantes, o que minimiza a repressão estatal.¹⁵¹

O procedimento funciona da seguinte forma: preliminarmente, é lavrado em sede policial um termo circunstanciado, ao invés de um registro de ocorrência. Após o encaminhamento para o juizado especial, é marcada uma audiência preliminar, para a qual as partes devem ser intimadas a comparecer.

Nessa audiência preliminar, devem estar presentes o ofensor, a vítima, os advogados, o membro do Ministério Público e o juiz. Na audiência pode ocorrer a conciliação das partes, a composição de danos ou a transação penal, nos casos em que o Ministério Público a oferecer, todas resultando em não oferecimento da peça acusatória. Havendo a composição de danos, o juiz a homologará em uma sentença irrecorrível. Nos casos em que vigore o princípio da oportunidade, seja na ação penal privada ou na pública condicionada à representação, o acordo entre as partes que é homologado extingue a punibilidade, por renúncia ao direito de queixa ou representação.¹⁵² O instituto da transação penal só pode ser oferecido uma vez a cada 05 (cinco) anos, e não será considerado caso o infrator seja reincidente ou se as circunstâncias ou condições pessoais não indicarem a sua concessão. Tal benefício é muito criticado, pois não há uma relação de igualdade. O autor é coagido a aceitar a proposta de pena alternativa ou de multa, caso contrário será submetido ao processo penal tradicional. Não há realmente uma voluntariedade.

A legislação também prevê a suspensão condicional do processo, nos crimes de pena mínima até 01 (um) ano, qualquer que seja sua competência. Além das condições exigidas pelo art. 89¹⁵³ do referido diploma legal, também são permitidas outras circunstâncias judiciais a serem estipuladas pelo juiz, abrindo espaço para práticas restaurativas, como mencionado no capítulo anterior.

151 *Ibid*, p. 147

152 *Ibid*, p. 152

153 “Art. 89..., op. cit

Passados mais de 20 anos de sua criação, muitas são as críticas ao modelo estabelecido pelos juizados especiais. A proposta era reduzir a morosidade e a impunidade, além de aumentar a aplicação de medidas despenalizadoras, o que claramente não aconteceu. A expectativa era de que, por meio da oralidade e informalidade, tal via alcançasse a desburocratização do sistema de justiça, favorecesse a reparação dos danos e a ressocialização do ofensor. Entretanto, o que de fato se instaurou foi uma microsistema, uma modalidade de processo penal específico para delitos de menor potencial ofensivo.¹⁵⁴

Primeiramente, insta salientar a estrutura insuficiente dos juizados. Não se conseguiu evitar a sua burocratização, de forma que o número de processos é abissal, razão pela qual a transação penal é vista como uma forma mais célere de aliviar o sistema, em detrimento da realização das audiências de conciliação. A reparação dos danos à vítima não é prioridade para o procedimento, sendo a composição dos danos meramente material, nas poucas ocasiões em que ocorre. O procedimento penal dos juizados almeja que os envolvidos “façam as pazes”, não importa de que forma.¹⁵⁵

Muitos conflitos que sequer eram levados ao conhecimento do poder público, sendo solucionados meramente em sede policial, agora atolam os cartórios judiciais. Diferentemente da lógica da Lei Maria da Penha¹⁵⁶, em que a judicialização de conflitos que não eram reportados é um de seus objetivos fundamentais, a Lei 9.099/95 se distanciou dos ideais de efetividade e celeridade em que se pautava.

A busca da Lei 9.099/95 pela produtividade se tornou um obstáculo para a satisfação da vítima, que permanece afastada do processo, pois não há incentivo na conciliação e no diálogo, e também não obtém a reparação moral que necessita, uma vez que o sistema só focaliza os aspectos materiais do dano. Práticas como a transação penal auxiliam na manutenção do papel de coadjuvante da vítima, por não levar em consideração as suas pretensões ou expectativas.

De fato, o sistema delineado pelos juizados especiais utiliza as mesmas engrenagens do processo penal comum. Os traços semelhantes de imposição da vontade de um terceiro alheio ao conflito, estigmatização de vítima e ofensor, indícios de punitivismo e retribucionismo privilegiam a manutenção dos vícios do sistema tradicional de justiça.

154 ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo...**, op. cit. p. 187-190

155 *Ibid*, p. 192-193

156 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>

Achutti reconhece que as dificuldades de recepção de elementos da Justiça Restaurativa no sistema de justiça estão diretamente ligadas à cultura jurídica legalista brasileira. A forte tradição positivista exige que haja uma reforma legislativa para inserir a o modelo restaurativo como norma vinculante, o que pressupõe a inserção das discussões sobre a restauratividade no âmbito de formação dos operadores de direito, tornando-os capacitados para a sua prática.

Apesar dos obstáculos, podemos citar um exemplo de experiência restaurativa que se funda no procedimento da Lei 9.099/95. Em Brasília, o Juizado Especial Criminal adotou a prática da mediação vítima ofensor no processo de administração dos conflitos. Existe uma equipe formada por profissionais do direito, da psicologia, da pedagogia e do serviço social, dividida entre o grupo gestor e o grupo técnico. O primeiro é composto de dois juízes, três promotores, um defensor público, duas coordenadoras, um supervisor e um facilitador. Sua tarefa é avaliar se existem conflitos subjacentes ao conflito penal e buscar resolvê-los, no caso de as partes já se conhecerem. Sendo estranhas, verifica-se se há a necessidade de reparação moral ou material para solucionar a questão. O encaminhamento do caso, que antes era feito na audiência preliminar do juizado, é feito agora pelo próprio grupo gestor, durante reuniões periódicas. O grupo técnico é responsável pela realização dos procedimentos restaurativos. Obtido um acordo, um relatório é enviado ao juizado, e, sendo legal e viável, é homologado pelo juiz, finalizando o caso.¹⁵⁷

3.2.2 Justiça infanto-juvenil

Dois importantes programas de Justiça Restaurativa atuam diretamente na justiça infanto-juvenil no Brasil: um em São Caetano do Sul, em São Paulo, e outro em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. Os programas são parcerias do Ministério da Justiça e do PNUD¹⁵⁸, através do projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira. O intuito é sondar os impactos da aplicação dos princípios restaurativos na relação entre vítima, comunidade e infrator.

Em São Caetano do Sul, o programa é coordenado pela Vara de Infância e Juventude, e há atuação tanto no âmbito jurisdicional, referente aos atos infracionais e à execução das medidas socioeducativas, quanto no âmbito educacional, relacionado aos conflitos originados nas unidades escolares que firmaram parceria com o projeto, e que encaminham as infrações disciplinares para serem registradas na vara. Lá o intuito é de elaborar um acordo viável, que permita ao Ministério Público oferecer a remissão e dispensar a aplicação da medida socioeducativa.¹⁵⁹

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 223-225

¹⁵⁸ Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento

¹⁵⁹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo...**, op. cit. p. 228-230

A prática restaurativa adotada é mais próxima das conferências grupais restaurativas, a que chamam mais comumente de círculos restaurativos. Os círculos são guiados por assistentes sociais, que certificam a viabilidade e a compatibilidade dos termos do acordo obtido, assim como acompanham o seu cumprimento. No âmbito escolar, os professores e diretores realizam os círculos, além de buscar incentivar outros alunos a se capacitarem para também realizá-los.

Também foram iniciados projetos com propósito de concretizar círculos nas comunidades das partes, como o projeto Restaurando a justiça na família e na vizinhança, atuante em Gerty, uma região de São Caetano com altos índices de violência.¹⁶⁰ O fundamento básico dessa expansão é tornar sistemática a atuação da Justiça Restaurativa, criando uma rede que integre judiciário, escolas, comunidade, entre outros. São chamados de “derivadores” os responsáveis pelo encaminhamento dos casos para os programas restaurativos, sendo esses juízes, promotores, assistentes sociais, membros do conselho tutelar, diretores de escolas, policiais, entre outros.¹⁶¹

Em Porto Alegre, o programa foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça por meio da resolução 822/10 e se desenvolveu de forma a originar a CPR – Central de Práticas Restaurativas. O 1º (primeiro) e o 2º (segundo) Juizados de Infância e Juventude são encarregados de fazer a triagem, indicar os casos suscetíveis de se submeterem ao modelo restaurativo, e o 3º (terceiro) Juizado de Infância e Juventude fica responsável pela execução das medidas socioeducativas, podendo a sua atuação ser complementar, ou seja, durante a execução da medida, ou alternativa, em que antes do processo busca-se evitar a sua aplicação. Ambas utilizam os círculos restaurativos como prática principal, realizados pelos técnicos do juizado.¹⁶²

O programa faz parte do projeto Justiça para o Século XXI, coordenado por Leoberto Brancher. O diferencial do modelo sulista é a aplicação de princípios restaurativos durante a execução da medida socioeducativa, potencializando as finalidades de reeducação do menor infrator. Para participar do procedimento, o adolescente não pode ter cometido homicídio, latrocínio, estupro ou delitos relacionados a conflitos familiares.

160 *Ibid*, p. 229

161 *Ibid*, p. 231

162 *Ibid*, p. 230

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco do presente trabalho foi de reafirmar as debilidades do modelo tradicional de justiça, que persiste em perpetrar desigualdades, violência, violações aos direitos humanos e insatisfações por parte de todos os envolvidos, assim como de apresentar alternativas viáveis de administração de conflitos, baseadas no diálogo e na reparação dos danos.

A cultura jurídica brasileira ainda é muito influenciada pelo positivismo, razão pela qual muitas são as resistências aos modelos informais de resolução de conflitos, que, por sua natureza, não se coadunam com a burocracia legal do nosso sistema penal. Entretanto, foram apontadas hipóteses de regulação legal desses procedimentos informais que podem auxiliar em uma implementação efetiva desses mecanismos na justiça criminal brasileira.

Conforme demonstrado, imprescindível, portanto, a quebra do paradigma punitivo vigente no sistema penal. Seu emprego apenas resultou em um legado de opressões, estigmatizações, frustrações com a realização da justiça e inúmeras vidas perdidas. As penas perdidas de Zaffaroni custaram muito caro à toda a sociedade, devendo ser repensada a forma como solucionamos nossos conflitos.

Retribucionismo e restauratividade possuem elementos em comum. Punir alguém em retribuição a um dano causado é uma forma de buscar o equilíbrio, a reciprocidade. Contudo, como brilhantemente lembra Howard Zehr, a restauratividade apresentará uma outra moeda, que não a pena, para quitar as dívidas e endireitar os pratos da balança.¹⁶³

A Justiça Restaurativa oferece mais às vítimas do que o sistema tradicional de justiça. Não só às vítimas, mas a todos os envolvidos. Grande parcela da violência generalizada é proveniente da sensação de não pertencimento a que muitos são submetidos em uma sociedade individualista. Dessa forma, devemos buscar curar o mal da desconexão, recuperando os ideais comunitários que sempre estiveram presentes nas comunidades ao longo da História.

Conclui-se, portanto, que o foco nos danos, o compromisso com as vítimas, o apoio e incentivo ao processo de responsabilização ativa do ofensor, a escuta e troca de experiências entre todos os envolvidos, a busca pela reintegração, e não mais do isolamento, e, principalmente, o respeito como princípio vetor de todo o processo são os indicadores de um novo modelo de justiça que prioriza as partes, os seres humanos, e não mais as letras secas da lei.

Espera-se que o presente trabalho auxilie no processo de divulgação da alternativa restaurativa, para que se possa debater, argumentar e rebater cada um de seus aspectos, a fim de que sua discussão chegue cada vez mais perto de alcançar uma efetiva mudança de paradigma de justiça.

163 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...**, op. cit. p. 257-268

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para o um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

BARATTA, Alessandro. “La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales”. Revista de La Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2, 1999.

BARBOSA, Bruno Miranda Novaes. A justiça restaurativa e o sistema brasileiro de direitos fundamentais: privatização ou modernização do jus puniendi estatal?. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17287&revista_caderno=9>. Acesso em set 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

BRANDÃO, Delano Câncio. 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 nov 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL, Deilton Ribeiro. Justiça Restaurativa como alternativa no tratamento de conflitos da administração da justiça penal. Net, Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 3, n. 40. 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1363/920>. Acesso em out 2017

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.html>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, set de 2015. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. In: Conjur, Rio de Janeiro, set 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em set 2017

CERETTI, Adolfo. Come pensa il Tribunale peer i Minorenni. Milão, FrancoAngeli, 1996.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos com pertencia. Trad. Alberto Bovino e Fabrício. Buenos Aires, Ad Hoc. 1992

CRUZ, Rafaela Alban. Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal. In: Tribuna Virtual IBCCrim, Edição nº 02. São Paulo, março de 2013. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal>>. Acesso em set 2017.

DE SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. Três teses equivocadas sobre as alternativas penais à prisão In: Boletim 272 IBCCrim. São Paulo, julho de 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5477-Tres-teses-equivocadas-sobre-as-alternativas-penais-a-prisao>. Acesso em set 2017.

DIAS, Daniel Baliza, e MARTINS, Fabio Antônio. Justiça Restaurativa: Os modelos e as práticas. Net, IDESP – Instituto Brasileiro de Direito de Política de Segurança Pública, artigo 81, 2011. Disponível em <http://idespbrasil.org/arquivos/Artigo_81.pdf> Acesso em set 2017.

DURKHEIM, Emile. “Dos Leyes de la evolución penal”. Delito y sociedade. Revista de Ciencias Sociales, nº 13. Buenos Aires, 1999

FAGET, J.. La médiation – Essai de politique pénale. Ramonville Saint- Agne : éditions Erès. 1997

FARIA, Ana Paula. Justiça restaurativa e mediação penal – um novo caminho na Justiça criminal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12013>. Acesso em set 2017

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª edição. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 2003

HULSMAN, Louk, BERNAT-DE-CELIS, Jacqueline. Peines Perdues. Le Systèma penal em question. Le Centurion. Paris, 1982

JESUS, Davi Reis de; OLIVEIRA, Patrícia Nara de Santana. Justiça restaurativa: desafios e concretização. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18171&revista_caderno=22>. Acesso em set 2017

MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. Justiça restaurativa como um novo paradigma de desconstrução do direito penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17426&revista_caderno=3>. Acesso em set 2017.

MESSMER, Heinz e OTTO, Hans Uwe. Restorative Justice: steps on the way toward a good idea. Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation – Internacional Research Perspectives. Heinz Messmer e Hans Uwe Otto (org.). Holanda, Kluwer Academic, 1992.

MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. A Justiça Restaurativa como política de prevenção -um novo olhar para a justiça criminal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11738>. Acesso em nov 2017.

Morris, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

ONU. Resolução 2002, de 24 de julho de 2002. 37ª Sessão Plenária. Disponível em http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002. Acesso em ago 2017.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Princípios, Micro- justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009

PASSOS, Célia. Práticas restaurativas: o dispositivo em ação. Capacitação de multiplicadores do módulo temático complementar do curso de mediação de conflitos (MPRJ), p. 23. In: CAOPCAE/MPPR, doutrina restaurativa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/praticas_restaurativas_o_dispositivo_em_acao_aula4.pdf

PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. Justiça restaurativa é possível no Brasil?. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

PRANIS, Kay. Justiça Restaurativa e Processo Circular nas Varas de Infância e Juventude. São Paulo: Palas Athenas. 2010.

_____. Processos Circulares. São Paulo: Palas Athenas. 2010.

ROLIM, Marcos. A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Center for Brazilian Studies, 2006.

ROXIN, Claus. Sentido y limites, in Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Ed Reus. Madrid, 1976

SCURO NETO, Pedro. Movimento Restaurativo e a Justiça do século XXI. Net, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Justiça Restaurativa, ago 2015. Disponível em <<http://ijj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/movimento-restaurativo>> Acesso em out 2017

_____; PEREIRA, Renato Tardelli. A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação? Contribuição ao Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha, São Paulo, abril de 2000. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>

SHARPE, Susan. Restorative justice: A vision for healing and change. Edmonton Victim Offender Mediation Society; 1 edition (May 1, 1998)

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen. Restoring justice: an introduction to restorative justice. LexisNexis Group, Cincinnati, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

_____. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. In: Fascículos de Ciências Penais. n° 2, p. 16/25, 1990

_____, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2003

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

_____. Lentes restaurativas: um novo foco sobre os conflitos e os crimes. Texto extraído da revista Paz restaurativa: a paz que nasce de uma nova justiça: 2013-2014 - um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul / Coordenação Leoberto Brancher – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas, 2014. https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf. Acesso em out 2017

_____. Trocando as lentes: um foco sobre o crime e a justiça. 2. Ed. São Paulo: Palas Athenas, 2014.