

Com o objetivo de difundir cada vez mais o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras. Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não preenchido pelo mercado editorial.



Justiça restaurativa: da teoria à prática

A justiça restaurativa se destaca no cenário internacional contemporâneo como uma forma de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Surge como uma resposta à pequena atenção dada às vítimas no processo penal e em razão do fracasso da pena privativa de liberdade para promover a ressocialização do apenado. A investigação feita neste trabalho permitiu verificar que o modelo restaurativo possui princípios diversos do modelo de justiça criminal e sustenta, dentre outras coisas, a participação da vítima na resolução dos conflitos, a reparação do dano e a responsabilização do ofensor de maneira não estigmatizante e excludente. Visa a reduzir a imposição de penas (principalmente a privativa de liberdade), com a inclusão de formas não violentas de resolução de conflitos que privilegiam o diálogo entre as partes implicadas no delito. Contudo, frente à pluralidade de experiências restaurativas encontradas e às diferentes formas de articulação deste modelo com o sistema de justiça criminal, surgem críticas à justiça restaurativa que precisam ser abordadas por versarem, por exemplo, sobre a extensão da rede de controle penal e a preservação das garantias do acusado. Por fim, a partir da análise teórica do(s) modelo(s) de justiça restaurativa, e do debate entre seus críticos e defensores, buscou-se verificar os caminhos de sua implementação (e institucionalização) no Brasil.

ISBN 978-85-99216-24-8



52

Justiça restaurativa: da teoria à prática

Raffaella da Porciuncula Pallamolla



Raffaella da Porciuncula Pallamolla

Justiça restaurativa: da teoria à prática

Monografia vencedora
do 13º Concurso de
Monografias de
Ciências Criminais

IBCCRIM



Raffaella da Porciuncula Pallamolla

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2005).

Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona - UAB (2007).

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2008).

Doutoranda em Direito Público pela Universidad Autónoma de Barcelona - UAB.

Professora no curso de Especialização em Segurança Pública e Justiça Criminal da PUCRS.

Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS.

Advogada criminalista.



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Raffaella da Porciuncula Pallamolla

JUSTIÇA RESTAURATIVA: DA TEORIA À PRÁTICA

1ª Edição



SÃO PAULO
2009

© Desta edição - IBCCRIM

Produção Gráfica: Ameruso Artes Gráficas e Vídeo - ME

Fone: (11) 2215-3596 - ameruso@ameruso.com.br

Capa: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P191j

Pallamolla, Raffaella da Porciuncula, 1982-

Justiça restaurativa : da teoria à prática / Raffaella da Porciuncula Pallamolla. -
1.ed. - São Paulo : IBCCRIM, 2009.

(Monografias / IBCCRIM ; n. 52)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-24-8

1. Justiça restaurativa. 2. Justiça restaurativa - Brasil. 3. Reparação (Direito). I.
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

09-3829.

CDU: 343.24

03.08.09

07.08.09

014210

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 5.300 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*

Agosto - 2009

IBCCRIM - Diretoria para o biênio 2009/2010

Diretoria Executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária
Juliana Garcia Belloque

2º Secretário
Cristiano Ávila Maronna

1º Tesoureiro
Edson Luís Baldan

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes

Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira

Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais - Presidentes

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luís Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vito

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybirigá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadorias Regionais

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores Regionais:

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará)
João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima)
Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)
Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas)
Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe)
Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)
Marcio Gaspar Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais)
Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo)
Ricardo Guinalz

11ª Região (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

Monografias

monografia@ibccrim.org.br — www.ibccrim.org.br

Coordenador-Chefe: Fernando Salla

Adjuntos: Fernanda Emy Matsuda, Marcos César Alvarez, Maria Gabriela S.M.C. Marinho e Wânia Pasinato

Conselho Diretivo: Alessandra Teixeira, Ana Lúcia Pontes Menezes Vieira, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Andrei Koerner, Cláudio do Prado Amaral, Davi de Paiva Costa Tangerino, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Flávio Américo Frassetto, José Henrique Rodrigues Torres, Kenarik Boujikian Felipe, Maira Rocha Machado, Rodrigo G. de Azevedo, Tadeu Antonio Dix Silva e Vera da Silva Telles

13º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - 2009

Presidente: Marcos César Alvarez

Membros da Comissão Julgadora: Alessandra Teixeira, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Camila Perruso, Fernanda Emy Matsuda, Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Marcelo da Silveira Campos, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Maurício Zanoide de Moraes, Theodomiro Dias Neto

Aos meus pais, sempre.

AGRADECIMENTOS ■

Meu primeiro contato com o tema da justiça restaurativa deu-se em 2005, quando cursava o mestrado em Criminologia e Execução Penal na Universidade Autônoma de Barcelona. Na ocasião, tive a honra de ter aulas e, posteriormente, ser orientada por Elena Larrauri em minha dissertação sobre trabalho sexual e Direito Penal. Através de Elena e seus escritos, conheci a justiça restaurativa, e mesmo com inúmeras resistências ao tema e ainda sem compreender a relevância das questões nele contidas, optei por estudá-lo. Por ter-me apresentado a justiça restaurativa e seus instigantes debates, agradeço a Elena Larrauri.

No entanto, foi somente no mestrado em Ciências Criminais, cursado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, durante os anos de 2007 e 2008, que pude pesquisar mais a fundo sobre a justiça restaurativa, sendo muitas as pessoas que contribuíram durante este processo que culminou na escrita deste trabalho.

Dentre elas, agradeço, principalmente, ao professor Rodrigo Azevedo, mais do que um orientador irretocável, tornou-se um querido amigo. Sua participação neste trabalho é imensa, passa pela recomendação de obras imprescindíveis, sistematização dos capítulos, até chegar a considerações e questionamentos que me levaram a refletir e orientaram muitas de minhas conclusões. Além das contribuições teóricas, sua tranquilidade, compreensão e apoio foram fundamentais.

Devo agradecer, também, aos demais professores do Mestrado, com os quais tive a honra e o prazer de ter aulas: Ricardo Timm, que com a clareza e percepção de seu pensamento ensina, sobretudo, o respeito pela alteridade; Ruth Gauer, que com sua vasta abordagem transdisciplinar é capaz de desconstruir (pré)conceitos que antes pareciam inabaláveis no restrito mundo jurídico; Cezar Bitencourt,

sempre incentivador do debate acadêmico, é, sem dúvida, referência imprescindível nos temas de Direito Penal; e Salo de Carvalho, que além de um professor atípico (do tipo que gostaríamos de encontrar mais no ambiente acadêmico do Direito), é um grande amigo. Desde a graduação em Ciências Jurídicas e Sociais na PUC-RS, Salo esteve presente na minha trajetória acadêmica, contribuindo com livros, artigos, suas obras e críticas, elementos que impulsionam a permanente (re)construção de meu olhar (crítico) a respeito das Ciências Criminais.

Além destes, agradeço imensamente aos professores que compuseram a banca de arguição: Ney Fayet, com sua singular perspicácia e qualificado olhar criminológico, foi capaz de apontar aspectos em meu trabalho que, sem dúvida, necessitavam ser alterados; Leonardo Sica, através de sua obra intitulada “Justiça Restaurativa e Mediação Penal”, referência nacional no tema, auxiliou-me na definição de inúmeros caminhos traçados neste trabalho. Tendo aceito prontamente o convite feito por meu orientador e eu para que integrasse a banca de arguição, deslocou-se de São Paulo até Porto Alegre para nos dar a honra de sua amável presença. Mesmo tendo sido curta sua passagem pelo sul, foi tempo suficiente para que eu manifestasse algumas inquietações e incertezas sobre a justiça restaurativa e, ao mesmo tempo, aprendesse muito sobre ela através dos diálogos com Leonardo, e suas importantes arguições na banca. Neste trabalho, procurei incorporar todas as contribuições de ambos os professores, da melhor forma possível.

Do lado de fora da academia, agradeço à minha família, especialmente a meus pais que durante a produção deste trabalho e em todos os outros momentos da minha caminhada foram (e seguem sendo) meu porto seguro: à minha mãe, por seu constante apoio, ainda que silencioso, esteve presente nos momentos mais ‘críticos’ e ao meu pai, pela proteção e por fazer-me companhia nas noites de leitura e escrita, trabalhando na sala ao lado.

Ao meu namorado, Guilherme. Mais uma vez, vencemos uma dissertação! Seu carinho, compreensão e paciência foram fundamentais para que eu conseguisse prosseguir ‘firme’, até o final. Talvez ele seja o único arquiteto a entender de justiça restaurativa!

Aos amigos e amigas, seja pelo apoio, pelas ricas discussões, livros e oportunidades, por compreender minha ausência em inúmer-

ros momentos e compreender-me em (quase) tudo: queridas, Patrícia, Amanda, Renata e Manuela; Fê Bestetti; Antônio Tovo Loureiro; Daniel Achutti; Alexandre Wunderlich; e, especialmente, minha irmã para a vida, Mariana de Assis Brasil e Weigert.

Não poderia deixar de mencionar Ricardo Dornelles e Nelnie Lorenzoni, presidente e integrante, respectivamente, da Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS da qual faço parte. Ambos contribuíram com suas vastas vivências com a justiça restaurativa, sendo que muitas de suas percepções sobre a prática acabaram me levando a reexaminar posicionamentos e conclusões neste trabalho, confirmando que, quando se trata de justiça restaurativa, prática e teoria são inseparáveis.

Agradeço aos meus novos colegas de escritório e amigos: Daniel Gerber, José Henrique Salim Schimdt, Marcelo Mayora, Thaís Felix e Lorena Preus. Todos foram muito importantes nos momentos relacionados ao envio deste trabalho ao **IBCCrim**.

Por fim, agradeço ao **IBCCrim** pela iniciativa capaz de levar trabalhos produzidos na academia a um público mais amplo, contribuindo, assim, para a ampliação do diálogo acerca de relevantes temas para as Ciências Criminais, a exemplo da justiça restaurativa.

PREFÁCIO ■

“quem aprende a apreciar o fluxo das mudanças, sem deixar-se arrastar, mas conduzindo-as, sente-se em equilíbrio consigo mesmo e com o contexto que se muda ao seu redor” (Domenico De Masi).

O estudo que tenho a alegria e a responsabilidade de prefaciar representa uma etapa importante do movimento de reforma da justiça penal brasileira. Além disso, nos traz a precoce evolução do pensamento de jovem autora, cuja trajetória da faculdade de Direito ao encontro do tema é especialmente reveladora e importante, como chave para o esboço do modelo brasileiro de justiça restaurativa.

Raffaella saiu do Brasil movida pela curiosidade de uma estudante preocupada em descobrir o novo: queria se encontrar com outras maneiras de pensar o tema que lhe inquietava, a justiça penal. Na Espanha, ouviu falar sobre justiça restaurativa. Reagiu com ceticismo, conforme relatou durante a banca do mestrado que culminou nesse livro. Pensava no processo, nas garantias, na pena, enfim, naqueles elementos que condicionam nossa racionalidade penal. Porém, aquela desconfiança gerou reação diversa do que recomenda o senso comum, ela não refutou a inovação, não se acomodou no conforto do conservadorismo e foi adiante, começou a estudar o tema. Talvez, inspirada em Heráclito: “é na mudança que as coisas repousam”.

Mal sabia, mas tinha encontrado o ponto de partida ideal: por um lado, jamais pensou estar diante da panaceia, de uma “revolução” (para lembrar, não à toa, da palavra que estampou o anúncio da

introdução dos Juizados Especiais Criminais no Brasil...), não se empolgou além do limite de distanciamento crítico, essencial ao bom estudioso. Por outro, não se amarrou a paradigmas e métodos convencionais, desgastados. Assim, encontrou o equilíbrio que flui pelas páginas do livro, não se encantou com as próprias ideias, nem cedeu à atração messiânica que atualmente contamina – perigosamente – a discussão sobre justiça restaurativa no Brasil.

Essa lucidez aparece em todo o livro, especialmente no capítulo IV, em que a autora analisa e critica com coragem o açodado projeto de lei que, antes de qualquer maturação teórica e mal dados os primeiros passos na prática, foi lançado ao Parlamento com a nítida pretensão de garantir a paternidade da ideia... Ideia esta, justiça restaurativa, que é por natureza polissêmica, indefinida, anárquica e, logo, impassível de enquadramento rígido sob as regras processuais e penais clássicas, conforme pretende aquele PL que, por sorte, não parece apto a prosperar.

Dois outros méritos do trabalho precisam ser realçados, sob minha modesta e sempre limitada percepção. Raffaella, pelo que conheço da produção teórica sobre justiça restaurativa no Brasil, conseguiu algo inédito: *encontrou a pista para definir o conceito de justiça restaurativa*, apto a defini-la consoante as necessidades funcionais de transportar para a prática o esforço teórico dos últimos anos. Aqui, tenho o dever acadêmico (e autocrítico) de sublinhar que ainda é válida uma diretriz doutrinária bem difundida (ver Mylène Jaccoud, Grazia Mannozi, entre outros): não há como definir um conceito inequívoco de justiça restaurativa, sob o risco de inibir o que a ideia tem de inovadora e, enfim, desvirtuá-la; permanecendo viva a advertência de Leo Van Garsse quanto ao perigo de buscar a padronização das práticas restaurativas nos moldes do pensamento jurídico clássico. Como reforçam outros autores, Wrighth e Trenczek por exemplo, não se deve procurar a conformidade com o sistema de justiça tradicional, nem ceder-se à pressão para adaptar as práticas restaurativas aos dogmas existentes (manifestação natural da resistência à inovação: aderir ou criar um conjunto fixo e estático de regras reguladoras). Porém, o projeto de implementação da justiça restaurativa e definição do respectivo modelo brasileiro não prescindem da busca por um conceito mínimo, ainda que flexível e aberto. Nesse sentido, pesquisas recentes constataam que o êxito dos programas depende muito da existência de linhas de orientação: jurisdic-

ções que têm uma estratégia nacional a partir da qual se estrutura a implementação a nível local são normalmente mais seguras, bem geridas e bem sucedidas na sua intervenção (David Miers, em avaliação dos programas de justiça restaurativa na Europa entre abril e agosto de 2003).

E o que o trabalho fornece nesse ponto é singular: *o conceito de justiça restaurativa se extrai da relação que as práticas restaurativas estabelecem com o sistema tradicional de justiça em cada contexto*, cada ordem normativa, cada comunidade (daí a manutenção da abertura do conceito!). Parece simples, mas até agora essa pista estava encoberta (reitero a possibilidade de ignorância pessoal aqui) e Raffaella a encontrou. Se não a construiu declaradamente, é exatamente isso que a leitura detida do trabalho e a importante discussão travada durante a banca demonstram. Como essa definição conceitual não tinha surgido ainda, está provado o carácter criativo da pesquisa. Vale lembrar, ainda, que essa conclusão está alinhada com os mais atuais estudos, que convergem para a necessidade de colocar em foco o mais nitidamente possível as macro-estruturas comuns aos modelos de justiça restaurativa, o que permitiria uma comunicação entre diversos estudos na direção de uma “ontologia compartilhada” e, então, do esboço conceitual almejado. Com isso, o presente trabalho cumpre a tarefa essencial - e muito difícil - de estabelecer uma ponte segura entre oficina e academia.

Outro ponto a destacar no trabalho é o constante diálogo entre a teoria sobre justiça restaurativa e outros saberes e narrativas que, há mais tempo, se ocupam da questão criminal, tais como criminologia crítica, garantismo, abolicionismo, etc. Aqui, o mérito é da autora e de seu berço: a “escola gaúcha”, a PUC/RS, espaços ricos em pluralismo, criatividade, pós-modernidade, intercâmbio e situados na vanguarda cultural do País (enquanto São Paulo se incumbe da retaguarda, de locomotiva à âncora intelectual da nação...). Com isso, o trabalho escapa do rótulo infeliz, “restaurativismo”. Esta obra, definitivamente, não é “restaurativista”, não se inclui na seara de manifestações empolgadas que preconizam a criação de um sistema desconectado de referências externas e vinculações teleológicas.

A publicação do trabalho vem, assim, em boa hora. Coloca em relevo a função da academia no trabalho de construção do novo modelo de justiça, que não pode ser erigido, nem governado, exclu-

sivamente apoiado em práticas, por mais bem intencionadas que sejam. Mas não de qualquer academia, ou melhor, não da academia tradicional: o sucesso da justiça restaurativa está intimamente atrelado à nossa capacidade de reinventar realidades sem desconhecê-las e pensar paradigmas inovadores com criatividade, sabedoria, compartilhamento e sensibilidade humana.

Raffaella comprova que, cada vez mais, é preciso predispor os jovens à inovação, ajudá-los a diminuir suas resistências à mudança. Consoante as primeiras avaliações dos projetos de justiça restaurativa em curso no Brasil, esta “deve ser concebida como um instrumento de política-criminal que vise à **inovação** da intervenção penal. Apresenta um novo olhar e uma nova forma de intervenção sobre o crime” (Mariana Raupp e Juliana Cardoso Benedetti. “A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre”. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, nº 1, 2007). O desafio é, ao mesmo tempo, simples e complexo.

Enfim, a submissão ao debate público da produção teórica se concretiza com a presente publicação, mas não se esgota. Para quem assistiu a defesa do mestrado de Raffaella, ficou claro que ela tem mais a oferecer, mas respeitou a cautela de quem expõe seu primeiro trabalho à crítica, também mercê da firme orientação do professor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, a quem parabenizo por esse e por outros trabalhos. A ambos, agradeço pela rica oportunidade de participar – em proporção minúscula – do trajeto que levou-nos a esta publicação que, espero, não seja a etapa final, apenas uma parada necessária para a autora recobrar energias, refletir e prosseguir no caminho iluminado que tem diante de si.

Leonardo Sica

São Paulo, 18 de julho de 2009

APRESENTAÇÃO ■

Embora tenha cursado a graduação em Direito na PUCRS, onde sou professor, fui conhecer a Raffaella em Barcelona, em junho de 2006, onde ela cursava, na época, o Máster em Criminología y Ejecución Penal na Universidade Autônoma de Barcelona. Ainda sob os efeitos do *jet leg* e de um vinho de Rioja, ela e Mariana, amigas inseparáveis, me apresentaram a coordenadora do curso e sua orientadora, a criminóloga Elena Larrauri, com quem a partir de então pude manter um profícuo diálogo que me levou novamente à Catalunha, em 2009.

De volta da Espanha, Raffaella, não satisfeita em ter o título de mestre pela UBA, onde defendeu dissertação sobre o tema das relações entre Direito Penal e trabalho sexual, decidiu ingressar no mestrado em Ciências Criminais, pretendendo investigar o tema da justiça restaurativa, e tive então a honra de assumir a sua orientação.

Neste curto período de pouco mais de três anos, pude estabelecer com Raffaella, além de uma grande amizade, um profundo respeito acadêmico, ambos motivados por características que lhe são muito próprias: o raciocínio rápido, a impaciência para com a estupidez dos discursos do senso comum punitivo, a iniciativa para levar adiante seus propósitos e a curiosidade e inquietude para buscar sempre algo além do discurso estéril da dogmática jurídica.

O tema proposto por Raffaella era para mim bastante instigante, pois me permitia continuar refletindo sobre algo que estava em meu foco de investigação desde que ingressei no mestrado em Sociologia, em meados dos anos 90, quando produzi a dissertação que em seguida foi publicada na coleção de monografias do **IBCCRIM** sob o número 13, intitulada “Informalização da Justi-

ça e Controle Social”, analisando a implantação no Brasil dos Juizados Especiais Criminais.

Meu interesse pelos Juizados Especiais Criminais derivava de uma incursão pelo debate sócio-jurídico, em que o tema do acesso à justiça em um contexto de redemocratização era o que mais me atraía, a partir especialmente dos trabalhos de Mauro Capelletti e Bryant Garth, mas também do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos e da Nova Escola Jurídica, com Roberto Lyra Filho, Luis Alberto Warat e tantos outros, que tanto contribuíram e influenciaram toda uma geração formada nos bancos acadêmicos das Faculdades de Direito na década da redemocratização e da Assembleia Nacional Constituinte. Como se poderia afirmar e garantir direitos recém- conquistados e positivados, se as situações mais corriqueiras de violência interpessoal, quando chegavam até as delegacias de polícia, por ali ficavam e eram ao final arquivadas, sem que as partes tivessem a possibilidade de acesso a mecanismos institucionais para a administração de seus conflitos, que poderiam ser banais ou fictícios, mas que muitas vezes acabavam, pela falta de um encaminhamento adequado, resultando em desfechos fatais?

Descobrimos então que com a Lei 9.099/95 tais situações, com a dispensa do inquérito policial, passaram a chegar ao Poder Judiciário, via Juizados Especiais Criminais. Isso, no entanto, por si só não tornava as coisas melhores do ponto de vista da administração ou resolução do conflito, uma vez que as limitações do modelo aprovado pelo legislador brasileiro para regulamentar a previsão constitucional de informalização da justiça no âmbito dos chamados delitos de menor potencial ofensivo logo começaram a aparecer. A falta de um espaço efetivo para o diálogo entre as partes, o despreparo dos operadores jurídicos para atuar num contexto onde a mediação e o acordo eram mais importantes do que adjudicação de culpa e a redação de longas e elaboradas peças processuais, a elevação da celeridade e economia processuais como princípios que se sobrepunham ao oferecimento de serviços judiciais adequados e necessários ao propósito da pacificação das relações sociais sem o atropelo de direitos, tudo isso acabou por frustrar os propósitos mais democráticos que estiveram por trás da criação dos Juizados Especiais Criminais, fazendo com que o então mi-

nistro da justiça Miguel Reale Jr. constituísse uma comissão especial para avaliar a situação e apontar novos caminhos para a informalização da justiça penal.

Abortada alguns meses depois pela demissão do ministro, ainda assim o debate realizado no âmbito da comissão permitiu que, por iniciativa de Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, fossem publicados dois volumes com manifestações bastante variadas sobre o tema da informalização, os “Diálogos sobre a Justiça Dialogal” e os “Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais” (Carvalho e Wunderlich, 2002 e 2005). O que o conjunto de artigos publicados nestes dois volumes demonstrava, além dos problemas de funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, era também a existência de uma grande resistência, no âmbito do processo penal, aos novos mecanismos que vinham sendo propostos e implantados em outros contextos, e pouco a pouco eram introduzidos também no ordenamento jurídico brasileiro.

De lá até aqui, e em que pese as resistências ainda persistirem, a novidade é que projetos piloto de justiça restaurativa começaram a ser experimentados em diversos locais do País, abrindo caminho para formas de administração de conflitos inovadoras, não punitivas, voltadas ao restabelecimento de vínculos sociais solapados pela violência cotidiana, e muito especialmente ao assumimento de responsabilidades por parte tanto dos autores de práticas violentas ou de desrespeito ao direito alheio, quanto por parte daqueles que de alguma forma não agiram para impedir que a situação chegasse ao ponto de que a “saída” acabasse sendo a imposição de um castigo estatal.

O trabalho de Raffaella, premiado agora pelo **IBCCrim**, é movido por toda essa história. Parte da perplexidade do mundo jurídico em reconhecer os limites de um modelo punitivo erigido no alvorecer da modernidade, com toda a sua importância civilizatória, mas também com uma carga de violência cada vez mais escancarada pela exacerbação punitiva e o grande encarceramento que marca o momento presente. Mas, neste caso, a perplexidade não produziu paralisia, e lançou a autora a buscar os fundamentos para a legitimação e a viabilização de novos caminhos, de outras saídas para a conflitualidade social contemporânea.

O trabalho de Raffaella é, portanto, mais uma contribuição ao

debate dos que buscam ir além do conhecido, do pré-estabelecido. Que não se satisfazem com doses de violência institucional cada vez mais seletiva e mais massiva, mas que a partir da desconstrução buscam já oferecer alguma pista dos caminhos possíveis. Caminhos estes que ainda estão por ser trilhados, e que talvez não caibam em um quadro normativo que pretenda limitar as possibilidades de novos arranjos institucionais, em que o saber jurídico não detenha mais o monopólio da solução dos conflitos, mas que situe ao lado de outros saberes, para que não se perca a dimensão do outro e da complexidade que está por trás de todos os conflitos humanos. Mais não precisaria ser dito sobre a contribuição de Raffaella. Aproveitem a leitura!

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre, 23 de julho de 2009.

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	25
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 - JUSTIÇA RESTAURATIVA: ANTECEDENTES, ABERTURA CONCEITUAL E VALORES	29
---	-----------

1.1. Introdução	29
1.2. Antecedentes da justiça restaurativa	34
1.2.1. Abolicionismo	37
1.2.2. Vitimologia	46
1.3. Justiça Restaurativa: um conceito aberto	53
1.3.1. A concepção do encontro	55
1.3.2. A concepção da reparação	57
1.3.3. A concepção da transformação	58
1.3.4. Os valores restaurativos	60

CAPÍTULO 2 - O LUGAR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DAS NAÇÕES UNIDAS	67
---	-----------

2.1. A justiça criminal e a justiça restaurativa: paradigmas opostos ou conciliáveis?	67
2.1.1. A punição e a justiça restaurativa	74
2.2. A justiça restaurativa e sua relação com o sistema de justiça criminal	78
2.2.1. O modelo centrado nos processos e o modelo direcionado aos resultados: a voluntariedade da justiça restaurativa em questão	78

2.2.2. A relação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal: sistema de justiça restaurativa	85
2.3. Princípios Básicos do uso da justiça restaurativa conforme as Nações Unidas	87
2.3.1. Definições	88
2.3.2. O uso dos programas de justiça restaurativa	90
2.3.3. O funcionamento dos programas de justiça restaurativa	93
2.3.4 Desenvolvimento dos programas de justiça restaurativa	96

CAPÍTULO 3 - OS MOMENTOS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, SUAS PRÁTICAS E ALGUMAS EXPERIÊNCIAS

3.1. Momentos de aplicação das práticas restaurativas	99
3.2. Tipos de programas ou práticas restaurativas (e algumas experiências)	104
3.2.1. Mediação entre vítima e ofensor (VOM - <i>victim-offender mediation</i>)	107
3.2.1.1. A experiência catalã na justiça penal de adultos	112
3.2.2. Conferências de família (FGC - <i>family group conferencing</i>)	117
3.2.3. Círculos restaurativos	119
3.2.3.1. A experiência de Porto Alegre na justiça penal de menores	120

CAPÍTULO 4 - CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E AO PROJETO DE LEI Nº 7006/06

4.1. Introdução	131
4.2. Breves considerações acerca do cenário brasileiro: a falta de legitimidade do sistema penal, a	

violência e a justiça restaurativa	132
4.3. A justiça restaurativa, a extensão da rede de controle penal e o acesso à justiça	139
4.3.1. A justiça restaurativa e o acesso à justiça	145
4.4. A justiça restaurativa, as garantias jurídicas e a participação da vítima	152
4.4.1. Princípio da igualdade (ou coerência dos castigos) ..	156
4.4.2. Princípio da proporcionalidade	156
4.4.3. Princípio da imparcialidade	162
4.4.4. A participação da vítima e a privatização do conflito.	166
4.4.5. Algumas considerações	173
4.5. A proposta de implementação da justiça restaurativa no Brasil: considerações sobre o Projeto de Lei nº 7006 de 2006	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	201

INTRODUÇÃO ■

O presente trabalho analisa o modelo de justiça restaurativa e suas formas de articulação com o sistema de justiça criminal, tanto de um ponto de vista teórico quanto a partir de algumas experiências no Brasil e em outros países. Conjuntamente, aborda-se algumas dificuldades e críticas relacionadas à implementação da justiça restaurativa no que tange ao risco de ampliação do controle penal e à violação das garantias jurídicas, buscando delinear possíveis caminhos que viabilizem a implementação e institucionalização deste modelo no Brasil.

Para alcançar tais objetivos, optou-se por estruturar o trabalho em quatro capítulos.

No primeiro capítulo são abordados os antecedentes, o conceito (aberto) e os valores da justiça restaurativa.

Abordar-se-á, brevemente, o contexto de ‘crise’ do sistema de justiça criminal, o qual remonta à época do próprio surgimento da prisão como a ‘pena por excelência’, e as tentativas que buscaram reformá-lo, dentre elas a introdução de penas alternativas como forma de reduzir o emprego da prisão. A ineficácia e inconsistência das reformas propostas, somadas à crise da ideia de ressocialização e de tratamento através da pena privativa de liberdade vivida na década de 60 e 70 nos Estados Unidos, fomentaram o surgimento de ‘novas’ ideias em relação à forma de abordar o delito. Na década seguinte, assistiu-se ao crescimento dos movimentos abolicionista e vitimoló-

gico, que também denunciavam as consequências deletérias do modelo de justiça criminal e chamavam a atenção para o afastamento da vítima da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal com suas necessidades e direitos. Foi neste contexto que (re)surgiu a ideia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa.

Quanto ao conceito de justiça restaurativa, salientar-se-á sua abertura e polissemia e as críticas advindas destas características. Tratar-se-á das diversas concepções de justiça restaurativa: a que enaltece o encontro, centrada no diálogo entre as partes (vítima, ofensor e, por vezes, comunidade); a que prioriza a reparação da vítima e admite que, em certos casos, a reparação possa ser imposta ao autor; e a que concebe a justiça restaurativa como um meio de transformação da vida em sociedade.

Por fim, analisar-se-á os valores implícitos nesse modelo, fundamentais para que não sejam comprometidos seus propósitos ao aplicar-se suas práticas. Optou-se por abordar os valores restaurativos elencados por Braithwaite – teórico de destaque no tema –, os quais estão divididos em três grupos: (1) valores obrigatórios (*constraining values*): não-dominação, empoderamento, obediência aos limites máximos das sanções estabelecidas legalmente, escuta respeitosa, preocupação igualitária com todos os participantes, *accountability*, *appealability* e respeito aos direitos humanos; (2) *maximizing values*: restauração da vítima e prevenção do delito; (3) *emergent values*: perdão, desculpas e clemência.

O segundo capítulo compreende uma análise teórica da justiça restaurativa, abordando a questão do lugar da justiça restaurativa em relação à justiça criminal, com o objetivo de identificar, antes de tudo, se este modelo encontra-se em oposição ao modelo de justiça criminal, devendo-se abordar as características deste último e confrontá-las com as do primeiro, para então avaliar os argumentos que sustentam que estes modelos não são opostos, pois, na prática, tendem a se mesclar.

Em seguida, passa-se a analisar a forma de articulação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal. A esse respeito, cumpre avaliar as duas grandes posições existentes: (1) a maximalista, que defende a inserção da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal – a fim de buscar a transformação do sistema punitivo –,

centra-se nos resultados restaurativos e portanto, aceita que a reparação da vítima seja imposta ao ofensor; (2) a minimalista, que opta por manter a justiça restaurativa afastada do sistema criminal, pois acredita que assim é possível mudá-lo lenta e progressivamente, sem aderir à lógica punitiva do sistema criminal, primando pelos processos restaurativos mais do que por seus possíveis resultados.

Ademais, interessa avaliar os sistemas de justiça restaurativa propostos por Van Ness, que também contribuirão para a compreensão de qual o lugar mais adequado para que a justiça restaurativa desenvolva suas práticas e se apresente como uma outra possível resposta ao delito, sem que seja contaminada pela lógica (punitiva) do sistema criminal.

Posteriormente, opta-se por examinar a Resolução 2002/12 das Nações Unidas, referente aos princípios básicos do uso da justiça restaurativa em matéria penal, visto que fornece grandes orientações aos países que pretendem implementá-la, a exemplo do Brasil. Ao dispor sobre a definição das práticas restaurativas, o uso, funcionamento e desenvolvimento de programas, confere destaque à necessidade dos programas orientarem-se por determinados princípios, considerados imprescindíveis para uma boa prática: voluntariedade, consentimento informado, confidencialidade, manutenção da presunção de inocência (na hipótese do caso retornar à justiça criminal), estabelecimento de regras de derivação de casos para os programas e reconhecimento do acordo cumprido com força de coisa julgada.

Após a construção da base teórica, passar-se-á, no terceiro capítulo, a tratar dos momentos de aplicação das práticas restaurativas (se antes da proposição da ação penal, durante o processo penal ou depois dele, ao tempo da execução da penal) e das práticas comumente utilizadas (mediação, conferências de família e círculos), destacando-se sua flexibilidade. Conjuntamente, a fim de confrontar a prática com a teoria, analisar-se-á algumas experiências de implementação de programas restaurativos no Brasil e em outros contextos.

No quarto capítulo serão abordadas as críticas à implementação da justiça restaurativa no Brasil e analisar-se-á o projeto de lei que pretende institucionalizá-la no País. Cumpre, inicialmente, versar sobre a crise de legitimidade do sistema criminal e sua ineficiência

para administrar a conflitualidade social, buscando compreender como a justiça restaurativa pode contribuir para a democratização da justiça.

Posteriormente, passar-se-á à análise das críticas à implementação da justiça restaurativa e os mecanismos possíveis para superá-las. A primeira crítica a ser analisada será a de extensão da rede de controle formal. Pensa-se que para superar, ou pelo menos reduzir, o risco de extensão da rede, são necessários critérios bem definidos de derivação dos casos aos programas restaurativos. Na medida em que esta justiça é entendida como a que facilitará a resolução do caso, não por meios punitivos, mas restaurativos/reparadores, ela poderá ser considerada aliada na busca da democratização da justiça, incrementando, inclusive, o acesso à mesma.

A segunda crítica analisada será a que se refere à violação das garantias penais e processuais penais e à participação da vítima na justiça restaurativa. Tais críticas serão enfrentadas partindo-se do pressuposto de que estão baseadas num modelo de justiça retributivo e, por isso, em grande medida, não são capazes de deslegitimar o modelo restaurativo. Por outro lado, algumas críticas pertinentes, por apontarem a necessidade de limites ao modelo restaurador, também serão analisadas.

Por fim, frente à existência de um projeto de lei que pretende institucionalizar a justiça restaurativa no Brasil, é imprescindível tecer alguns comentários a respeito de dispositivos problemáticos do mesmo que podem comprometer o êxito da futura lei e do desenvolvimento do uso da justiça restaurativa no País, que estão conectados, possivelmente, com a prematuridade dos debates teóricos e das experiências práticas nacionais.

CAPÍTULO I

JUSTIÇA RESTAURATIVA: ANTECEDENTES, ABERTURA CONCEITUAL E VALORES

1.1) Introdução

A imprescindível reflexão sobre a justiça criminal na modernidade conduz (ou deveria conduzir) à conclusão de que se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema¹.

Todavia, quando se fala em falência deste modelo punitivo que elegeu a prisão como principal instrumento de resposta ao delito, não se está referindo a falência recente. As crises da utilização da prisão como pena remontam à época de seu surgimento. Na análise feita por Foucault, percebe-se que no século XIX a prisão como pena alcançou a condição de meio de punição mais usado, sendo aplicada à quase totalidade dos crimes, substituindo duas outras formas anteriormente utilizadas: o suplício e as penas proporcionais aos crimes (fruto da reforma humanista² da segunda metade do século XVIII)³:

¹ ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006, p. 233.

² A reforma do Direito Penal da segunda metade do séc. XVIII é tratada por Foucault não como um movimento que pretendia humanizar as penas com a abolição dos suplícios, mas como um movimento que estaria interessado em estabelecer uma nova “economia política” do poder de punir: “por detrás de tais discursos e disputas, estaria um interesse em uma justiça mais ágil e desembaraçada, em face de transformações signi-

“tal sistema ‘penitenciário’ (prisão) se afirma no início do século XIX, quase como à revelia da teoria e do sistema penais, ainda dominados pela noção de crime como perigo público. Forma-se aquilo a que Foucault chama, nesse momento, de a ‘sociedade punitiva’, um tipo de sociedade na qual o aparelho de Estado desempenha as funções corretivas, paralelamente a outras, ditas ‘penitenciárias’, representadas pelas práticas de aprisionamento”⁴.

Assim, neste período, tem início a etapa histórica em que os mecanismos disciplinares colonizam a instituição judiciária:

“Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’”⁵.

É interessante observar que as críticas à prisão apareceram muito cedo, já a anunciando como o grande fracasso da justiça penal. Pouco tempo depois da implementação das prisões, já havia movimentos para a reformulação do sistema prisional, em razão dos males causados pelo encarceramento. O posterior reconhecimento (parcial) da inadequação e mau uso das prisões levaram à busca de alternativas⁶.

ficativas nos domínios econômico, político e social (...). No fundo, o que se denunciava era uma justiça penal ‘irregular’, devido à multiplicidade de instâncias com poder de decisão que acabavam por compô-la.” (FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 129).

³ FONSECA, Michel Foucault e o direito, pp. 121 e 124.

⁴ FONSECA, Michel Foucault e o direito, p. 133.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 195.

⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 61.

Foucault reproduz as críticas feitas ainda em 1820 e 1845 e observa que estas permanecem as mesmas até hoje⁷, variando, apenas, em termos quantitativos: as prisões não reduzem a taxa de criminalidade – mesmo que se aumente, multiplique ou transforme as prisões, a criminalidade permanece a mesma ou aumenta; a detenção provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização de delinquentes solidários entre si e hierarquizados; os que são libertados da prisão estão condenados à reincidência, devido às condições de vigilância a que são submetidos; por fim, a prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria⁸.

As respostas dadas na época às fortes críticas também eram similares às dadas na atualidade, ambas com a característica de serem autorreferenciais⁹, ou seja, sugerem o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução aos problemas:

“(...) naquele momento e ainda hoje, a resposta para o fracasso da prisão em termos de justiça penal consiste fundamentalmente em se procurar reconduzir os princípios da técnica penitenciária, consiste em se buscar a reativação das técnicas penitenciárias como sendo a única forma de reparação do seu fracasso. É como se há 150 anos não se visualizasse uma alternativa à prisão enquanto modo de punição”¹⁰.

⁷ Pode-se referir, no pensamento criminológico contemporâneo, as críticas sustentadas pelo *labelling approach*, criminologia crítica e, posteriormente, pelo movimento abolicionista, que denunciaram os efeitos do cárcere, os processos de criminalização, a seletividade, a estigmatização do direito penal, etc., aproximando-se e até mesmo sendo uma continuação daquelas críticas feitas ao cárcere, ainda no séc. XIX.

⁸ FOUCAULT. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, pp. 221-223.

⁹ Tratando do discurso dogmático penal, Carvalho observa esta mesma característica de autorreferenciabilidade que parece ser uma constante no discurso penal em busca de legitimidade: “Segundo o discurso dogmático, a missão do direito penal é a tutela dos principais bens jurídicos da humanidade. No entanto, esta mesma dogmática conceitua bem jurídico como sendo aqueles valores fundamentais salvaguardados pelo direito penal, ou seja, trata-se de um discurso auto-referencial, aparentemente paradoxal, mas que serve utilitariamente para auferir legitimidade a qualquer intervenção (moral) punitiva” (CARVALHO, Salo de. Intervenção. Mesa 2: A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia (org.) *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117).

¹⁰ FONSECA. Michel Foucault e o direito, 2002, p. 171.

Ao longo da existência do modelo retributivo, portanto, inúmeras alterações buscaram ‘consertar’ suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, não havendo correlação entre gravidade do delito e pena imposta. Posteriormente, com o Renascimento, introduziu-se o critério da proporcionalidade entre o ato e a pena correspondente, o que tornou a aplicação da pena mais ‘racionalizada’. Desde então, as prisões popularizaram-se e configuraram-se em uma forma ‘científica’ de aplicar punição. Mais recentemente, na primeira metade do século XX, surgiu a ideia da reabilitação, que em seguida (em torno de 1960) cairia em descrédito por sustentar um modelo terapêutico com sentenças indeterminadas e discricionárias. Ademais destas alterações ou reformas, também as penas alternativas figuraram como tentativas de salvar o paradigma punitivo, estatuidando formas alternativas de castigo¹¹.

Contudo, esta tentativa de reforma mais recente que introduziu penas alternativas ao encarceramento, ao invés de resultar numa substituição da pena de cárcere por uma pena alternativa, acabou por aumentar o campo de atuação do controle formal, somando a nova ‘pena alternativa’ à antiga pena privativa de liberdade, sem introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal:

“As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as ‘alternativas’ também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais de vítima e ofensor”¹².

A esse respeito, Cohen, em seu livro “*Visions of social control*” (1985), explica que as alternativas ao cárcere não serviram para substituí-lo, mas sim para complementá-lo, o que ocasionou o aumento do controle social. Pouco tempo depois (1987), o mesmo autor reviu parcialmente suas críticas às penas alternativas e admitiu que, ainda

¹¹ Esta breve síntese do paradigma punitivo e suas alterações ao longo dos tempos é apresentada por Zehr, com base na análise do paradigma jurídico retributivo feita por Randy Barnett. ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 89-90.

¹² ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 89.

que não houvessem substituído o cárcere, elas não representaram um total fracasso¹³.

A expansão da rede e a ineficácia das alternativas para alterar a situação do sistema penal, ocorrem, na opinião de Zehr¹⁴, porque tanto a pena de prisão quanto as alternativas se apoiam numa mesma compreensão de crime e justiça, que abrange os seguintes pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime¹⁵.

O insucesso das alternativas também havia sido previsto pelos abolicionistas, que defendiam não penas alternativas, mas alternativas ao sistema penal, e ainda alertavam que enquanto não fosse abolida a prisão, as penas alternativas seguiriam seu caminho:

“[as penas alternativas] deberán cumplir e mismo cometido de la cárcel – disciplinar a la gente en la moralidad convencional dominante; repetirán sus estructuras – medios institucionales cerrados, regímenes disciplinarios; y reproducirán sus errores: estigmatizarán al ofensor sin dar satisfacción a la víctima”¹⁶.

Indo além, Bitencourt chama a atenção para a impotência das inúmeras reformas que tentam salvar a prisão, uma vez que esta, sem dúvida, falhou em seus propósitos declarados:

“Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas”¹⁷.

¹³ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología Crítica*. Madrid: Siglo XXI de España; México D. F.: Siglo XXI Editores, 2000, pp. 211-12 e 214.

¹⁴ ZEHR, *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 62-63.

¹⁵ No segundo capítulo deste trabalho os pressupostos do paradigma retributivo serão abordados e confrontados com os pressupostos do modelo restaurativo.

¹⁶ LARRAURI, *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 213.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2007, p.103.

1.2) Antecedentes da justiça restaurativa

Na década de 60 e 70, nos Estados Unidos, vivenciou-se a crise do ideal ressocializador e da ideia de tratamento através da pena privativa de liberdade, a qual desencadeou, na década seguinte, o desenvolvimento de ideias de restituição penal e de reconciliação com a vítima e com a sociedade. Houve, então, naquele país, duas propostas político-criminais: uma sugeria um retribucionismo renovado (teoria do *just desert*), enquanto outra propunha uma mudança de orientação no Direito Penal, focado agora na vítima do delito (movimento reparador)¹⁸.

Apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes dela já existiam valores, processos e práticas restaurativas. Todavia, foi na década de 90 que o tema voltou a atrair o interesse de pesquisadores como um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos, tanto financeiros como humanos, do sistema de justiça tradicional e o fracasso deste sistema na responsabilização dos infratores e atenção as necessidades e interesses das vítimas¹⁹.

Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos (anos 90) com Braithwaite, e em pouco tempo é difundido pelo continente europeu²⁰.

Ainda no período inicial de divulgação das ideias de Braithwaite, questionava-se se este autor seria um continuador da teoria do etiquetamento ou fundador de nova proposta (a justiça restaurativa). Braithwaite perguntava-se sobre os efeitos da etiqueta no posterior comportamento delitivo, e suas ideias a este respeito foram brevemente resumidas por Larrauri e Cid:

¹⁸ CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, marzo de 1999, nº 34, p. 69.

¹⁹ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, 440-441.

²⁰ CID, José e LARRAURI, Elena. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 223.

“(…) en los países en donde existe poco delito, como por ejemplo Japón, el control del delito tiene un carácter público e moral. Ello es debido a que la etiqueta de delincuente, la visibilidad de la pena, la exposición por lo que has hecho, produce un efecto preventivo pues la gente teme los efectos de estas penas públicas”²¹.

A ideia de Braithwaite era substituir o estigma decorrente da etiqueta de desviante (que impedia que este se (re)integrasse à sociedade) por gestos que demonstrassem que o desviante poderia se reintegrar à sociedade e que seria bem-vindo. Assim, para que as penas tivessem efeito preventivo, deveriam ser reintegradoras (fazendo com que o infrator enfrentasse os danos por ele causados), e não excludentes²².

Braithwaite também teve suas ideias aproximadas com as dos abolicionistas. Um dos pontos compartilhados por ambas as tendências é o objetivo de superar o processo penal contemporâneo e outorgar à vítima e à comunidade maior participação no processo para que o infrator não seja apenas punido, mas compreenda o dano por ele produzido²³.

No entanto, para este autor, existem importantes diferenças de política criminal entre a justiça restaurativa e o abolicionismo. Enquanto a justiça restaurativa admite a utilização do cárcere para um reduzido número de delitos e segue conferindo importância à conservação das garantias processuais e penais, o abolicionismo propõe não só uma alternativa à pena de prisão, mas uma total substituição do atual processo penal²⁴ e, em sua concepção mais extrema, uma alternativa ao sistema penal.

Nesse sentido, a justiça restaurativa mostra-se mais dialogante com o modelo vigente do que as propostas abolicionistas, pois

²¹ CID e LARRAURI. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, p. 222.

²² CID e LARRAURI. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, p. 222.

²³ CID e LARRAURI. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, p. 247.

²⁴ CID e LARRAURI. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, pp. 247-248.

“ha aceptado que deben existir principios reguladores de la justicia restauradora y que los jueces penales deben supervisar los acuerdos que se alcancen, ha discutido el problema de quién y cuándo se derivan los casos a la justicia restauradora, se ha preocupado por los riesgos de vulneración de derechos procesales que las conferencias pueden conllevar, y finalmente ha admitido que puede coexistir con la justicia penal ya que ésta puede hacer más eficaz el acuerdo que se alcance en las conferencias de justicia restauradora”²⁵.

Tal justiça, portanto, é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou as instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re)descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes²⁶.

Além destas influências, cabe frisar que antes mesmo dos movimentos abolicionista e vitimológico, práticas restaurativas já se encontravam presentes nas tradições de povos do Oriente e Ocidente, nas quais princípios restaurativos teriam caracterizado, por séculos, os procedimentos de justiça comunitária²⁷.

A esse respeito, Zehr²⁸ destaca que o paradigma atual que associa justiça criminal com punição, visto com tanta naturalidade na atualidade, nem sempre vigorou nas sociedades. Tal paradigma possui apenas alguns séculos, não tendo sido o único modelo presente na história. Durante muito tempo predominaram as práticas de justiça comunitária, com o emprego corrente de técnicas não-judiciais e formas não-legais de resolução de conflitos, restando o Estado afastado destas questões.

²⁵ LARRAURI. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 441.

²⁶ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 164-5.

²⁷ ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, p. 236.

²⁸ Zehr, 1990, apud ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, p. 236.

Também é errôneo pensar que esta justiça comunitária possuía tão-somente práticas violentas e arbitrárias. Tal entendimento não leva em consideração outras tantas práticas concomitantes que transmitiam valores importantes e não-violentos²⁹:

“Antes da ‘justiça pública’, não teria existido tão-somente a ‘justiça privada’, mas, mais amplamente, práticas de justiça estabelecidas consensualmente nas comunidades e que operavam através de processos de mediação e negociação, em vez da imposição pura e simples de regras abstratas”³⁰.

Apesar de tantas e diferentes influências e raízes, abordar-se-á, mais detidamente, somente o movimento abolicionista e a vitimologia, pois ambos exerceram grande influência na formulação dos princípios da justiça restaurativa, na sua forma atualmente adotada, bem como nos riscos e nas críticas que recebe³¹.

1.2.1) ABOLICIONISMO

S e nas décadas anteriores à de 80 a discussão estava centrada na prisão e na busca de alternativas, nos anos 80 a discussão a respeito do direito penal tomou corpo e não tardaram a surgir discussões com relação às alternativas ao direito penal e ao castigo. Nesta época, a criminologia crítica é marcada por uma divisão: alguns integrantes da Nova Criminologia tornaram-se realistas de esquerda, outros criminólogos críticos uniram-se à perspectiva abolicionista, enquanto outros adotaram posição intermediária, defendendo o minimalismo, ou Direito Penal Mínimo³².

Em 1984, a publicação do livro “*What is to be done about law and order? Crisis in the eighties*”, de Lea y Young, marcou o início

²⁹ ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, pp. 236-237.

³⁰ ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, p. 237.

³¹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, pp. 440-441.

³² LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, pp. 198 e 192.

das divisões dentro da Criminologia Crítica. Esta corrente, principalmente na Inglaterra, ficou conhecida como Realismo de Esquerda. Em linhas gerais, as ideias deste movimento eram:

“(...) el delito es un problema para las clases sociales más débiles de la sociedad; desconocer este hecho supone dejar el terreno abonado para que los sectores conservadores se presenten como paladines de la ‘ley e el orden’; la tarea de la criminología es por consiguiente luchar contra el delito y para este combate debe recuperarse a la policía, utilizar el sistema penal y elaborar un programa de control del delito mínimo, democrático y multi-institucional”³³.

Em seguida, criminólogos críticos, que discordavam das ideias dos realistas de esquerda, passaram a defender propostas abolicionistas. Estas propostas tinham tradição nos países escandinavos e na Holanda e possuíam como seus representantes mais importantes Christie, Mathiesen, Bianchi e Hulsman³⁴.

Na mesma época, surge, com Baratta, a ideia de um direito penal mínimo que também se vincula à perspectiva garantista de Ferrajoli. Baratta, apesar de estar de acordo com as críticas feitas pelos abolicionistas ao direito penal, propunha uma política intermediária que comportava um direito penal mínimo limitado por princípios legais, funcionais e pessoais, e que teria como função a defesa dos direitos humanos³⁵. Assim, aqueles que inicialmente apoiavam o projeto abolicionista de abolir o cárcere afastaram-se no momento em que o movimento passou a defender a extinção do próprio sistema penal, sob o fundamento de que a supressão do mesmo “implicaría la desaparición de los límites de la intervención punitiva del Estado”³⁶.

O abolicionismo, portanto, surge³⁷ no interior da criminologia crítica e recebe influência também do *labelling approach* (Goffman,

³³ LARRAURI, *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 197.

³⁴ LARRAURI, *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 197.

³⁵ LARRAURI, *La Herencia de la criminología Crítica*, pp. 198-99.

³⁶ LARRAURI, Elena. Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Boletim Oficial del Estado, n. L, jan., 2007, p. 134

³⁷ O abolicionismo tratado aqui não é o único, nem o primeiro. A tradição abolicionista já

Lemert), da etnometodologia norte-americana (Garfinkel, Cicourel) e da nova criminologia (Taylor, Walton, Young)³⁸. No entanto, o abolicionismo não pode ser visto como um movimento unitário, pois possui diversos representantes com perspectivas e propostas diferentes.

Ferrajoli³⁹, levando em conta tal multiplicidade, delimita as características das doutrinas abolicionistas como aquelas que não reconhecem como legítimo o Direito penal, porque não aceitam moralmente a justificativa de seus fins frente ao sofrimento que provoca e/ou porque consideram vantajosa a substituição da sanção punitiva por meios pedagógicos ou de controle social informal. Não se confundem, na opinião do autor, com doutrinas substitucionistas (que propõem a substituição da pena por tratamentos, incorrendo em um correccionalismo positivista⁴⁰), nem com doutrinas reformadoras (que propugnam sanções penais menos afliativas do que a pena de prisão).

As ideias abolicionistas, de maneira ampla, pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas⁴¹. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas, casualidades, etc. e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima⁴².

possui dois séculos, pois suas primeiras manifestações ocorreram no final do séc. XVIII, início do XIX, no período em que nascia o Direito penal liberal e reivindicava-se a abolição da pena de morte (RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 207.).

³⁸ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Temis, 1995, p. 22.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001, p. 248.

⁴⁰ Inclusive, Virgolini refere que o abolicionismo é o movimento que faz oposição mais radical à criminologia correccionalista, pois “habida cuenta de que el sistema penal no es capaz para alcanzar sus fines declarados y que los efectos que efectivamente provoca son deletéreos, conviene abolirlo” (VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 120).

⁴¹ RIVERA BEIRAS. *Principios orientadores del constitucionalismo social*, p. 204.

⁴² LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 198.

O abolicionismo, portanto, busca a substituição do modelo tradicional de justiça penal, defendendo a recuperação do conflito pela vítima e ofensor, prevendo, em alguns casos, a intervenção de terceiros como mediadores, sendo estes apenas mediadores vicinais. Propõe que a comunidade recupere sua capacidade de solucionar conflitos ou possa encaminhá-los para o âmbito do direito civil⁴³.

Michel Foucault, Thomas Mathiesen, Louk Hulsman e Nils Christie foram autores cujas ideias contribuíram, de maneiras diversas, para a crítica contundente ao sistema penal e para a constante busca de alternativas para o mesmo, a ponto de produzir “una crisis de paradigma”⁴⁴. Estes autores propunham a abolição do sistema penal e “sua radical substituição por outras instâncias de solução de conflitos”⁴⁵.

Zaffaroni⁴⁶ ressalta que Foucault não é um abolicionista no mesmo sentido dos demais autores, mas “sua análise das estruturas de poder, principalmente a relativa aos estabelecimentos carcerários, conferiu importantes subsídios ao movimento”⁴⁷. Foucault, ao fazer a historiografia do cárcere, derruba um dos pilares que sustentam o sistema penal, demonstrando a verdadeira função exercida pelo cárcere na sociedade moderna:

“A historiografia de Foucault objetiva caracterizar a disciplina (incorporada na estrutura panóptica das relações sociais) como a modalidade específica de poder que coloniza a gênese da instituição carcerária, explicando-a pela produção e reprodução de uma ‘ilegalidade fechada, separada e útil’ (a delinquência) e, simultaneamente, de ‘corpos dóceis’, garantido e reproduzindo as relações de poder (e a estrutura de classe) da sociedade”⁴⁸.

⁴³ LARRAURI. Tendencias actuales en la justicia restauradora, p. 440.

⁴⁴ Scheerer apud MARTÍNEZ SÁNCHEZ. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*, p. 17.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 97.

⁴⁶ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 101.

⁴⁷ CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da*

Já Thomas Mathiesen vincula a existência do sistema penal à estrutura capitalista, possuindo, portanto, influência do pensamento marxista. É considerado o estrategista do abolicionismo, pois propunha que o movimento abolicionista deveria colocar-se em permanente oposição e competição com o sistema penal⁴⁹. As ideias de Mathiesen, lançadas ainda na década de 70, sugeriam a abolição do cárcere – ou pelo menos sua significativa redução – e ressaltavam a necessidade do sistema penal proteger as vítimas, podendo fazê-lo por meio de compensação financeira, seguro, abrigos protetivos, centros de apoio, etc⁵⁰.

Quanto aos demais autores, Nils Christie e Louk Hulsman, pode-se dizer que foram os abolicionistas que mais contribuíram à perspectiva restaurativa. Para Christie, o sistema penal é responsável por impor dor, produzir sofrimento e por destruir as relações comunitárias⁵¹. A alternativa, para o autor, seria construir formas de justiça participativa e comunitária capazes de abdicar do uso da sanção de privação ou restrição de liberdade e utilizar a reparação ou indenização do dano por meio da composição do conflito⁵².

Na perspectiva de Louk Hulsman, o sistema penal representa um problema em si mesmo e, frente a sua ineficácia para solucionar os conflitos, propõe sua completa abolição, estando esta ancorada em três motivos decisivos: “é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle”⁵³.

Hulsman recomenda a substituição do sistema penal por “instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos

violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 196.

⁴⁹ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, pp. 99-100.

⁵⁰ CARVALHO. *Antimanual de criminologia*, pp. 127 e 129.

⁵¹ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 101.

⁵² CARVALHO. *Antimanual de criminologia*, p. 130.

⁵³ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 98.

que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas”⁵⁴. O autor lança mão de um estudo feito pelo Instituto Vera de Nova Iorque para embasar sua afirmativa de que as vítimas não procuram vingança e que suas necessidades não são atendidas pelo sistema penal.

Tal Instituto percebeu que as vítimas não costumavam aparecer para testemunhar nos processos penais, obstaculizando, assim, o funcionamento do sistema. O Instituto levou a cabo uma pesquisa que buscava saber as razões do não comparecimento e, depois de analisar os motivos alegados, entenderam que as vítimas não sentiam necessidade de mover ação penal contra o autor do fato. Assim, o Instituto Vera organizou uma fase de conciliação prévia ao processo para os casos graves, quando autor e vítima se conheciam. Somente após essa tentativa de conciliação poderia a vítima, caso ainda desejasse, requerer a instauração da ação penal⁵⁵.

Outra referência feita por Hulsman é a de um serviço de assistência à vítima existente em Paris, que percebeu que as vítimas possuem necessidades ignoradas pelo sistema penal, pois elas não pretendem vingança, mas sim buscam o serviço para

“falar do prejuízo sofrido, simplesmente com a esperança de fazer cessar a situação que as incomoda e recuperar seu dinheiro, se for o caso. O que querem essas vítimas é obter reparação e reencontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia”⁵⁶.

Hulsman propõe, também, uma mudança de linguagem, com o abandono de expressões como ‘crime’ e ‘criminalidade’, pois entende que tais categorias não existem, mas em realidade, apenas obscurecem conflitos sociais que devem ser chamados de ‘situações problemáticas’, e que “sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”⁵⁷.

⁵⁴ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 99.

⁵⁵ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997, pp. 116-7.

⁵⁶ HULSMAN e CELIS. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, p. 119.

⁵⁷ HULSMAN e CELIS. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, p. 101.

Para que se anule a carga estigmatizante proveniente do tratamento penal, é necessária a abolição de sua linguagem, pois “o acontecimento qualificado como ‘crime’, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente ‘criminoso’, considerado como pertencente ao mundo dos ‘maus’”⁵⁸.

Com a mudança de denominação do conflito, abre-se um leque de possibilidades de desfecho para a situação problemática, ao invés da opção única do castigo, podendo-se utilizar a admoestação, a reintegração do ofensor, a reparação dos danos, os trabalhos em benefício à comunidade ou outras formas de restabelecer a paz rompida pelo delito, pelo uso de procedimentos informais e de mediação que colocam frente a frente ofensor e vítima⁵⁹. Tais procedimentos poderiam acontecer fora do sistema de justiça, envolvendo somente as partes ou com a ajuda de instâncias conciliatórias organizadas ou, em último caso, dentro da justiça civil⁶⁰.

Para Ferrajoli⁶¹, Hulsman e Christie reavivam as propostas do abolicionismo anarquista do século XIX; suas proposições vão desde a prefiguração de alternativas ao direito penal (que representa uma técnica que delimita e regulamenta a violência imposta pela punição), projetos de “microcosmos sociais” que se apoiam na solidariedade e fraternidade, objetivos confusos de reapropriação dos conflitos pelas partes (ofensor e vítima) até métodos primitivos de composição patrimonial.

Na visão de Ferrajoli, mesmo as doutrinas abolicionistas de inspiração progressista seriam ‘uma utopia regressiva’, por acreditarem na ilusão de uma sociedade boa e de um Estado bom e por proporem modelos de vigilância ou castigo autorregulados ou desregulados, enquanto o direito penal representaria, com seu (precário) sistema de garantias, uma alternativa progressista⁶².

Uma das críticas feita ao abolicionismo se refere ao fato de que este deixa de participar da tentativa de reformar o direito penal, pug-

⁵⁸ HULSMAN e CELIS. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, p. 96.

⁵⁹ VIRGOLINI. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*, p. 121.

⁶⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2005, p. 143.

⁶¹ FERRAJOLI. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, p. 251.

⁶² FERRAJOLI. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, p. 341.

nando somente por sua extinção, o que acarreta o afastamento do movimento abolicionista de outros setores que também compartilham as críticas ao sistema penal, mas tentam propor sua melhoria e limitação por acreditar na impossibilidade de sua extinção. Entretanto, há que se referir que este afastamento não permaneceu por completo. Às críticas abolicionistas ao sistema penal acresceram-se propostas de alternativas e outros modos de regulação de conflitos, com a inclusão da vítima na negociação para resolver o conflito e a busca da reforma do ofensor⁶³.

Não há dúvidas que as ideias abolicionistas foram importantes em razão de apresentarem críticas às formas de reação ao delito de caráter punitivo e, também, impulsionarem reformas no sistema penal⁶⁴. Entretanto, o radicalismo de suas ideias, tidas como utópicas, deu lugar a outras críticas por parte de criminólogos céticos que não acreditam no poder de resolução de conflitos da comunidade e por parte de juristas que alegam que tal modelo suprime os direitos e garantias do acusado existentes no processo penal⁶⁵.

Os críticos entendem que, ainda que se mantenham os conflitos dentro do sistema judicial, apenas deslocando-os para o âmbito cível, corre-se o risco de que as garantias (penais) sejam igualmente esquecidas⁶⁶. Esta crítica é fortemente representada por Ferrajoli, e também foi alvo de contracríticas, como a de que o discurso em favor das garantias sempre pode ser levantado contra qualquer política descriminalizadora, o que seria absurdo.

A esse respeito, o próprio Ferrajoli⁶⁷ refere o contrassenso e a hipocrisia institucional que a defesa das garantias penais frente às tentativas de despenalização representa, como se o cidadão preferisse a carga do estigma que acompanha a sanção penal, mesmo que pecuniária, a uma sanção administrativa, também pecuniária.

Dessa forma, para construir a devida crítica às alternativas à intervenção penal, sejam elas advindas de propostas abolicionis-

⁶³ LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 224 e 237.

⁶⁴ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001, p. 362.

⁶⁵ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 441.

⁶⁶ RIVERA BEIRAS. Principios orientadores del constitucionalismo social, p. 212.

⁶⁷ FERRAJOLI. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, p. 717.

tas ou restaurativas, é necessário apontar, conforme adverte Larrauri, a quais garantias efetivamente “se renuncia y cuáles son las ventajas que aportan soluciones alternativas a cambio de esta disminución de garantías”⁶⁸.

As críticas com relação ao duvidoso poder da comunidade para resolver seus conflitos sem a ingerência do Estado passam pelo diagnóstico de uma sociedade conflitiva e pela conclusão de que a única resposta possível à violação das normas de convivência seria a imposição de sanção a quem as infringisse. Segundo esta visão, a ameaça de sanção àquele que infringe uma norma de convivência da sociedade é indispensável para a existência das sociedades atuais⁶⁹. Contudo, deve-se recordar que esta premissa que também atribui à norma penal a qualidade de prevenir delitos foi, em grande medida, desconstruída pelo pensamento criminológico crítico.

De outra parte, Aniyar de Castro⁷⁰ expõe sua preocupação quanto à viabilidade da proposta abolicionista (mais especificamente a de Hulsman) nos países latino-americanos. Segundo a autora, para que uma sociedade possa prescindir do sistema penal é necessário um alto nível de democracia em sua estrutura social, econômica e cultural, o que não se vê nos países periféricos, estando, assim, inviabilizada a proposta abolicionista, mesmo se introduzida de forma lenta.

Por fim, apesar de todas as críticas (pertinentes ou não) ao(s) abolicionismo(s), não se pode negar a importância deste pensamento para a superação do pensamento etiológico que entendia o delito como algo ontologicamente diferente das demais condutas. Nesse sentido, conforme Carvalho,

“os fundamentos doutrinários, o diagnóstico e as alternativas trazidas pelos teóricos do abolicionismo, sobretudo aqueles ancorados no paradigma da reação social, são irreversíveis desde o ponto de vista da superação de velhos esquemas criminológicos, fundamentalmente do causalismo etiológico”⁷¹.

⁶⁸ LARRAURI. *Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo*, p. 134.

⁶⁹ HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, pp. 362-3.

⁷⁰ ANIYAR. *Criminologia da Libertação*, pp. 146-7.

⁷¹ CARVALHO. *Antimanual de criminología*, p. 134.

1.2.2) VITIMOLOGIA

Debater qual deva ser o papel da vítima no sistema penal, quais são seus direitos e necessidades, implica olhar o direito e processo penal desde outra perspectiva. Significa resgatar alguém que foi esquecido tanto pelo direito quanto pelo processo penal modernos. Esta outra perspectiva traz consigo um maior interesse “por la situación concreta, donde ocurrió el hecho, por la interacción entre las partes, por factores situacionales, y por medidas de prevención”⁷² e, igualmente, instiga a pensar a reforma do processo penal, outro processo penal ou, talvez, outra forma de resolver conflitos que não através do processo penal. Este é o objeto da vitimologia.

O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da ‘proteção de bens jurídicos’ desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação⁷³. Além do direito penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação⁷⁴, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização.

Christie foi quem levou a crítica à criminologia ao extremo, estendendo-a à criminologia crítica, pois esta havia transformado os conflitos interpessoais em conflitos de classe, retirando, novamente, os conflitos do âmbito das partes diretamente envolvidas. O ‘roubo do conflito’, como denomina Christie, operou-se também por advogados, tribunais e pela própria estrutura da sociedade: “los conflictos del delito se han transformado en una *pertenencia de otras personas*

⁷² GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, 2ª ed., p. 694.

⁷³ Tal esquecimento fica evidente nas teorias dos fins/missões da pena e do direito penal. Acerca dos fins, missões, ou funções (as denominações são diversas) da pena e do direito penal, leia-se: HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989, pp. 99-167; BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*, pp.81-101.

⁷⁴ BUSTOS, Juan e LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*. Barcelona: PPU, 1993, pp. 77-8.

– principalmente los abogados – o han sido *redefinidos* en interés de otras personas”⁷⁵.

Estas críticas ao Direito e Processo penais despontam antes mesmo do surgimento da justiça restaurativa, por meio da vitimologia e do movimento de vítimas que manifestavam suas preocupações (principalmente por meio de autores nos Estados Unidos, Canadá e Europa) com relação ao papel das vítimas na justiça criminal, ao tratamento desigual conferido aos diferentes tipos de vítimas⁷⁶ e à necessidade de inclusão de seus interesses na agenda política. Estas ideias iniciaram seu desenvolvimento nos anos 70 e 80, quando a reparação e a mediação entre vítima e ofensor ainda eram incipientes e possuíam poucos defensores e projetos, sendo estes, basicamente, extralegais e liderados por grupos religiosos ou serviços de *probation*.⁷⁷

Conforme leciona Larrauri⁷⁸, a vitimologia toma fôlego e ganha destaque nos anos 80, todavia, seu início não se deu aí. Pode-se dizer que a vitimologia teve início com a obra *The Criminal and his Victim* (1948), de Von Hentig, autor que apontou a contribuição da vítima ao delito e afirmou a existência de vários tipos de vítimas. Depois dele, Mendelsohn (1974) deu seguimento a seus ensinamentos, potencializando-os através de uma classificação que levava em conta o grau de culpabilidade da vítima na produção do delito. Estes autores, portanto, foram responsáveis por introduzir a noção de níveis de responsabilização da vítima na sua própria vitimização⁷⁹ e, devido ao destacado caráter positivista de seus estudos, foram alvo de várias críticas.

Bustos e Larrauri destacam as palavras de Peters a respeito desta primeira fase da vitimologia: “la Victimología permaneció dema-

⁷⁵ CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In: A. Eser, H. J. Hirsch, C. Roxin, N. Christie, et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 165.

⁷⁶ Para a vitimologia radical, o sistema penal também seleciona suas vítimas, tratando-as de forma desigual (LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 235).

⁷⁷ GREEN, Simon. ‘The victims’ movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 171.

⁷⁸ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, p. 78.

⁷⁹ GREEN. ‘The victims’ movement and restorative justice, p. 172.

siado limitada al análisis del papel causal de la víctima en el origen de un delito, la descripción de las características específicas de la víctima y la definición de modelos de relación entre las víctimas y los autores”⁸⁰.

O caráter positivista dos primeiros estudos vitimológicos era evidente, pois buscavam as causas (biológicas, antropológicas e sociais) que levam alguém a se tornar vítima, da mesma forma como os positivistas haviam feito com aquele que comete um delito. Estas teorizações, inclusive, chegaram a defender que havia vítimas predispostas ao delito, ou seja, que havia a ‘vítima nata’, assim como o ‘criminoso nato’ de Lombroso: “como decía von Hentig, las víctimas ‘tienen el delito em sus venas’ y constituyen por tanto ‘la reserva criminal’”⁸¹.

Esta primeira fase da vitimologia acadêmica – como denomina Green⁸² – não possuía ideias convergentes com as reivindicações do movimento de vítimas. Este movimento político, ressurgido na década de 60 e 70⁸³ com a introdução da *criminal injuries compensation* e com o crescimento da segunda onda do movimento feminista – que chamava a atenção para os crimes sexuais e violentos cometidos contra as mulheres –, possuía preocupações em relação às vítimas diferentes das dos primeiros vitimólogos. Preocupavam-se, principalmente, com o tratamento dispensado às vítimas no processo penal.

Com o movimento das vítimas, surgiram os estudos vitimológi-

⁸⁰ Tony Peters (Consideraciones teóricas sobre la victimología, p. 111) Apud BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, p. 10.

⁸¹ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, p. 11.

⁸² GREEN. ‘The victims’ movement and restorative justice, p. 172.

⁸³ A ascensão do movimento das vítimas na década de 60 e 70 e o consequente crescimento de políticas que propunham a reforma do sistema de justiça criminal, conferindo posição de destaque aos interesses das vítimas, podem ser atribuídos a três fatores: (1) ao crescimento das taxas de delito e, algumas vezes, a rejeição do modelo de tratamento da justiça criminal como forma de responsabilização do ofensor; (2) ao surgimento de política de centro-direita na Inglaterra e na América do Norte, com forte aproximação às políticas criminais de lei e ordem; (3) o crescimento do movimento feminista e o consequente incremento da preocupação com a violência “interpessoal” decorrente da estrutura patriarcal, sofrida por mulheres e crianças (GREEN. ‘The victims’ movement and restorative justice, p. 173).

cos que demonstravam os verdadeiros interesses das vítimas ao recorrerem à polícia quando um delito era cometido. Segundo Hanak e Steinert, autores favoráveis à abolição do sistema penal, estes estudos mostravam que as vítimas não tinham interesse no processo penal e no castigo, procurando somente a resolução do conflito, alguma indenização ou proteção imediata. A reivindicação deste movimento era a de oferecer proteção à vítima, porém já se discutia a possibilidade de protegê-la através do direito e processo penal⁸⁴.

Se pela ótica abolicionista estes estudos evidenciavam que o sistema penal era ineficaz e abandonava a vítima, havendo a necessidade, portanto, não de um processo penal, mas sim de um processo civil (frente às necessidades das vítimas) e maior prestação social, na visão de realistas de esquerda como Lea e Young, os estudos demonstravam a gravidade do delito e traziam à tona a invisível cifra negra. Estes autores, portanto, propunham a recuperação e a democratização da polícia para melhor combater o delito e atender às necessidades dos cidadãos e a proteção dos bairros mais vulneráveis para que o Estado não deixasse o conflito abandonado às vítimas⁸⁵.

O movimento de vítimas não possuía (e ainda não possui) uniformidade em relação ao papel do sistema de justiça criminal na preservação dos direitos das vítimas. Enquanto alguns grupos consideravam-no instrumento prejudicial e dispensável na busca da realização das reivindicações do movimento de vítimas, outros não hesitavam em vê-lo como aliado fundamental.

Como exemplo pertencente a estes grupos que concebiam o direito penal como um aliado, pode-se citar o movimento feminista⁸⁶ que nos anos 80 foi considerado um ‘empresário moral atípico’, justamente por reivindicar a proteção das mulheres por meio do direito penal e acreditar que o tratamento penal de uma questão social surtiria efeitos positivos⁸⁷.

Este posicionamento do movimento feminista, que contribuiu

⁸⁴ LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, p. 232 e 234.

⁸⁵ LARRAURI. *La Herencia de la criminología Crítica*, pp. 232-3.

⁸⁶ Lembre-se que o movimento feminista é multifacetado e não defende unicamente a resposta punitivista à violência contra a mulher.

⁸⁷ A respeito da relação entre feminismo e direito penal, veja-se: LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 55-59.

para relegitimar o uso do direito penal e afastar a busca de outros meios para lidar com os problemas de violência e desigualdade de gênero, ainda possui defensores. Como exemplo recente, pode-se citar a lei introduzida no ordenamento jurídico brasileiro que versa sobre a proteção da mulher contra a violência doméstica (Lei nº 11340/06 – Lei Maria da Penha) e utiliza, para tanto, uma série de instrumentos punitivos, ao mesmo tempo em que barra a solução do conflito por meio da mediação ou conciliação⁸⁸.

Nesse sentido, devido à heterogeneidade do movimento de vítimas, dependendo do país estudado, é possível deparar-se com diferentes paradigmas e políticas. Entretanto, a despeito disso, segundo Green, é possível enumerar quatro aspectos ou desígnios que demonstram a direção e as mudanças do movimento de vítimas desde os anos 60: (1) apoio e assistência às vítimas; (2) as experiências das vítimas na justiça criminal; (3) compensação da vítima pelo Estado; e (4) reparação da vítima pelo ofensor⁸⁹.

É preciso ainda referir que a primeira fase da vitimologia acadêmica, criticada pelo movimento de vítimas, restou abandonada (em grande parte), afastando-se o enfoque positivista e o estudo das vítimas em si, passando-se a analisar os processos de vitimização, acompanhando a tendência criminológica da época que mudava o foco de análise para os processos de criminalização (Teoria da Reação Social). Esta preocupação com os processos de vitimização (primária, secundária e terciária) deu lugar à análise de diversos pontos, como o sentimento de desamparo da vítima, seu desamparo efetivo, bem como a sensação de alienação efetiva da vítima no sistema penal⁹⁰.

Um dos pontos mais trabalhados pela vitimologia é o da vitimização secundária, que corresponde à alienação da vítima no processo penal, já que esta não recebe informações quanto aos seus direitos, tampouco atenção jurídica. Nessa linha, Bustos e Larrauri⁹¹ identi-

⁸⁸ Para uma análise ampla da Lei Maria da Penha, leia-se: CELMER, Elisa Girotti e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de Gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei nº 11.340/2006. Boletim IBCCRIM. Ano 14, nº 170, jan/07, pp. 15-17.

⁸⁹ GREEN. 'The victims' movement and restorative justice, p. 172.

⁹⁰ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, pp. 14-5.

⁹¹ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, pp. 44-55.

cam duas categorias de medidas que pretendem enfrentar a questão:

a) uma que pretende o aumento ou inclusão de medidas de proteção às vítimas, através da reforma do processo penal. Dentre estas medidas, encontram-se: o deslocamento da reparação ou compensação civil à vítima do processo civil para o penal (principalmente se esta reparação ou compensação for voluntária por parte do ofensor, podendo ocorrer em qualquer momento do processo, até a sentença, e for capaz de suspender o procedimento ou evitar a imposição de pena); o aumento da utilização de medidas cautelares de caráter civil no processo penal; o aumento da qualidade da proteção pessoal à vítima, etc.

b) as que buscam uma nova concepção de processo penal baseada num modelo interativo entre vítima e autor. Aqui se aloca a tentativa de introdução da conciliação no processo penal, podendo esta ser pensada dentro do mesmo, no qual o juiz fará o papel de mediador, ou fora dele, ou seja, distante do juiz, mas, também, com a ajuda de um mediador leigo e imparcial. Em ambos os casos o processo penal ficaria suspenso, aguardando o desfecho da conciliação. Uma terceira forma possível de conciliação seria aquela feita fora do sistema penal e antes mesmo de existir processo. Esta forma é a que mais vincula a vitimologia com o abolicionismo, todavia é bastante criticada por apresentar problemas com relação às garantias, ao reconhecimento do acordo pelo judiciário, etc.

Propõe-se a compensação como sanção autônoma e o trabalho em benefício à comunidade, que visam possibilitar ao ofensor reparar o dano causado à vítima e à sociedade. Também é sugerida a introdução da mediação e reparação a fim de valorizar o diálogo e superar os estereótipos sustentados pelo processo penal e reivindicar-se maior participação da vítima no processo para evitar sua vitimização secundária⁹².

A atuação da vitimologia estende-se, ainda, à produção de pesquisas de vitimização que visam à obtenção de informações a respeito das vítimas e a atenção assistencial e econômica à vítima que procura suprir suas necessidades⁹³.

⁹² BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, pp. 93-5.

⁹³ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, pp. 80-1.

O que a vitimologia trouxe à tona, afinal, é que o atual sistema de justiça penal ignora a vítima e suas necessidades – já que as vítimas, muitas vezes, querem apenas que o dano seja ressarcido, que o ofensor lhe dê explicações para que possa compreender o ocorrido, ou, ainda, que receba um pedido de desculpas⁹⁴ – e, com isso, atua de forma a revitimizá-la, deixando-lhe uma única saída: recorrer ao processo penal e pedir a punição do ofensor e com isso satisfazer-se, mesmo sem ter participado ou contribuído para o processo e seu desfecho, pois, “cultural o simbólicamente sentirá que se hizo justicia si es que la sentencia es favorable”⁹⁵. Neste modelo de justiça, para sentir-se satisfeita, não há dúvida que a vítima

“necesitará de todos los estereotipos clásicos de “el criminal” para intentar una mínima comprensión de todo el problema. Ella tiene necesidad de comprender, pero, en cambio, es una no-persona en una obra de Kafka. Por supuesto, escapará más asustada y más necesitada que nunca de una descripción de los delincuentes como no-humanos”⁹⁵.

A dinâmica do processo penal, portanto, desenrola-se com base neste ‘método’ Kafkiano, no qual tudo é obscuro e incerto para aquele que não participa nem conhece seu ritual, a exemplo da vítima que “se ve compelida a ingresar como un penitente abismado en un mundo laberíntico, circular, kafkiano. El juez ha tomado la ley penal y ha decidido la causa con apego estricto”⁹⁷, sem possibilitar que os envolvidos diretamente no conflito tentem alcançar a conciliação com a finalidade de reparar o dano sofrido pela vítima.

Por fim, é preciso destacar que a vinculação da justiça restaurativa com o movimento das vítimas e a vitimologia, não é total. Não há dúvida que existem pontos de contato, como por exemplo o incentivo à mediação e à reparação; contudo, a relação entre estes movimentos deve ser analisada com cuidado, pois o “movimento

⁹³ BUSTOS e LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, pp. 80-1.

⁹⁴ NEUMAN, Elías. *Mediación Penal*. Buenos Aires: Universidad, 2ª ed., 2005, p. 32.

⁹⁵ NEUMAN. *Mediación Penal*, p. 33.

⁹⁶ CHRISTIE. *Los conflictos como pertenencia*, p. 165.

⁹⁷ NEUMAN. *Mediación Penal*, p. 33.

vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento”⁹⁸. Ou seja, não é correto afirmar que a justiça restaurativa seja um movimento restrito às vítimas, visto que se preocupa com estas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito.

1.3) Justiça Restaurativa: um conceito aberto

A justiça restaurativa, mesmo após um pouco mais de vinte anos de experiências e debates, não possui um conceito definido. O mais correto, frente a sua grande diversidade de orientações, práticas e fins, é considerá-la como um “modelo eclodido”⁹⁹.

As mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência¹⁰⁰ e à responsabilização¹⁰¹, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo.

A falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas

⁹⁸ JACCOUD, *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 165.

⁹⁹ JACCOUD, *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 163.

¹⁰⁰ Vale destacar que grande discussão é travada com relação à avaliação da redução ou não da reincidência como um objetivo da justiça restaurativa. Robinson e Shapland argumentam que seria inútil esperar que a utilização de encontros restaurativos reduza a reincidência. Assumir tal meta também poderia retirar a importância de outros objetivos mais importantes desta justiça, como os que se centram nas necessidades das vítimas. Pode-se, contudo, considerar a justiça restaurativa como um meio que facilita e encoraja o ofensor a não voltar a cometer delitos sem, todavia, estabelecer este desfecho como uma finalidade ou objetivo da justiça restaurativa. (Para uma discussão mais aprofundada, consultar: ROBINSON, Gwen and SHAPLAND, Joanna. *Reducing Recidivism: A task for restorative justice? British Journal of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, fev. de 2008, n 48, pp. 337-358).

¹⁰¹ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 169.

críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles¹⁰².

A despeito da dificuldade conceitual, existe algum consenso entre boa parte dos autores que trabalham o tema em torno da definição apresentada por Marshall. Segundo este autor, “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”¹⁰³.

Jaccoud define a justiça restaurativa desde outra perspectiva, apontando para a participação das partes e para os fins pretendidos por um processo restaurativo: trata-se de “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”¹⁰⁴.

Para além das definições, Braithwaite classifica a justiça restaurativa como uma forma de lutar contra a injustiça e contra a estigmatização. Ela busca a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos: “aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça”¹⁰⁵.

A justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas. Na década de 70 e 80 (no contexto norte-americano) falava-se em medi-

¹⁰² LARRAURI. Tendencias actuales en la justicia restauradora, p. 443.

¹⁰³ “La justicia restauradora es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”. Tony Marshall, apud LARRAURI. Tendencias actuales en la justicia restauradora, p. 443.

¹⁰⁴ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 169.

¹⁰⁵ No original: “It aspires to offer practical guidance on how we can lead the good life as democratic citizens by struggling against injustice”. 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, p. 1.

ção entre vítima e ofensor e reconciliação¹⁰⁶. Neste momento, a justiça restaurativa estava associada ao movimento de descriminalização. Nos anos 70 encontrava-se em fase experimental e possuía experiências-piloto no sistema penal. Já na década de 80, tais experiências foram institucionalizadas. Na década seguinte (anos 90) a justiça restaurativa se expandiu e foi inserida em todas as etapas do processo penal¹⁰⁷.

Na mesma época, familiares, comunidades e atores do sistema judicial foram envolvidos no processo e começou-se a falar em ‘conferências’ (e não mais somente em mediação), que logo passaram a ser identificadas como outra forma (ou prática) de justiça restaurativa¹⁰⁸.

Enquanto movimento internamente complexo, a justiça restaurativa apenas é capaz de sustentar um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência¹⁰⁹. Contudo, frente a sua complexidade, não se pode ignorar suas diferenças internas sob pena de simplificações e equívocos. Nesse sentido, é válido analisar as três concepções da justiça restaurativa recapituladas por Johnstone e Van Ness¹¹⁰, as quais conferem destaque a propósitos diferentes, ainda que, na maioria das vezes, não antagônicos.

1.3.1) A CONCEPÇÃO DO ENCONTRO

Esta concepção é a que melhor expressa uma das ideias centrais do movimento, ao afirmar que vítima, ofensor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de encontrar-se em um local não tão formal e dominado por especialistas (advogados e juízes, por exemplo) como os fóruns e tribunais.

Para os adeptos desta concepção, a justiça restaurativa propicia

¹⁰⁶ JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 8.

¹⁰⁷ JACCOUD. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa, p. 166.

¹⁰⁸ JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, p. 8.

¹⁰⁹ JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, p. 8.

¹¹⁰ JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, pp. 9-16.

que os envolvidos no delito (ou dano) abandonem a passividade e assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito com relação ao delito, sempre com a ajuda de um facilitador.

Sem dúvida consiste em uma experiência democrática, na qual os participantes falam e escutam respeitosamente a todos. Estes processos são tidos como proveitosos para alcançar bons resultados, mas a questão levantada é como saber se estes resultados foram atingidos. Na tentativa de solucionar a questão, passou-se a prestar atenção nos valores que devem guiar estes encontros, mesmo que se trate de diferentes processos restaurativos.

Para além das observações feitas por Johnstone e Van Ness a respeito da concepção do encontro, Larrauri¹¹¹ destaca que o processo dialogado diferencia-se da justiça criminal comum, pois propõe que, ao invés de uma pena imposta pelo juiz, utilize-se o diálogo para se chegar a um acordo. Tal diálogo visa a beneficiar tanto vítima quanto infrator, vez que a vítima poderá expressar seu sofrimento decorrente do delito diretamente ao infrator, enquanto este poderá tomar consciência do dano realizado, em razão da proximidade com o sofrimento da vítima. Ambos tendem, com este processo mais democrático, a se sentirem tratados de forma mais justa:

“A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. (...) Não é suficiente que haja justiça, é preciso *viver a justiça*”¹¹².

Devido a esta necessidade de participação, não se pode denominar a pena de reparação imposta pelo juiz como uma prática restaurativa, pois “el diálogo por el cual se alcanza el acuerdo tiene un valor en sí mismo que se ve anulado cuando éste es impuesto por el juez”¹¹³.

Cabe salientar que existem riscos e alguns problemas ainda não

¹¹¹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 444.

¹¹² ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 191-2.

¹¹³ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 445.

resolvidos que podem surgir no processo dialogado, como por exemplo: que profissionais dominem a situação, reduzindo ou inviabilizando o diálogo entre as partes; casos em que a vítima não quer ou está impossibilitada de participar, hipótese em que somente o autor se beneficiará com o diálogo; que haja a perda do diálogo devido à burocratização e institucionalização da justiça restaurativa¹¹⁴.

1.3.2) A CONCEPÇÃO DA REPARAÇÃO

Defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado. Para tanto, existe um complexo processo que envolve uma série de atitudes que o ofensor pode tomar para reparar material e/ou simbolicamente a vítima¹¹⁵. Adeptos dessa tendência afirmam que a reparação é o suficiente para que exista justiça, portanto não é necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor. Ademais, o acordo restaurador, além de reparar a vítima, oportuniza a (re)integração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito¹¹⁶.

Assim, quando um dano é cometido, “a questão central não deveria ser ‘O que devemos fazer ao ofensor?’, ou ‘O que o ofensor merece?’, mas sim ‘O que podemos fazer para corrigir a situação?’”¹¹⁷.

Conforme análise de Zehr¹¹⁸, se o crime é um ato lesivo, a justiça deve reparar a lesão e buscar a cura. Portanto, para o autor, o primeiro objetivo da justiça deveria ser reparar e curar as vítimas, e o segundo objetivo deveria ser o de reconciliar vítima e ofensor (curar este relacionamento) ou, simplesmente, dar a oportunidade para que

¹¹⁴ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 445.

¹¹⁵ O acordo reparador pode variar desde um pedido de desculpas à vítima, compensação econômica ou até mesmo algum trabalho acordado com a vítima. Também não se exclui a possibilidade de que se acorde a adoção de medidas de caráter reabilitador para o infrator: “una de las funciones del Estado es la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad” (LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 448).

¹¹⁶ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 447.

¹¹⁷ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 175.

¹¹⁸ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 176-7 e 181.

a reconciliação aconteça. Também sugere que não se deve esquecer que o ofensor tem necessidades, ainda que isto não o exima de responsabilização, pois a própria responsabilização pode significar mudança e cura.

Ainda segundo o autor, a reparação ou restituição é tão fundamental quanto a retribuição, pois representa a recuperação das perdas e também um reconhecimento do erro cometido pelo infrator e a assunção de sua responsabilidade. A restituição “reconhece o valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento – assim reconhecendo também o valor do ofensor”¹¹⁹.

Voltando à análise de Johnstone e Van Ness, os autores referem que para alcançar a reparação, o encontro passa a ser praticamente indispensável. Constitui o momento em que a vítima pode expressar como se sente em relação ao que aconteceu e fazer perguntas ao ofensor sobre o ‘porquê’ de sua atitude, retomando, assim, a confiança e a autonomia perdidas com o trauma do delito. Da mesma forma, o encontro passa a ser, para o ofensor, a oportunidade de desculpar-se e concordar com as reparações que deva fazer.

Mesmo nas situações em que o encontro não é possível, os defensores da reparação argumentam que o próprio sistema deve buscar respostas que privilegiem a reparação ao invés de uma sanção de multa ou cárcere.

Assim, enquanto os adeptos da concepção do encontro voltam-se para os valores restaurativos, os adeptos desta concepção referem-se a princípios restaurativos. Dentre os diferentes princípios enumerados, encontram-se: a justiça deve agir de forma a ‘curar’ vítimas, ofensores e a comunidade atingida pelo delito; todos (vítimas, ofensor e comunidade) devem ter a oportunidade de se envolver no processo de justiça; e a necessidade de repensar os papéis e responsabilidades da comunidade e do governo na promoção da justiça.

1.3.3) A CONCEPÇÃO DA TRANSFORMAÇÃO

Alguns defendem a ideia de que o objetivo principal da justiça restaurativa é transformar a maneira pela qual as pessoas com-

¹¹⁹ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 182.

preendem a si próprias e como se relacionam com os outros no dia a dia. Esta concepção, de certa forma, afasta-se das demais, pois concebe a justiça restaurativa como uma forma de vida a ser adotada e rejeita qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente): “para viver um estilo de vida de justiça restaurativa, devemos abolir o eu (como é convencionalmente entendido na sociedade contemporânea) e ao invés, entender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com outros seres e o mundo ‘externo’”¹²⁰.

Esta nova postura implica uma mudança de linguagem (como aquela proposta pelo abolicionismo), na qual são abolidas as distinções entre crime e outras condutas danosas. Todas as condutas seriam danosas, e a prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas.

Zehr¹²¹ observa a dificuldade de introduzir-se esta mudança de linguagem, apesar de concordar que o termo ‘crime’ não é o mais adequado. Todavia, pensa que ainda não se tenha encontrado um termo adequado. O autor chama a atenção para o termo ‘situações problemáticas’, proposto por Hulsman, e refere que este termo, apesar de ser útil por aproximar delitos de outros danos e conflitos, é demasiadamente vago e, em alguns casos, poderia sugerir uma minimização do dano.

Por fim, é importante pontuar que as três concepções de justiça restaurativa analisadas, apesar de conterem significativas diferenças entre si, encontram-se inseridas no movimento restaurativo e possuem pontos em comum. Ademais, na prática, nem sempre é possível delimitar em qual das concepções se encaixa determinada prática restaurativa, pois esta pode estar permeada por características das três concepções. Nesse sentido, “as três concepções envolvem encontro, reparação e transformação. A diferença entre elas é onde a ênfase é colocada”¹²².

Portanto, não existe uma única resposta para a pergunta ‘o que

¹²⁰ No original: “to live a lifestyle of restorative justice, we must abolish the self(as it is conventionally understood in contemporary society) and instead understand ourselves as inextricably connected to and identifiable with other beings and the ‘external’ word” JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, p. 15.

¹²¹ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 173.

¹²² No original: “all three conceptions embrace encounter, repair, and transformation. The

significa justiça restaurativa’ e sim várias repostas: para alguns ela será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção da justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente¹²³.

1.3.4) OS VALORES RESTAURATIVOS

“Não há uma ‘forma correta’ de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa (...) A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre a outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos”¹²⁴.

Para Braithwaite¹²⁵, a justiça restaurativa representa uma radical transformação. Não é apenas uma maneira de reformar o sistema de justiça criminal, mas também uma forma de transformar todo o sistema legal, a vida das pessoas, o ambiente familiar ou de trabalho e até mesmo a política. Todavia, os valores desta justiça não são estáticos; eles vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática.

Braithwaite¹²⁶ está de acordo com a ideia de que a punição é uma forma respeitosa de lidar com quem comete um crime, mas em termos comparativos, esta punição (não restaurativa) é menos res-

difference between them is where the emphasis is placed.” JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, p. 17.

¹²³ JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, p. 19.

¹²⁴ MORRIS. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*, p. 442-443.

¹²⁵ BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, p. 1.

¹²⁶ BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, pp. 2 e 5.

peitosa do que de um diálogo restaurativo. Isto não quer dizer, entretanto, que nunca se possa recorrer a uma punição. Todavia, mesmo quando isto for necessário, deve-se fazê-lo da forma mais respeitosa possível, o que possivelmente significa que nesta hipótese deve-se preservar a dignidade humana daquele que será processado, bem como observados os princípios do devido processo penal.

O autor refere que a justiça restaurativa não pretende acabar com o punitivismo, e seria absurdo pensar que não haveria pessoas punitivas em processos restaurativos. A justiça restaurativa permite que o punitivismo faça parte do processo, mas impõe, através de seus valores, a condição de que este não ultrapasse a punição imposta pela lei, nem viole os direitos humanos¹²⁷.

Certamente, poderão surgir dúvidas quanto a, por exemplo, ser o resultado da conferência restaurativa efetivamente menos punitivo e mais respeitoso do que aquele imposto por sentença penal, ou sobre como censurar ou controlar juízes que não aceitem um acordo restaurativo por considerarem que não representa punição suficiente. Para dissolver dúvidas como estas, suscitadas por Braithwaite, é imprescindível a análise dos valores restaurativos propostos por este autor, pois eles informarão a direção a ser tomada.

Frise-se que a classificação e divisão dos valores restaurativos proposta por Braithwaite não é a única existente. Contudo, em razão deste autor possuir extenso trabalho sobre o tema e ser considerado o precursor da perspectiva restaurativa, sua classificação assume grande importância, merecendo ser analisada.

Braithwaite¹²⁸ divide os valores restaurativos em três grupos; para formulá-los, utilizou como fonte os valores empregados por tratados internacionais que justificam os direitos humanos e valores que aparecem repetidamente em avaliações empíricas de experiências de vítimas e ofensores, nas quais estes dizem o que querem (e esperam) de um processo restaurativo na justiça criminal.

¹²⁷ Vale destacar que este posicionamento de Braithwaite não é compartilhado pela totalidade dos defensores da justiça restaurativa, já que muitos deles não consideram a reparação uma forma de punição e tão pouco estão de acordo com que o acordo restaurativo possa ter por objeto uma punição (mesmo que esta não tenha sido imposta, mas sim negociada). A análise destes diferentes posicionamentos será procedida no Capítulo II deste trabalho.

¹²⁸ BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, pp. 8-13.

O primeiro grupo de valores proposto por Braithwaite é o que abrange os valores obrigatórios do processo restaurativo, que devem ser inevitavelmente respeitados e até mesmo impostos (*constraining values*) para prevenir que o processo se torne opressivo. Estes valores são prioritários e atuam como ferramentas para assegurar o procedimento restaurativo:

a) Não-dominação: a dominação aparece nos processos restaurativos como em qualquer outro momento de interação social. Por isso, a justiça restaurativa deve estar estruturada de forma a minimizar as diferenças de poder existentes.

Todavia, o processo não será restaurativo se o mediador assumir postura ativa, tentando evitar a dominação. A tentativa de dominar o outro participante deve ser contornada, cabendo, primeiramente, aos demais participantes identificar a dominação e dar voz a quem está sendo dominado. Se esta tentativa falhar ou não ocorrer, poderá o mediador intervir dando voz à pessoa dominada.

b) Empoderamento: a não-dominação implica empoderamento. Este princípio prevalece sobre outros do segundo e terceiro grupos. Se a vítima escolhe não aceitar as desculpas do ofensor, ou seja, não o perdoa, a conferência deve ‘empoderar’ a vítima para que o faça. Tal princípio considera, também, que os participantes têm o ‘poder’ de contar suas histórias a sua maneira, a fim de revelarem sua impressão quanto à injustiça sofrida e como eles gostariam que esta fosse reparada. Trata-se de dar voz aos implicados e compreender seus pontos de vista.

Com relação ao empoderamento das vítimas, Zehr observa que as elas “precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. No mínimo isso significa que elas devem ser a peça principal na determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas”¹²⁹. Posição bem diferente da que lhes é outorgada pelo processo penal. Este empoderamento, portanto, faz com que as vítimas participem ativamente do processo de justiça e se sintam tratadas de forma mais justa.

c) Obedecer (ou honrar) os limites máximos estabelecidos legalmente como sanções: apesar da justiça restaurativa trabalhar com a noção de *reintegrative shaming* (vergonha reintegrativa)¹³⁰, admitin-

¹²⁹ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 183.

do inclusive a ideia de uma estigmatização não destrutiva, deve-se proibir qualquer forma degradante ou humilhante de desfecho. Braithwaite exemplifica com o caso emblemático de um jovem infrator que passou por um processo restaurativo no qual ficou acordado que ele teria que usar uma camiseta com as palavras: “I am a thief” (“sou um ladrão”). Este tipo de resultado, sem dúvida, deve ser banido e não deve ser tido como restaurativo.

d) Escuta respeitosa: assim como as sanções estabelecidas em lei são limite para o empoderamento, os cidadãos também não podem desrespeitar, diminuir ou oprimir o outro. Escutar o outro respeitosamente é condição de participação, e se não for cumprida, o participante é convidado a se retirar, pois seu empoderamento excessivo obstaculiza o empoderamento dos demais.

e) Preocupação igualitária com todos os participantes: a justiça restaurativa precisa se preocupar com as necessidades e o empoderamento do ofensor, da vítima e da comunidade afetada pelo delito. Todos, de alguma forma, devem sair ganhando. Isso não significa, entretanto, que todos terão a mesma ajuda, pois esta irá variar conforme a necessidade de cada um.

f) *Accountability, appealability*¹³¹: este princípio é o mais defendido por Braithwaite. Qualquer pessoa envolvida em um caso penal ou de outra esfera do direito deve ter o direito de optar por um processo restaurativo ao invés do processo judicial tradicional; a opção contrária também deve ser admitida.

Ademais, são imprescindíveis pesquisas que informem sobre os

¹³⁰ A ‘vergonha reintegrativa’ (*reintegrative shaming*) é um dos pilares da teoria de Braithwaite sobre justiça restaurativa. Para o autor, a vergonha que sente o indivíduo que cometeu um delito frente à reação social de desaprovação de sua conduta tem duas facetas. A faceta negativa leva à marginalização social e estigmatiza o indivíduo. A positiva, representada pela vergonha reintegrativa, soma à reação de desaprovação uma reação de reaceitação deste indivíduo à sociedade e faz com que o infrator sinta-se responsável pelo que fez e queira se reintegrar. A vergonha reintegrativa é importante “tanto na construção de mecanismos internos de reprovação a partir de experiências de vergonha reintegrativa observadas no dia-a-dia, em uma função marcadamente pedagógica, quanto no encaminhamento de casos em que a consciência por si mesma não é capaz de inibir o crime” (BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 505).

¹³¹ Os termos utilizados pelo autor são *accountability* e *appealability*, ambos sem tradução

processos restaurativos que estão ocorrendo e que exponham as práticas inadequadas, sempre atentando para os valores restaurativos propostos.

Também é imprescindível que se disponibilize o apoio de advogados para orientarem aqueles que estão sujeitos a um processo criminal comum ou participam de um processo restaurativo sobre quais são os seus direitos e a que estão sujeitos.

g) Respeito aos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder, bem como em outros documentos internacionais.

O segundo grupo de valores descritos por Braithwaite pode ser dispensado pelos participantes do processo restaurativo (*maximising values*). Eles estão autorizados (empoderados) a ignorá-los, mas os defensores da justiça restaurativa devem encorajar que estes valores surjam nos processos restaurativos. Trata-se de valores que guiam o processo. Aqui se encontram todas as formas de cura (cicatrização) ou restauração. A restauração pode ser do bem danificado, emocional, da dignidade, da compaixão ou do suporte social. Também a prevenção de futuras injustiças aparece como um princípio deste grupo. Evidentemente, estes valores podem ser usados para medir o sucesso do processo restaurativo.

O terceiro grupo de valores não são menos importantes. São valores que não podem ser exigidos dos participantes da justiça restaurativa, pois dependem do desejo de cada um (*emergent values*), como por exemplo perdão, desculpas e clemência. Um participante pode querer perdoar o infrator, mas o processo restaurativo não pode obrigá-lo a isso. No mesmo sentido, forçar um remorso por parte do ofensor não possui qualquer conteúdo restaurativo. Todavia, o aparecimento de tais valores demonstra o sucesso do processo restaurativo.

Braithwaite esclarece, ainda, que a vergonha reintegrativa (*reintegrative shaming*) não figura como um valor da justiça restaurativa porque não representa um valor, mas sim uma ‘dinâmica explanativa’: “busca explicar as condições pelas quais o remorso, a desculpa, a censura do ato, o perdão, a piedade e muitos dos outros valores acima [referidos] ocorrem”¹³².

exata para o português. Termos possíveis em português para *accountability* - prestação de contas ou responsabilização e para *appealability* - recorribilidade.

Como foi dito, a abertura conceitual da justiça restaurativa abriga o risco de que condutas não restaurativas sejam denominadas como tais, mas nem todas as formas alternativas ao sistema tradicional de justiça para lidar com o delito podem ser chamadas de justiça restaurativa.

Devido a isto, Johnstone e Van Ness¹³³ também propõem uma lista de fatores que poderão aparecer em intervenções restaurativas. Provavelmente, nem todos aparecerão ao mesmo tempo, sendo mais provável que apenas alguns apareçam, dependendo da importância que determinado processo restaurativo atribua a cada fator. Todavia, isso basta para que se esteja diante de um processo restaurativo.

Assim, os fatores descritos pelos autores são:

a) existência de relativa informalidade no procedimento, objetivando envolver vítimas, ofensores e outras pessoas (ligadas às vítimas, infratores ou à comunidade afetada pelo delito), buscando discutir o que houve, seus resultados e o que deve ser feito para reparar o dano causado e, talvez, prevenir novos delitos;

b) ênfase no empoderamento das pessoas afetadas pelo crime (ou outro ato danoso);

c) esforço por parte daqueles que tomam as decisões (*decision-makers*) ou daqueles que facilitam sua tomada em promover a responsabilização do infrator, em detrimento de sua estigmatização e punição, no sentido de fazê-los assumir a responsabilidade pelo dano e repará-lo, demonstrando ser esta atitude uma forma de beneficiar os atingidos, e contribuir para sua reintegração na comunidade;

d) aqueles que tomam as decisões ou aqueles que facilitam sua tomada preocupar-se-ão em assegurar que o processo e a decisão tomada sejam guiados por princípios ou valores largamente aceitos e desejados e que devem estar presentes em situações de interação entre pessoas. Dentre tais princípios e valores encontram-se o respeito pelos demais, o afastamento ou amenização da violência e coerção, e a inclusão, que toma o lugar da exclusão;

e) aqueles que tomam as decisões ou que facilitam sua tomada ficarão atentos ao dano causado à vítima, às necessidades daí decor-

¹³² No original: “seeks to explain the conditions in which remorse, apology, censure of the act, forgiveness, mercy and many of the others values above occur”. BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, p. 13.

¹³³ JOHNSTONE and VAN NESS. *The meaning of restorative justice*, pp. 7-8.

rentes e aos meios possíveis para satisfazer estas necessidades;

f) ênfase no reforço ou reparação das relações entre os envolvidos, através do uso do poder das relações saudáveis para resolver situações difíceis.

Pode-se afirmar, com base nos fatores elencados por Johnstone e Van Ness, que os processos restaurativos devem enfatizar: o dano sofrido pela vítima e suas necessidades dele decorrentes; a responsabilização do ofensor para que repare o dano; o empoderamento das partes envolvidas, sempre com base em valores como respeito e inclusão e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito.

Para Scuro¹³⁴, as consequências decorrentes dos valores restaurativos são: a inclusão das partes envolvidas no conflito para colocarem seus pontos de vista e referirem seus interesses; o encontro entre elas; a reparação (seja material ou simbólica, emocional); e a reintegração do ofensor à comunidade.

Na opinião deste teórico, o único elemento imprescindível para que se tenha um sistema de justiça restaurativo é a inclusão das partes, pois os demais elementos apenas reforçariam o sentido restaurativo da justiça. Isto porque, como já foi dito, o encontro não é essencial, pois tanto agressor quanto vítima podem ser substituídos por outros atores. Quanto à reparação, esta também não necessariamente deve ser feita pelo infrator, podendo ocorrer via comunidade ou pelo Estado. Com relação à reintegração do ofensor, esta nem sempre será possível, visto que o processo restaurativo pode apenas incluir os atores e acordar uma reparação à vítima, sem atentar para a reintegração do ofensor ou falhar em alcançá-la.

As observações deste autor, sem dúvida, são de grande valia e, de certa forma, coadunam com os valores propostos por Braithwaite, uma vez que conferem importância ao processo restaurativo que inclui as partes, mas aceitam que nem sempre os resultados pretendidos de reparação da vítima e (re)integração do ofensor serão alcançados. Desta forma, flexibiliza-se os objetivos buscados por meio do uso da justiça restaurativa, sem que, contudo, corrompam-se os valores deste modelo.

¹³⁴ SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa 'real e possível'. In: *Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos*. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, pp. 37-38.

CAPÍTULO 2

O LUGAR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DAS NAÇÕES UNIDAS

2.1) A justiça criminal¹³⁵ e a justiça restaurativa: paradigmas opostos ou conciliáveis?

“E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez 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 além daquilo que se convencionou chamar de “prática retributiva”, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da justiça restaurativa acreditam que sim”¹³⁶.

Posteriormente à conceituação da justiça restaurativa e à análise dos valores que sustenta, é preciso cotejar este modelo com o da justi-

¹³⁵ Em alguns momentos deste trabalho se fará referência à justiça criminal por meio da expressão justiça retribucionista, paradigma retribucionista ou sistema penal retribucionista. Todavia, ao utilizar-se tais expressões, não se pretende fazer alusão às teorias retribucionistas da pena, em oposição às teorias utilitaristas, mas sim identificar a justiça criminal, seja ela orientada por uma teoria retribucionista ou utilitarista, como uma justiça retribucionista, em razão de fazer uso de penas (principalmente a de prisão) para responder ao delito.

¹³⁶ ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, p. 236.

ça criminal, com vistas a ponderar se ambos são totalmente excludentes e possuem formas absolutamente diferentes de lidar com o delito, ou se possuem pontos de aproximação, podendo-se utilizar a justiça restaurativa dentro do sistema de justiça criminal ou somente fora dele.

O sistema penal retribucionista, como argumenta Rolim, possui uma dinâmica que potencializa a problemática situação atual que envolve delito, resposta estatal e sociedade:

“A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou – em sua “opção preferencial pelos pobres” – seletiva. Mesmo quando rápida e mais “abrangente”, ela não produz “justiça”, porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu, a quem é facultativo mentir em sua defesa. A vítima não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação”¹³⁷.

Esta forma de fazer ‘justiça’, típica da modernidade, identifica determinada conduta como crime a partir de pressupostos que conferem a base à reação ao delito. Estes pressupostos, largamente presentes nas sociedades contemporâneas, vinculam-se ao paradigma da justiça retributiva e apresentam a seguinte ideia de crime e de justiça: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer, e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime¹³⁸.

Apesar de hoje ser sustentado por alguns que a justiça restaurativa não está em plena oposição ao modelo de justiça criminal, como supunha Zehr na década de 90 ao escrever *Changing Lenses*¹³⁹, ainda é válida sua análise quanto às características fundamentais do modelo retributivo no que tange as suas noções de crime e justiça,

¹³⁷ ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa. *Jornal Zero Hora*, 25.01.2004, p. 16.

¹³⁸ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 62-63.

¹³⁹ ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 76.

referidas acima. Assim, com relação ao estabelecimento da culpa, Zehr¹⁴⁰ refere que esta é o fulcro do processo penal. As regras do processo e sua rigidez são voltadas para o perfeito estabelecimento da culpa, mas depois desta ter sido estabelecida, as garantias processuais e os direitos são negligenciados, resultando em menor atenção ao desfecho do processo (pena). Ademais, a preocupação direcionada à culpabilização do infrator é voltada para o passado, pois tenta-se ‘reconstruir’ o fato pretérito para saber se o sujeito cometeu delito, para, então, estabelecer sua culpa. A culpa, portanto, possui conotação totalmente diversa daquela assumida na realidade, ou seja, da forma pela qual foi vivenciada pela vítima e infrator.

A resposta do processo penal dicotomiza e simplifica a realidade, na medida em que somente poderá haver a condenação ou absolvição de um cidadão. A culpa e a inocência, portanto, serão sempre excludentes. A todos estes problemas relativos à culpa, somam-se as questões do estigma e a visão moralista a respeito do infrator. Ter cometido um delito passa a ser uma qualidade da pessoa, que se torna um criminoso. Esta etiqueta permanecerá aderida à pessoa mesmo depois desta ter cumprido sua pena, ou seja, ter ‘pago sua dívida’ com a sociedade.

Lembra o autor que a visão jurídica e popular da culpa não são idênticas, mas ambas possuem algo em comum: o viés individualista ancorado na crença de que o indivíduo é livre. A visão jurídica moderna, boa parte erigida sob influência dos preceitos da Escola Clássica, que tem como um dos maiores expoentes Cesare Beccaria, possui uma imagem do homem apoiada no seguinte raciocínio, conforme explica Larrauri:

“Ciertamente, si el castigo es útil es porque ele hombre está en capacidad de razonar, de comparar el beneficio del delito con el coste de la pena. En consecuencia, surge implícita la imagen de que todos los hombres tienen esta capacidad de raciocinio. Pero además se presume que el coste-beneficio será el determinante en la actuación humana. La imagen del ‘hombre económico’ es la de una persona racional y hedonista”¹⁴¹.

¹⁴⁰ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 63-79.

¹⁴¹ CID e LARRAURI. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, p. 36.

Sendo assim, se alguém comete um crime, merece ser punido. O contexto e a complexidade são ignorados pela resposta penal, que atua através de um “dualismo fundamental”¹⁴² que separa razão de emoção, culpado de inocente, bem de mal e a ‘sociedade’ dos ‘delinquentes’. O processo penal, ao pretender ignorar as diferenças existentes entre as pessoas a fim de tratar os ofensores como iguais perante a lei, passa a tratar os desiguais igualmente, ignorando, desta forma, desigualdades sociais, políticas, de gênero, etc. e contribuindo, assim, para reforçá-las. Esta forma de fazer justiça por meio de simplificações também relaciona a justiça diretamente com a imposição de dor. O delito é visto como dívida moral que deve ser paga à sociedade por meio da justiça e da punição por ela estabelecida: “É como se existisse uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida”¹⁴³.

A ideia é apenas retribuir o mal feito, sem trazer qualquer benefício à comunidade ou ao infrator, o que apenas aumentará o sofrimento existente no mundo. E para reduzir a ‘culpa’ do sistema, ou seja, seu desconforto por infligir dor, denomina-se este processo de ‘justiça’ e acrescentam-se termos que buscam abrandar seu caráter punitivista com denominações como ‘centros correccionais’ ao invés de ‘prisões’, ‘reabilitação’, ‘ressocialização’, etc. A função preventiva da pena de prisão também é um argumento utilizado e repetido desde longa data pelos penalistas para legitimar o sistema penal e a pena de prisão, sem que, contudo, tenha a criminologia obtido êxito em provar que a pena previne delitos. Como leciona Larrauri:

“En efecto, una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del derecho penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empíricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena en vez de a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole”¹⁴⁴.

Ademais, o processo penal afasta da justiça a vítima, o ofensor

¹⁴² MAFFESOLI. *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. São Paulo: Zouk, 2003, pp. 80-81.

¹⁴³ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 71.

¹⁴⁴ LARRAURI. *Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo*, p. 152.

e a comunidade afetadas pelo delito. O foco não está no dano causado à vítima ou na experiência desta e do ofensor no momento do delito, mas sim na estrita violação à lei, já que a vítima passa a ser o próprio Estado, tendo este o poder exclusivo de reagir. Dessa forma, ofensa e culpa são definidas em termos legais (violação de norma), enquanto questões éticas e sociais relacionadas ao evento são afastadas. A vítima real é negligenciada, suas necessidades não são atendidas, apesar dos esforços dos (poucos) programas de atenção às vítimas.

Assim, com base na análise feita por Zehr a respeito da forma retributiva de ver o delito (abordada acima), nas características do modelo restaurador estabelecidas pelo mesmo autor¹⁴⁵, bem como nos apontamentos feitos por Johnstone¹⁴⁶ quanto ao modelo retributivo, enumera-se as principais características da justiça retributiva, em contraposição ao modelo de justiça restaurativa:

- o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;
- os danos são definidos em abstrato e não em concreto;
- o Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. É-lhe imposta alguma perda ou sofrimento;
- este processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que

¹⁴⁵ ZEHR. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, pp. 174-175.

¹⁴⁶ Johnstone, 2003, p. 9-11 apud ROLIM. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*, pp. 239-240.

lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter ‘pago sua dívida com a sociedade’;

- em razão dos danos causados por esta resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças;
- os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa¹⁴⁷.

Tentando se opor a esta perspectiva retribucionista, encontra-se o modelo restaurativo. Há quem identifique três modelos de justiça e não somente o modelo retribucionista e o restaurativo, o que parece ser relevante para que não se confunda, principalmente, justiça reabilitadora (terapêutica) com justiça restaurativa.

Conforme classificação feita por Eglash¹⁴⁸, existe o modelo de justiça punitiva, que se centra no castigo, o de justiça distributiva, que enfoca o tratamento do infrator e o de justiça recompensadora, direcionada à restituição (equivalente ao modelo de justiça restaurativa).

Scuro¹⁴⁹ também está entre os autores que identificam mais de dois modelos de justiça e adota classificação similar à de Eglash. O primeiro modelo é o da justiça retributiva (ou comutativa), que atua através da punição proporcional ao mal praticado e segue a lógica do mercado (própria do capitalismo). O segundo modelo é o da justiça distributiva (ou meritocrática), no qual a justiça não é atribuída de forma igual a todos, mas depende da situação jurídica e social da conduta perpetuada pelo infrator, que receberá serviços e benefícios que irão recuperá-lo e reintegrá-lo à sociedade. O terceiro e último é o modelo de justiça restaurativa (ou do reconhecimento), que pretende estabelecer uma correspondência entre sentença judicial e o sentimento de justiça dos implicados no delito (vítima e infrator).

O modelo restaurativo de justiça, ainda segundo o autor, é “o que melhor atende ao imperativo psicológico básico da sociedade moderna: o desejo de reconhecimento”¹⁵⁰, assume as mais variadas formas e é capaz de criar um permanente vínculo jurídico entre a

¹⁴⁷ No caso brasileiro funciona assim; já no anglo-saxão, o acusado deve falar a verdade, sob pena de perjúrio.

¹⁴⁸ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 166.

¹⁴⁹ SCURO NETO. *Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’*, p. 36.

¹⁵⁰ SCURO NETO. *Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’*, p. 37.

satisfação racional do sentimento de justiça e as garantias de cidadania democrática.

Outra divisão que não se distancia das anteriormente referidas foi feita por Walgrave (em 1993); constitui referência até os dias atuais e apresenta uma síntese das três formas de direito de que a justiça pode se valer. Walgrave aloca o modelo do direito penal, o reabilitador e o restaurativo num quadro comparativo com suas principais características, conforme segue¹⁵¹:

	Direito penal	Direito Reabilitador	Direito restaurador
Ponto de referência	O delito	O indivíduo delinquente	Os prejuízos causados
Meios	A aflição de uma dor	O tratamento	A obrigação para restaurar
Objetivos	O equilíbrio moral	A adaptação	A anulação dos erros
Posição das vítimas	Secundário	Secundário	Central
Crítérios de avaliação	Uma “pena adequada”	O indivíduo adaptado	Satisfação dos interessados
Contexto social	O estado opressor	O Estado providência	O Estado responsável

Este quadro, como observa Jaccoud¹⁵², situa o modelo restaurativo em oposição aos dois outros modelos tradicionais encontrados no sistema penal. O modelo reparador é o único que enfatiza os prejuízos causados pelo delito, ao pretender que se restaure a situação anterior (anulem-se os erros) por meio da reparação (simbólica, psicológica e/

¹⁵¹ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 167.

¹⁵² JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 168.

ou material). À vítima é conferido lugar central e o ofensor participa do processo, no intuito de realçar a importância da reparação: “o ofensor está envolvido não porque alguma coisa deve ser feita com ele, mas porque isto promoverá restauração”¹⁵³. Ademais, ressalta Jaccoud¹⁵⁴ que a avaliação dos objetivos da justiça restaurativa é feita através da satisfação dos principais implicados na infração e, principalmente, com base na reparação (se existiu), enquanto o Estado desempenha o papel de responsabilizador dos envolvidos.

2.1.1) A PUNIÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Mais recentemente, tem-se questionado se realmente a justiça restaurativa encontra-se em plena oposição à justiça retributiva, e se esta dualidade é pertinente. A esse respeito, Roche¹⁵⁵ analisa que a polarização entre justiça restaurativa *versus* justiça retributiva pode ocasionar uma série de problemas: a desconsideração da complexidade dos processos de punição fora do sistema de justiça; a simplificação do modelo retributivo – que igualmente não é uniforme –, que fica reduzido à vingança, mas, na verdade, está adstrito a limites, ademais de atuar, em muitos países, com a justiça restaurativa inserida no sistema de justiça criminal; o incentivo à conclusão de que tudo que não for justiça restaurativa é ruim; a crença na possibilidade de se extinguir qualquer retribuição e punição do sistema de justiça; etc.

Nesse sentido, autores como Von Hirsch, Ashworth e Shearing¹⁵⁶ advertem para o fato de que a justiça restaurativa também representa uma forma de punição, pois ainda que o ofensor possa optar pelo

¹⁵³ No original: “the offender is implicated, not because something must be done to him, but because this will promote restoration” WALGRAVE, Lode. Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. In: 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, p. 61.

¹⁵⁴ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 168.

¹⁵⁵ ROCHE. *Retribution and restorative justice*, pp. 75, 78-81.

¹⁵⁶ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., SHEARING, C. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH,

sistema de justiça criminal tradicional ou pelo restaurativo, ele não pode optar por não responder de alguma forma ao delito/dano cometido. Assim, afirmam os autores que a voluntariedade do ofensor em participar de um processo restaurativo tampouco é suficiente para afastar o caráter impositivo da reparação, pois o ônus suportado pelo ofensor permanece.

Soma-se a isto o fato de que algumas pesquisas, segundo Roche¹⁵⁷, apontam que nem sempre as conferências restaurativas alcançam a reconciliação, podendo propiciar, também, oportunidades para que as pessoas punam e magoem umas às outras, havendo evidências que apontam que ambas as partes participantes se percebem envolvidas num processo de punição.

Apesar da diferença entre a imposição da punição pela justiça criminal tradicional e a negociação da sanção reparadora pelas partes na justiça restaurativa, esta última, para Von Hirsch, Ashworth e Shearing, também é retributiva, na medida em que se ocupa de forma prioritária a responder ao delito cometido, e uma vez que a reparação representa “uma maneira de comunicar uma atitude escusatória por um erro que ocorreu”¹⁵⁸.

Ainda segundo os mesmos autores, a justiça restaurativa ou *making amends model* (modelo de justiça restaurativa proposto pelos autores) também abrange duas formas de imposição: 1) reconhecer o erro envolve que outros julguem o infrator e seu comportamento de forma negativa; 2) o resultado do processo reparador pode privar o ofensor de alguns interesses (de propriedade, se paga compensação, de liberdade de ação, se assume alguma tarefa reparadora, etc.).

As observações de Von Hirsch, Ashworth e Shearing são pertinentes na medida em que não pretendem apenas criticar, mas também demonstrar que há que se ter razões suficientes para que o ofen-

K., SCHIFF, M (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 27.

¹⁵⁷ No original: “conferences also provide opportunities for people to punish and hurt one another. There is evidence that both those doing and those on the receiving end perceive themselves to be involved in a punishment process” ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 81.

¹⁵⁸ No original: “a way of conveying an apologetic stance for a misdeed that has occurred”. VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice*, p. 26.

so suporte este ônus e que os processos restaurativos devem ser fiscalizados para que os acordos deles derivados sejam justos e mantenham uma proporcionalidade entre dano e reparação¹⁵⁹.

Também na opinião de Duff¹⁶⁰, não é possível reparação sem retribuição, sendo ambas as finalidades complementares e não excludentes. Assim, não seria preciso escolher entre justiça retribucionista ou restaurativa, na medida em que os objetivos de ambas estariam conectados. O que equivale dizer, nas palavras de Roche: “a justiça restaurativa não é uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição”¹⁶¹.

Para Duff, a punição do ofensor é um tipo de reparação que somente ele pode prover à vítima frente ao dano (*harm*) causado e sua atitude delitiva (*wrong*). Duff entende que o *slogan* retribucionista de que ‘o culpado merece sofrer’ está correto e, portanto, existem sofrimentos (como remorso, censura dos demais e a carga da reparação) pelos quais o ofensor merece passar. Assim, para o autor, a “reparação deve ser um fardo se é para servir ao seu propósito restaurativo”¹⁶². Não se trata, portanto, de infligir qualquer sofrimento ao ofensor, mas “induzir a um tipo apropriado de sofrimento – o sofrimento intrínseco em confrontar e arrepender-se de um delito e repará-lo”¹⁶³.

Até mesmo Zehr¹⁶⁴, alguns anos após a publicação de *Changing Lenses*, chegou a reconhecer alguns pontos de conexão entre a justiça restaurativa e a retributiva. Refere o autor que tanto uma justiça quanto a outra se assentam sobre o juízo moral de que o ‘equilíbrio’ foi quebrado pelo delito. Por isso a vítima merece algo e o ofensor deve algo. Ambos os modelos também referem que deve haver proporcionalidade entre o ato cometido e a responsabilidade decorrente

¹⁵⁹ VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice*, p. 27.

¹⁶⁰ DUFF, Antony. Restoration and Retribution. In: 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, p. 43.

¹⁶¹ No original: “restorative justice is not an alternative to punishment, but an alternative form of punishment” ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 83.

¹⁶² No original: “reparation must be burdensome if it is to serve its restorative purpose”. DUFF. *Restoration and Retribution*, p. 49.

¹⁶³ No original: “to induce an appropriate kind of suffering – the suffering intrinsic to confronting and repenting one’s own wrongdoing and to making reparation for it”. DUFF. *Restoration and Retribution*, pp. 53-54.

¹⁶⁴ Zehr, 2002, p 59 Apud ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 85.

dele. Todavia, o autor acertadamente mantém a distinção entre as duas justiças quando analisa a resposta de cada uma ao delito. A justiça retributiva acredita que a imposição da pena (sofrimento) irá vindicar a vítima, quando na verdade ela é contraproducente tanto para vítima quanto para o ofensor. Já a justiça restaurativa acredita que o que realmente vindica a vítima é o reconhecimento de suas necessidades e danos, somados ao encorajamento do ofensor para assumir a responsabilidade pelo ato, reparar o dano e apontar os motivos de seu comportamento.

Desde o ponto de vista da prática, Daly¹⁶⁵ chama a atenção para o fato de que nas conferências restaurativas mesclam-se características da justiça retributiva, reabilitadora e restaurativa: censura-se o delito (evento passado), assim como na justiça retributiva; pergunta-se o que pode ser feito para que o ofensor não volte a delinquir (finalidade reabilitadora), tendo um comportamento obediente à lei; e também aparecem elementos restaurativos nas discussões sobre o que o ofensor pode fazer para recompensar o que fez à vítima.

Tais conclusões indicam o que já havia sido afirmado por Braithwaite: não se pode esperar que a justiça restaurativa acabe com o punitivismo. Todavia, ao invés de concluir que a justiça restaurativa falhou em seus propósitos, pois a prática se distanciou da teoria, como fez Daly, Braithwaite afirma que:

“não há necessidade para desespero se muitas pessoas são altamente punitivas no processo judicial restaurativo; seria surpreendente se isto não acontecesse. Haveria razão para desespero se a justiça restaurativa falhasse em ajudar a mais destas pessoas tornarem-se menos punitivas com o tempo”¹⁶⁶.

O que de fato pode-se esperar da justiça restaurativa, segundo Braithwaite, é que através do empoderamento dos cidadãos participantes (que deveria ser um valor mais importante do que o não-punitivismo), aqueles punitivistas tornem-se menos punitivos, uma

¹⁶⁵ Daly, 2002, p. 59 Apud ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 81.

¹⁶⁶ No original: “there is no need to despair if a lot of people are highly punitive in restorative justice processes; it would be astounding if this did not happen. Reason for despair would be if restorative justice failed to help more of them to become less punitive over time”. BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, p. 5.

vez que a justiça restaurativa, na sua visão, permite resultados punitivos, desde que não excedam os limites impostos pela lei e não violem os direitos humanos¹⁶⁷.

Portanto, mesmo não estando de acordo com a possibilidade de a justiça restaurativa comportar resultados punitivos, parece assistir razão à Braithwaite quando atribui à justiça restaurativa a tarefa de oportunizar aos envolvidos em um delito e que participaram de um processo restaurativo, tornarem-se menos punitivos.

2.2) A justiça restaurativa e sua relação com o sistema de justiça criminal.

O debate quanto ao local em que deve atuar a justiça restaurativa, se fora do sistema de justiça criminal (como alternativa a ele), ou inserida nele (complementando-o), demonstra a preocupação com sua implementação e qual deve ser sua relação com o sistema de justiça criminal.

Tal discussão pode ser dividida em duas etapas: (1) a primeira diz respeito à análise dos modelos restaurativos que defendem a atuação da justiça restaurativa afastada ou inserida no sistema de justiça criminal (modelo centrado nos processos e modelo orientado aos resultados, respectivamente), na qual se insere a questão da voluntariedade da reparação; (2) a segunda versa especificamente sobre o lugar da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal, o que implica analisar como ambas podem se articular ou como a primeira poderá substituir a segunda.

2.2.1) O MODELO CENTRADO NOS PROCESSOS E O MODELO DIRECIONADO AOS RESULTADOS: A VOLUNTARIEDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM QUESTÃO.

Existem dois grandes modelos entre os partidários da justiça restaurativa quanto à sua posição em relação ao sistema de justiça

¹⁶⁷ BRAITHWAITE. *Principles of Restorative Justice*, p. 5.

criminal: o modelo centrado nos processos (*process-focused model*) e o modelo centrado nos resultados (*outcome-focused model*). No entanto, tais modelos não se apresentam sempre de forma independente, são apenas modelos amplos, existindo entre eles variações e intercâmbios de proposições¹⁶⁸.

Zernova e Wright¹⁶⁹ explicam que o modelo centrado nos processos (ou modelo minimalista) é conhecido como o modelo ‘puro’ de justiça restaurativa, pois inclui elementos do paradigma restaurativo e exclui elementos e finalidades do paradigma terapêutico, por exemplo. Tal modelo está de acordo com a definição de Marshall¹⁷⁰, que enfatiza o processo e estimula o empoderamento das partes (vítima, ofensor e comunidade) para resolverem seus problemas de forma cooperativa, através de encontros face a face. Este modelo, por ser cooperativo, depende da voluntariedade das partes em querer participar. Não se aceita que o processo restaurativo seja imposto pelo judiciário ou que este imponha uma sanção, mesmo que contenha finalidades restaurativas. Seus representantes são contra a participação de profissionais ligados ao direito e de autoridades nos processos e costumam ocupar-se de casos que são derivados ou divertido (*diversion cases*) do sistema de justiça criminal para programas de mediação, conferências comunitárias e círculos de pacificação/cura. A finalidade deste modelo é permear e transformar o sistema de justiça criminal de forma gradual.

Nesse sentido, a perspectiva minimalista advoga por uma justiça restaurativa afastada do sistema de justiça criminal, como alternativa a este e, portanto, sem a ingerência do Estado¹⁷¹.

Mais recentemente, entretanto, seus adeptos têm aceitado a ideia de que a justiça restaurativa deve manter-se afastada do sistema penal, porém sob a fiscalização do Estado, para evitar abusos ou viola-

¹⁶⁸ ZERNOVA, Margarita; WRIGHT, Martin. Alternative visions of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 91.

¹⁶⁹ ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, pp. 91-2.

¹⁷⁰ Lembre-se que Marshall define justiça restaurativa da seguinte forma: “Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future” (Marshall, 1998).

¹⁷¹ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 172.

ções de direitos¹⁷². Estes abusos ou violações podem ocasionar resultados injustos, punições excessivas e podem decorrer, por exemplo, do desequilíbrio de poder entre os envolvidos no processo: o ofensor não coopera, a vítima é muito punitiva, o facilitador intervém muito. Compreende-se que não é possível haver um processo completamente deliberativo no estabelecimento da resposta ao delito, pois há a necessidade de fiscalização pelo sistema de justiça criminal com a finalidade de estabelecer parâmetros para a justiça restaurativa¹⁷³.

As críticas feitas ao modelo minimalista são que ele não confere a devida atenção à reparação da vítima, bem como é muito limitado, por operar somente em casos derivados do sistema criminal, o que não lhe dá a chance de modificar o sistema de justiça tradicional e confina sua atuação aos delitos leves (de bagatela)¹⁷⁴.

Já o modelo centrado nos resultados, ou modelo maximalista, dá ênfase à reparação da vítima e entende que a justiça restaurativa tem possibilidades mais amplas de aplicação e deve atuar de forma integrada à justiça criminal e, desta forma, transformar o modelo retributivo. Ocorre que os defensores desta tendência, buscando ampliar seu uso para delitos mais graves, defendem que a adoção dos processos restaurativos prescindia da voluntariedade das partes e que se possibilite, inclusive, a utilização de sanções restaurativas (impostas pelo juiz)¹⁷⁵. Neste modelo o Estado também supervisiona o processo e o juiz pode, até mesmo, indeferir as decisões alcançadas, caso sejam incompatíveis com os valores restaurativos¹⁷⁶.

Portanto, para os adeptos do modelo maximalista, a justiça restaurativa precisa estar totalmente integrada ao sistema de justiça criminal, a fim de reformá-lo de acordo com os princípios restaurativos; do contrário, seu âmbito de aplicação e potencial reformador seria minimizado. Todavia, esta questão não é pacífica. Inserir práticas

¹⁷² ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, p. 97.

¹⁷³ WALGRAVE, Lode. Integrating criminal justice and restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 561.

¹⁷⁴ ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, pp. 92-3.

¹⁷⁵ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 172.

¹⁷⁶ ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, p. 93.

restaurativas dentro do sistema penal pode obscurecer os limites e os objetivos da mesma¹⁷⁷ e fazer com que seja absorvida pelo sistema criminal tradicional¹⁷⁸.

É pertinente e acertada, a este respeito, a reflexão de Jaccoud, que alerta para os riscos da justiça restaurativa incorrer em *bis in idem* e ‘punir’ ou sobrecarregar o ofensor mais de uma vez. A autora pergunta-se se a adição de dimensões restaurativas adotadas de forma (inevitavelmente) coercitiva, não endureceria o sistema criminal, visto que se aumentam as exigências do sistema aos ofensores, pois além das penas impostas, estes deverão aderir a iniciativas restaurativas¹⁷⁹.

Neste particular, ainda é necessário tratar da questão da voluntariedade/coerção na adesão das partes ao processo restaurativo. Os adeptos do modelo maximalista reconhecem que as finalidades da justiça restaurativa (principalmente a reparação do dano) podem ser mais bem atingidas se o processo é voluntário e as partes são empoderadas. Todavia, acreditam que quando este processo não é possível, é legítimo o uso da coerção judicial para ordenar a reparação, pois a coerção seria apenas um meio para atingir-se um determinado fim restaurativo¹⁸⁰. Portanto, o processo restaurativo, para os maximalistas, não possui um valor em si, mas seu valor está vinculado aos resultados que pretende alcançar¹⁸¹.

A acertada crítica dos minimalistas a esta perspectiva é justamente quanto à falta de voluntariedade na adesão ao processo restaurativo, uma vez que “o impacto dos processos restaurativos é reduzido se as partes não forem voluntárias e se elas não puderem negociar os modos de reparação no ambiente de encontros diretos”¹⁸².

Por mais que se diga que a adesão coercitiva ao procedimento restaurativo ampliaria o uso da justiça restaurativa, pois do contrário

¹⁷⁷ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 172.

¹⁷⁸ ZERNOVA and WRIGHT, *Alternative visions of restorative justice*, p. 95.

¹⁷⁹ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 173.

¹⁸⁰ ZERNOVA and WRIGHT, *Alternative visions of restorative justice*, p. 93.

¹⁸¹ WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 565.

¹⁸² JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 172.

esta permaneceria atuando somente nos casos encaminhados pelo sistema criminal que seriam, basicamente, de pouca relevância, enquanto os demais casos permaneceriam tendo uma resposta coercitiva e punitiva (quando na verdade estes é que deveriam receber maior atenção da justiça restaurativa)¹⁸³, não parece acertado impor a restauração através de restituição, compensação, multa ou trabalho comunitário ou em benefício à vítima sem que os implicados no delito tenham deliberado a respeito¹⁸⁴.

Neste ponto é preciso retomar a discussão feita anteriormente a respeito da punição na justiça restaurativa a fim de cotejar os posicionamentos apresentados com o que sustenta o maximalista Walgrave¹⁸⁵. Este autor argumenta que a imposição da reparação não representa uma punição, isto porque a reparação, mesmo quando imposta, não se enquadra na definição de punição proposta por von Hirsch. Hirsch refere que a punição precisa preencher três requisitos, senão não o será: (1) tratamento rígido, severo; (2) intenção de infligir tal tratamento; e (3) a ligação com o delito cometido. Portanto, para Walgrave, obrigações impostas (que podem ser dolorosas) sem a intenção de fazer sofrer, não podem ser consideradas punições.

Contudo, Walgrave ao justificar a imposição da reparação desta forma, parece incorrer no mesmo erro cometido pela justiça reabilitadora (terapêutica, correccionalista) que, apoiada no discurso de reabilitar ou curar aquele que havia cometido um delito, foi responsável por grandes violações de direitos e penas sem limitação temporal. Lembre-se que tal justiça não considerava a imposição de tratamento ao indivíduo como uma pena que visava infligir-lhe dor, mas justificava-o na necessidade de cunho 'humanista' de curar o indivíduo.

Como alerta Roche¹⁸⁶, ideais aparentemente benevolentes podem rapidamente ser corrompidos. Esta lição não pode ser esquecida pela justiça restaurativa se não quiser incorrer no mesmo erro da

¹⁸³ WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 565.

¹⁸⁴ Não se exclui a possibilidade, entretanto, de vítimas 'substitutivas' participarem do processo ou de haver uma mediação indireta, ou seja, sem o encontro face a face vítima e ofensor. Tais possibilidades serão analisadas no item 3.2.1 no Capítulo III.

¹⁸⁵ WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 566.

¹⁸⁶ ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 80.

justiça reabilitadora. Impor a restauração, significa possibilitar que a reparação se transforme facilmente em mais um instrumento de punição que estará à disposição do sistema de justiça criminal, uma vez que este sistema possui uma racionalidade direcionada à punição do ofensor (delinquente) e não à reparação do dano à vítima, o que equivale dizer que a reparação assumirá as características da punição, não cumprindo, assim, com as finalidades restaurativas.

Frente a tais aspectos, não resta dúvida que a voluntariedade ocupa local de destaque na justiça restaurativa, sendo uma das características que a diferencia tanto do modelo de justiça reabilitador quanto do retributivo. Na justiça retributiva, sabe-se que a responsabilização é imposta ao ofensor mediante uma punição. No entanto, na justiça restaurativa, não se pode impor a responsabilização, pois o ofensor é tratado como um sujeito capaz de reconhecer sua responsabilidade e reparar o dano causado à vítima.

Assim, se a justiça restaurativa pretende conferir tratamento diverso do sistema de justiça criminal aos infratores (e também às vítimas), ela não deve abrir mão da voluntariedade do ato reparador, sob pena de ‘objetificar’ o ofensor, transformá-lo num meio para atingir o fim reparador e, talvez, comprometer o caráter da reparação.

Cabe ainda ressaltar, quanto à voluntariedade, que a adesão a um programa restaurativo, evidentemente, não é plenamente voluntária. Além da questão da coerção judicial, é preciso considerar que o ofensor (quase) sempre estará sujeito a pressões informais, como de sua família e/ou comunidade. Ademais, há que se considerar que, provavelmente, sua adesão a um programa restaurativo estará parcialmente condicionada ao temor de ser sujeitado a um processo penal e receber uma pena, ou seja: “justiça restaurativa completamente voluntária talvez seja um ideal fantasioso. Enquanto a justiça restaurativa operar na sombra do sistema de justiça criminal, a coerção judicial estará presente num segundo plano”¹⁸⁷.

Outro importante ponto de debate versa sobre as condições destes modelos (minimalista e maximalista) efetivamente constituírem

¹⁸⁷ No original: “completely voluntary restorative justice may be an unrealistic ideal. As long as restorative justice operates in the shadow of the criminal justice system, judicial coercion is present at the background” ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, pp. 97-8.

alternativa ao sistema de justiça criminal, pois enquanto o modelo centrado nos processos seria dependente da justiça criminal para o envio de casos à justiça restaurativa – e em caso de falha desta, o caso voltaria para o sistema tradicional –, o modelo centrado nos resultados também não seria capaz de contestar o modelo criminal tradicional, já que estaria inserido em sua lógica punitiva¹⁸⁸.

Nesse sentido, frente às pesquisas e estudos desenvolvidos até o momento, afirma-se que a justiça restaurativa não deve substituir o processo penal e a pena e que, portanto, não representa uma alternativa ao modelo de justiça criminal, mas deve atuar “como uma forma complementar de reação penal”¹⁸⁹.

A esse respeito, esclarece Pelikan¹⁹⁰ que, na prática, o modelo minimalista ou alternativo aparece como um substituto apenas de fases do procedimento penal e possui uma ‘autonomia condicional’ em relação ao sistema criminal, pois atua num território no qual as regras e fundamentações lógicas são diferentes das do procedimento penal. Entretanto, a autora adverte que se a justiça restaurativa pretende estender sua aplicação aos casos mais graves, é inevitável que atue paralelamente ao processo penal, como algo complementar à reação penal¹⁹¹.

O que não se pode desconsiderar, afinal, é que, por um lado, ambos os modelos (minimalista e maximalista) devem procurar manter sua autonomia em relação à justiça criminal, conservando, assim, sua lógica distinta da do processo penal. Por outro lado, deve-se manter o sistema de justiça criminal para que sejam preservadas suas virtudes historicamente reconhecidas do limite do poder de punir e garantias fundamentais¹⁹².

¹⁸⁸ ZERNOVA and WRIGHT. *Alternative visions of restorative justice*, pp. 96-7.

¹⁸⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80.

¹⁹⁰ PELIKAN, Christa. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, edição da APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, p. 76.

¹⁹¹ À exemplo dos casos em que a justiça restaurativa é usada na fase da execução da pena, somando-se a ela e podendo, inclusive, surtir efeitos na pena do condenado.

¹⁹² PELIKAN. *Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal*, p. 76.

2.2.2) A RELAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: SISTEMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Ainda referente à questão do lugar da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal, é imprescindível analisar a classificação feita por Van Ness¹⁹³ que identifica quatro modelos possíveis, bem como as contribuições de Groenhuijsen para o esclarecimento dos modelos¹⁹⁴. Tal classificação mostra-se de grande importância no momento em que se avalia o grau de restauratividade de um sistema de justiça, baseado na disponibilidade de programas restaurativos no âmbito criminal e, principalmente, na importância conferida a estes programas.

O primeiro modelo identificado por Van Ness é o modelo unificado (*unified model*), em que o sistema de justiça criminal passa a ser totalmente restaurativo e toma o lugar do modelo anterior com seus valores e propósitos. A justiça restaurativa passa a ser a única opção, capaz de solucionar até mesmo os casos em que as partes não querem participar de forma voluntária.

O segundo modelo é chamado de *dual track model*. Nele o sistema de justiça criminal opera lado a lado com o sistema de justiça restaurativa, porém este mantém a independência normativa em relação àquele. Há cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitem aos participantes mudar de um sistema para o outro quando quiserem ou por meio de projetos integradores direcionados a áreas de interesse comum.

¹⁹³ VAN NESS, Daniel W. *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System*, pp. 13-15. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/resources/docs/vanness9>. Acesso: 23.08.2008.

¹⁹⁴ Não se desconsidera a existência de outros modelos de justiça restaurativa propostos por outros autores, como o idealizado por Braithwaite (MIERS, David. The international development of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 461) ou o modelo sistêmico de justiça restaurativa desenvolvido por Dignan que estende os valores restaurativos a uma parte maior do sistema e também modifica o modelo proposto por Braithwaite em alguns aspectos (DIGNAN, Jim. Towards a Systemic Model of Restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints. In: 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. 135-156).

Tal modelo, segundo Miers, é o mais comum, também sendo largamente aplicado na Europa, e foi chamado por Groenhuijsen de *integrated provision* (provisão integrada). Conforme este autor, há cooperação entre a justiça criminal e a justiça restaurativa quando

“num certo estágio do processo criminal o caso é encaminhado para um mediador encarregado em chegar a um acordo entre a vítima e o ofensor. Se isto é consumado de maneira plena, terá um impacto no resultado dos procedimentos públicos: ou as acusações serão retiradas ou o acordo impactará na sentença”¹⁹⁵.

O terceiro modelo descrito por Van Ness é chamado de *backup model* e é uma variação dos dois anteriores. É orientado à unificação dos sistemas de justiça criminal e restaurativa, porém compreende a justiça criminal como um suporte que atua de forma residual, somente nos casos em que a justiça restaurativa não obtiver êxito ou não puder funcionar como, por exemplo, nas hipóteses em que se discute a culpa do ofensor.

O quarto e último modelo é um modelo híbrido (*hybrid model*) em que parte do sistema normativo possui valores restaurativos e a outra possui valores da justiça criminal tradicional, sendo que a justiça restaurativa fica limitada à fase da sentença. Assim, o caso passa por um processo criminal comum até a sentença, quando então é adotada uma prática restaurativa.

Neste modelo, chamado por Groenhuijsen de adicional, a mediação figura como “um mecanismo complementar, muitas vezes utilizado depois de o julgamento já ter sido realizado. É utilizado, sobretudo, em situações de crimes violentos e em contexto prisional”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ No original: “at a certain stage of the criminal procedure the case is referred to a mediator charged with reaching an agreement between victim and offender. If this is accomplished successfully, it will have an impact on the outcome of the public proceedings: either the charges will be dropped, or the agreement will affect sentencing”. Groenhuijsen, 2000, p. 71 Apud MIERS. *The international development of restorative justice*, p. 462.

¹⁹⁶ Groenhuijsen, 2000, p. 72 Apud MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, p. 56.

Acrescenta-se à classificação de Van Ness outro modelo, proposto por Groenhuijsen¹⁹⁷, no qual a mediação seria uma jurisdição alternativa ao sistema de justiça criminal. Neste modelo o caso é desviado do sistema de justiça criminal e substituído por um processo de mediação vítima-agressor, evitando qualquer tipo de resposta penal ao delito cometido.

2.3) Princípios Básicos do uso da justiça restaurativa conforme as Nações Unidas.

O ptou-se por tratar dos Princípios Básicos da justiça restaurativa elaborados pelas Nações Unidas antes de analisar os momentos em que as práticas restaurativas podem e estão sendo utilizadas em diversos países, bem como quais são as práticas mais utilizadas e em que consistem, em razão da necessidade de confrontar os postulados teóricos – sejam eles oriundos dos princípios da ONU ou da literatura que versa sobre o tema analisado – com o que vem acontecendo na prática. No entanto, esta escolha não impede que se confronte alguns dos princípios propostos com críticas à justiça restaurativa provenientes tanto do âmbito teórico quanto prático (como a extensão da rede de controle penal e a violação de garantias, as quais serão abordadas no Capítulo IV), vez que estes princípios oferecem importantes orientações quanto à implementação da justiça restaurativa e, desta forma, auxiliam na superação das referidas críticas e na prevenção de práticas restaurativas equivocadas ou deficientes.

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos.

Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apre-

¹⁹⁷ Groenhuijsen, 2000, p. 72 Apud MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 56.

sentam um guia para os Estados que queiram implementá-la. São regras mais flexíveis que permitem a adaptação da justiça restaurativa aos contextos nacionais. Segundo os especialistas que participaram da elaboração dos princípios, ainda não existe consenso sobre as regras que devem reger os programas; portanto, ainda não é viável estabelecer rígidos padrões (*standards*)¹⁹⁸. Cabe, portanto, examinar os princípios mais importantes, tecer alguns comentários e, ainda, recuperar os relevantes apontamentos de Van Ness que auxiliam na compreensão e elucidação de diversos artigos.

2.3.1) DEFINIÇÕES.

Por sustentar uma visão mais prática da justiça restaurativa, a Resolução da ONU ocupa-se em definir o que seja um programa, um processo e um resultado restaurativos, sem adentrar na questão relativa à definição da justiça restaurativa que, como se salientou, é bastante controversa, havendo apenas algum consenso a respeito.

O art. 1º define programa de justiça restaurativa como “todo programa que utilize procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”. Quanto ao processo restaurativo, a Resolução adota definição que se aproxima muito da definição de justiça restaurativa proposta por Marshall¹⁹⁹, voltada para a participação das partes e para o processo em si:

“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos

¹⁹⁸ VAN NESS, Daniel W. Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 165-166.

¹⁹⁹ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 167.

restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias (art. 2º)”.

Observa-se que é utilizado o termo ‘facilitador’ ao invés de ‘mediador’. Isto porque nas conferências e círculos restaurativos não se denomina o terceiro imparcial de mediador, mas sim de facilitador. Ainda quanto ao facilitador, a Resolução estabelece no art. 18 que “los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En ese sentido, velarán por que las partes actúen con mutuo respeto y deberán hacer posible que las partes encuentren una solución pertinente entre sí”. É conferido destaque, portanto, ao facilitador como um terceiro imparcial que deve basear-se nos fatos do caso e nas diferentes necessidades das partes, o que pode requerer que, eventualmente, o facilitador tente corrigir certos desequilíbrios existentes (de idade, poder, etc.)²⁰⁰.

Já o resultado restaurativo é compreendido como o acordo alcançado em um processo restaurativo. Dentre os possíveis resultados restaurativos, o artigo 3º menciona: “respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente”.

Denota-se, então, que a Resolução não desvincula o processo restaurativo dos resultados restaurativos, o que acarreta que a restauração imposta pelo juiz (como pena) não se enquadra na definição de ‘resultado restaurativo’ proposto pelas Nações Unidas.

Também cabe salientar que o resultado da maioria dos acordos alcançados em processos restaurativos é a reparação da vítima através de uma petição de desculpas, reparação econômica ou simbólica ou algum tipo de trabalho em benefício à comunidade²⁰¹, o que demonstra que não há vinculação absoluta entre reparação e ressarcimento econômico pelo dano sofrido; pelo contrário, a reparação as-

²⁰⁰ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 167.

²⁰¹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 442.

sume amplo alcance quando vinculada a processo restaurativo baseado na comunicação entre as partes²⁰².

2.3.2) USO DOS PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.

O art. 6º dispõe que “los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional”.

É salientada neste artigo a versatilidade da aplicação da justiça restaurativa, que não se restringe apenas a uma oportunidade de aplicação, podendo ser aplicada em diversas fases do procedimento criminal. Isso não significa, contudo, que os programas serão os mesmos em todas as fases, nem que surtirão os mesmos efeitos²⁰³, pois estes dependerão do momento em que cada programa for aplicado, bem como das disposições específicas de cada país. Tais características, no entanto, serão analisadas posteriormente no capítulo III.

O art. 7º estipula que os programas restaurativos devem ser usados somente quando houver provas suficientes para acusar o ofensor, e dá destaque à necessidade de autor e vítima consentirem livre e voluntariamente em participar do programa restaurativo, podendo revogar tal consentimento a qualquer tempo. Também refere que os acordos devem ser obtidos de maneira voluntária e conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

Importante destacar a recomendação de que vítima e ofensor possam livremente aderir e retirar-se do processo restaurativo a qual-

²⁰² Tratando das bases de indicadores sobre os quais pode-se avaliar a mediação, Ceretti e Manzoni referem haver indicadores psicológicos relacionados com a atmosfera do encontro, concretos que possibilitam a reparação material, e simbólicos que relacionam-se com a reparação moral: “la mediazione ha esito positivo ogniqualvolta il mediatore percepisce che le parti giungono ad una nuova visione l’una dell’altra, ad un riconoscimento reciproco e ritrovano la propria dignità di persone. E’ da questa riparazione morale che scaturisce poi l’impegno a forme di riparazione materiale del danno” (CERETTI, Adolfo e MANZONI, Grazia. *Più riparazione meno pena*. Disponível em: <http://www.galileonet.it/dossier/2048/piu-riparazione-meno-pena>. Acessado em: 30/08/2008).

²⁰³ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 168.

quer tempo, o que é observado pela maioria dos programas implementados, exceto em alguns programas (principalmente vinculados à justiça de menores), em que o ofensor é obrigado a participar²⁰⁴. Também é imprescindível que os responsáveis pelo encaminhamento dos casos aos procedimentos restaurativos (sejam agências, polícia, Ministério Público, Tribunais, etc.), bem como os profissionais da justiça restaurativa, informem as partes de seu direito de optar por participar ou não do programa logo no início do processo²⁰⁵.

Esta voluntariedade é chamada de ‘consentimento informado’. Pemberton²⁰⁶ refere que tal consentimento, em relação à vítima, implica que deva haver organizações independentes que a auxiliem e orientem a tomar a decisão de participar ou não de um processo restaurativo. Isto porque se tem notado que existe uma diferença tênue entre informar e coagir a vítima, e um grande risco de que o(s) responsável(s) pelos programas restaurativos tentem apenas mostrar os benefícios da participação no programa e deixem de lado os aspectos negativos. Também deve ser possível que a vítima seja informada sobre os programas existentes, para que possa optar, por exemplo, por uma mediação indireta ao invés do contato frente a frente com o ofensor.

Em relação ao ofensor, o autor destaca que seu aceite não deve estar vinculado a nenhum efeito muito positivo, como a redução da pena ou uma sanção menos severa, pois isto poderá ter consequências na sua participação, como um pedido de desculpas insincero, por exemplo. Todavia, como foi dito, uma participação plenamente voluntária não é possível enquanto a justiça restaurativa estiver atrelada à justiça criminal; mesmo atuando com uma ‘autonomia condi-

²⁰⁴ Como exemplo de encaminhamento obrigatório, pode-se referir as *referral orders* da Inglaterra e país de Gales. Estas ‘ordens de encaminhamento’ atuam no âmbito da justiça penal de menores e são feitas para quase todos os ofensores que assumem a culpa (*pleading guilty*) quando do seu primeiro ingresso no sistema criminal (MIERS. *The international development of restorative justice*, p. 458).

²⁰⁵ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 168.

²⁰⁶ PEMBERTON, Antony. A vítima “ativa” na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, edição da APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, p. 103.

cional’, haverá a ‘sombra’ da aplicação da sanção judicial por trás da aceitação em participar do processo restaurativo. O que se deve minimizar, sem dúvida, é o discurso de perdas e ganhos que transforma (ou reduz) o processo restaurativo a uma oportunidade de minimizar a resposta penal²⁰⁷.

A voluntariedade também atinge o resultado do processo restaurador, não sendo permitido que qualquer resultado seja imposto. Ademais, o resultado deve ser razoável e proporcional, o que, segundo explicação existente na Recomendação R nº99(19) do Conselho Europeu, significa que o acordo deve ter relação com o delito (razoabilidade) e que deve haver correspondência entre o encargo assumido pelo ofensor e a seriedade do delito, ou seja, a reparação não pode ser excessiva (proporcionalidade)²⁰⁸.

O artigo 8º traz importante orientação, pois refere que a participação do ofensor em um processo restaurativo – que implica certo reconhecimento de culpa na ofensa – está desvinculada do reconhecimento legal da culpa, ou seja, a presunção de inocência, caso o processo retorne ao procedimento criminal comum, é (deve ser) mantida²⁰⁹: “La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores”.

Sem dúvida há que se ter cuidado para que esta regra não venha a ser descumprida, pois mesmo frente à previsão legal desta determinação, que certamente deve haver, o risco encontra-se na subjeti-

²⁰⁷ Nesse sentido, tratando da questão da utilização da justiça restaurativa apenas como uma forma de reduzir o impacto da resposta penal, Sica refere que não se pode confundir mediação penal (prática restaurativa) com a *diversion* do direito anglo-saxão, sob pena de estreitar suas finalidades, já que aquela deve ser vista como parte do processo de realização da justiça: “A *diversion*, assim como, em geral, todos os instrumentos classificados como medidas e penas alternativas ou substitutivos penais, tem como objetivo a mitigação da resposta punitiva em favor do réu, o que não é o escopo central da mediação, embora seja, evidentemente, um de seus fundamentos e, ainda, não considere a posição da vítima como elemento essencial. A reparação perde campo quando aplicada por meio de um instrumento que, embora válido, insere-se dentro da lógica do paradigma punitivo” (SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 79).

²⁰⁸ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 168.

²⁰⁹ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 169.

vidade do julgador, que poderá ter dificuldades em julgar o caso sabendo que houve anterior ‘confissão do fato’, o que reforça a ideia de que é um risco ter-se um juiz como mediador, sobretudo se este irá posteriormente julgar a causa.

Conforme será possível depreender, frente às experiências analisadas no capítulo seguinte (além de inúmeras outras existentes), deve-se procurar desenvolver um procedimento restaurativo em um ambiente que não o judicial, e os mediadores devem ser, preferencialmente, pessoas ligadas à comunidade, evitando-se juízes-mediadores²¹⁰. Prado, a esse respeito, alerta que o juiz, ao atuar como conciliador ou mediador tende, devido à “predisposição mental”, a

“inverter a regra de tratamento derivada da presunção de inocência (...) em virtude da qual a sua proposição de acordo, mediação ou simples transmissão da proposta do acusador aparece como indicação de um futuro e possível, às vezes provável, resultado processual desfavorável ao réu, que deve motivar esse último a não resistir e, portanto, a não se desfazer da imputação, aceitando a proposta formulada”²¹¹.

2.3.3) FUNCIONAMENTO DOS PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Com relação ao funcionamento dos programas, a Resolução refere que os Estados devem estabelecer diretrizes e normas, com base legal se necessário, que disciplinem o uso dos programas restaurativos. Estabelece, também, que tais normas devem versar

²¹⁰ Analisando a questão de quem pode figurar no papel de mediador, Neuman conclui que o juiz não é a pessoa mais indicada, mesmo que se estipule que o juiz mediador não poderá ser o julgador da causa, no caso de não ser alcançado acordo ou de este não ser cumprido. Argumenta o autor que “la mediación fuera del ámbito tribunalicio resulta, a favor de su proceso informal, más expeditiva y profunda. El ambiente es más distendido y amigable. De ahí que todo lo que se diga al mediador o que figure en el convenio o en las actas de la mediación no constituya un elemento de convicción probatoria en una causa judicial, para el caso de que ésta fuere reabierta. Son secretos sin relevancia jurídica para cualquier juicio posterior” (NEUMAN. *Mediación Penal*, p. 146).

²¹¹ PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 89.

(dentre outros aspectos) sobre: a) as condições para o envio de casos aos programas; b) a gestão do caso depois do processo restaurativo; c) a administração dos programas de justiça restaurativa; d) normas de competência e éticas que conduzam o funcionamento dos programas (art. 12).

Como bem alerta Van Ness²¹², se flexibilização e informalidade são marcas dos processos e resultados restaurativos e possibilitam que as partes participem e deliberem sobre qual a resposta adequada para cada delito, também é verdade que estas características podem fragilizar os direitos e interesses individuais. Não apenas a atuação das partes pode comprometer os direitos dos ofensores, mas também a administração dos programas, os facilitadores e os agentes do sistema criminal que encaminham os casos à justiça restaurativa podem ser responsáveis por práticas incorretas ou pouco éticas. Frente a estes riscos, é imprescindível que sejam inseridos na legislação e também em normas administrativas os limites do processo restaurador que viriam reforçar os valores restaurativos (de mútuo respeito, proibição de resultados degradantes, não-dominação, etc.).

No artigo seguinte (art. 13), também são destacadas as garantias processuais das partes que devem estar presentes num programa e processo restaurativos: a) vítima e ofensor devem ter direito à assistência legal antes e depois do processo restaurativo, à tradução ou interpretação, quando necessário, além dos menores serem assistidos por seus pais ou tutor; b) antes de concordar em participar do processo, as partes devem ser informadas de seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências de sua decisão; c) as partes não podem ser coagidas nem induzidas a participar do processo ou aceitar seus resultados.

Prima-se, igualmente, pela confidencialidade das conversas mantidas nos processos, que não serão públicas e não deverão ser reveladas posteriormente, a menos que seja acordado pelas partes ou esteja disposto na legislação nacional (art. 14). Os processos restaurativos, portanto, não têm o mesmo caráter público que os processos criminais. A confidencialidade, na justiça restaurativa, tem um papel importante, pois incentiva as partes a trocarem experiências e informa-

²¹² VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 170.

ções, sem o temor de que algumas delas (que poderiam ser comprometedoras em juízo), sejam posteriormente utilizadas num possível processo criminal. A confidencialidade dos encontros também se estende aos membros da sociedade que não estiverem envolvidos diretamente no caso²¹³.

Baseada em sua pesquisa feita na justiça juvenil da Austrália do Sul e em outras jurisdições próximas, Daly²¹⁴ tenta avaliar a distância existente entre a teoria e a prática restaurativa. Um dos aspectos encontrados pela autora é a forma equivocada pela qual é transmitida aos participantes que a justiça restaurativa é ‘confidencial’. Refere a autora que alguns coordenadores e oficiais de polícia interpretam a confidencialidade de forma errônea, ampliando a extensão do termo e impossibilitando, de forma direta ou indireta, que os participantes comentem o que se passou nas conferências²¹⁵. Alargar sobremaneira o alcance a confidencialidade, segundo a autora, significa manter o público alheio ao que acontece nos procedimentos restaurativos.

Para Daly, o que a confidencialidade pretende evitar é que sejam divulgados pelos meios de comunicação (como rádio, jornal, televisão) quaisquer atos ou procedimentos que se está fazendo com aquele jovem ou com a vítima e não impedir que o jovem que participou de uma conferência, comente ou discuta o que nela aconteceu.

Ainda conectado a esta questão da confidencialidade, o art. 15 trata da supervisão dos acordos pelo judiciário e sua incorporação às decisões e sentenças judiciais. O artigo estabelece que os resultados obtidos nos processos restaurativos devem ter a mesma força de uma sentença judicial e fazer coisa julgada, ou seja, o ofensor não pode

²¹³ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 171.

²¹⁴ DALY, Kathleen. *Mind the Gap: Restorative Justice in Theory and Practice*. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 232.

²¹⁵ A esse respeito, Daly cita dois interessantes exemplos: “in one conference, a teacher suggested that as part of the YP’s [young people] outcome, she could describe her conference experience to a group of her classmates. The co-ordinator quickly vetoed the idea, saying that the conference was confidential. In another, the co-ordinator told the YP not ‘to talk about what happened here’ to his friends because the conference was confidential” (DALY. *Mind the Gap: Restorative Justice in Theory and Practice*, p. 232).

ser processado criminalmente pelos mesmos fatos (proibição do *bis in idem*). Na hipótese de não ser alcançado acordo, o caso regressará à justiça criminal, que não poderá valorar a falta de acordo como justificativa para impor pena mais severa (art. 16). Van Ness²¹⁶ destaca que esta última regra reforça as garantias assentadas nos artigos anteriores da não indução das partes, participação voluntária, confidencialidade e presunção de inocência, pois se a falta de acordo pudesse ser utilizada para impor pena mais severa em uma sentença criminal ao ofensor, este poderia ser injustamente induzido a aceitar um acordo desproporcional ou demasiadamente oneroso. Também prejudicaria a prerrogativa do ofensor em retirar-se a qualquer momento do processo restaurativo e poderia comprometer a presunção de inocência e a confidencialidade do acordo, caso o ofensor tentasse explicar os motivos pelos quais ele não ocorreu.

Nos casos em que houver descumprimento do acordo, o fato deverá ser informado ao programa restaurativo ou às autoridades da justiça criminal, e a decisão de como proceder deve ser tomada sem demora. Assim como nos casos de falta de acordo entre as partes, o descumprimento de acordo não poderá piorar a situação do réu em processos futuros (art. 17). Aqui, para que também não haja grande interferência da justiça criminal nos resultados e conteúdo dos processos restaurativos, dever-se-ia, como sugere Van Ness²¹⁷, apenas tratar o fracasso do acordo como um momento de retomada do procedimento da justiça criminal, sem que se perquiria sobre os motivos do descumprimento, a fim de assegurar as garantias do processo restaurador.

2.3.4) DESENVOLVIMENTO DOS PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Nestes artigos é destacada a função do Estado de formular estratégias e políticas que incentivem o uso da justiça restaurativa pelas autoridades do sistema criminal, da sociedade e da comunidade local (art. 20). Também devem ser fomentados encontros entre as

²¹⁶ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 172.

²¹⁷ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, pp. 172-3.

autoridades da justiça criminal e os administradores dos programas restaurativos para padronizar o que é entendido por processos e resultados restaurativos e incrementar o uso da justiça restaurativa, bem como avaliar as possibilidades de incorporar critérios restaurativos a práticas da justiça criminal (art. 21).

Estas últimas recomendações pretendem evitar duas possíveis tendências: a de que as instituições (vinculadas ao sistema de justiça criminal) tentem preservar sua influência e espaço e resistam a mudanças, encaminhando apenas casos pequenos (de bagatela) aos programas restaurativos; e a de que os administradores de programas restaurativos desencorajem mudanças na justiça criminal que visem a inserir aspectos restaurativos no sistema²¹⁸.

Recomenda-se, ainda, que o Estado, conjuntamente com a sociedade civil, deverá avaliar os programas de justiça restaurativa para verificar se estes estão produzindo resultados efetivamente restaurativos, se servem como complemento ou alternativa ao processo criminal e se alcançam resultados positivos para as partes, sem desconsiderar a possível necessidade de modificações ao longo do tempo (art. 22). Assim, a partir do momento em que os programas de justiça restaurativa passem a fazer parte do sistema de justiça criminal e que as autoridades deste sistema passem a se envolver nos programas de justiça restaurativa, as avaliações tornam-se imprescindíveis, pois “sem regulares e rigorosas avaliações estes programas podem perder sua característica restaurativa diferenciadora e tornarem-se só mais uma moda passageira na história da reforma da justiça criminal”²¹⁹.

Por fim, há uma cláusula de proteção (*saving clause*) que assegura que “nada de lo enunciado en estos Principios básicos afectará a los derechos del delincuente o de la víctima reconocidos por la legislación nacional o el derecho internacional pertinente” (art. 23).

A respeito desta cláusula, é oportuno fazer referência ao estudo feito pelo *Smith Institute* da Inglaterra, coordenado pelos pesquisa-

²¹⁸ VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 175.

²¹⁹ No original: “without regular and rigorous evaluation those programmes may lose their restorative distinctiveness and become just one more fad in the history of criminal justice reform”. VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 175.

dores Sherman e Strang, que analisou a justiça restaurativa no Reino Unido e em outros países e constatou que ela não é incompatível com as leis (*rule of law*); pelo contrário, os resultados sugerem que, devido à satisfação dos usuários da justiça restaurativa, ela tende a reforçar as leis. Assim, o que a justiça restaurativa oferece é uma alternativa para interpretar a estrutura legal, desenvolvida ainda no tempo da revolução industrial, através de uma política pública de segurança (*public safety strategy*) para a era pós-industrial, capaz de alcançar melhores resultados com os mesmos princípios assegurados nas leis, “provendo mais oportunidades para perguntas e respostas, face a face ou, em outro sentido, ela pode realmente fazer a lei mais acessível para as pessoas”²²⁰.

²²⁰ SHERMAN, Lawrence W. and STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. London: The Smith Institute, 2007, p. 45.

CAPÍTULO 3

OS MOMENTOS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, SUAS PRÁTICAS E ALGUMAS EXPERIÊNCIAS

3.1) Momentos de aplicação das práticas restaurativas

É necessário analisar os momentos em que as práticas restaurativas podem ser – e vêm sendo – aplicadas no âmbito criminal, já que ainda não há nenhum sistema de justiça inteiramente restaurativo²²¹, mas apenas sistemas de justiça criminal permeados por práticas ora inseridas no procedimento criminal, ora levadas a cabo fora dele, mas que surtem efeitos no processo penal.

Os momentos de encaminhamento dos casos aos programas restaurativos variam entre e dentro dos países. Em muitos países o caso pode ser encaminhado a diversos programas restaurativos, em diferentes momentos, como no caso da Bélgica e da Holanda, onde há quatro tipos de intervenções restaurativas possíveis²²².

Segundo um estudo publicado pelas Nações Unidas²²³ e, partindo-se do pressuposto de que a justiça restaurativa deve complementar o sistema criminal ao invés de substituí-lo, tem-se que a deriva-

²²¹ Dizer que ainda não existe um sistema de justiça inteiramente restaurativo, equivale dizer que não há exemplo concreto do que Van Ness denomina de modelo unificado. Esta assertiva é corroborada por Miers que refere desconhecer a existência de um sistema totalmente restaurativo (MIERS. *The international development of restorative justice*, p. 461).

²²² MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 49.

²²³ United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Programmes*. Criminal Justice Handbook Series, New York: United Nations, 2006, pp. 13-14 e 73-74. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf. Acessado em: 25.08.2008.

ção de casos a programas restaurativos pode acontecer em pelo menos quatro estágios do procedimento do sistema de justiça criminal (sem que as regras de encaminhamento sejam necessariamente estabelecidas em lei, bastando haver descrição destas em políticas e acordos entre órgãos governamentais e não governamentais):

(a) fase policial, ou seja, pré-acusação. O encaminhamento pode ser feito tanto pela polícia quanto pelo Ministério Público.

Muitas críticas são feitas aos programas que utilizam o encaminhamento dos casos como um poder discricionário da polícia, como é o caso da Austrália, Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos. Nestes casos, a polícia toma o lugar do promotor e do juiz e decide quais casos serão levados aos tribunais, o que de fato pode configurar um aumento do controle social e um perigoso aumento dos poderes da polícia.

Todavia, alerta Morris²²⁴, isto não acontece no caso do encaminhamento feito pela polícia dos jovens infratores na Nova Zelândia, pois lá a polícia é obrigada a enviar o caso a um encontro restaurativo. Observa Miers²²⁵ que, na Nova Zelândia, onde a polícia é obrigada a encaminhar os casos envolvendo jovens infratores a um encontro restaurativo, o ofensor deve comparecer obrigatoriamente na conferência restaurativa, enquanto a participação da vítima é voluntária (praticamente 90% participam). Todavia, esta obrigatoriedade do ofensor em participar da conferência, apesar de não ser usual, visa eliminar a discricionariedade daqueles responsáveis pelo encaminhamento (os chamados *gatekeepers*).

Ainda a esse respeito, ao tratar da realidade brasileira, Sica²²⁶ adverte para a possível inadequação desta forma de encaminhamento, também devido à grande discricionariedade conferida ao órgão policial. Seria necessário, para que se pudesse utilizar tal procedimento, um aprimoramento e remodelagem da instituição, marcada pela atuação repressiva, para que esta se voltasse mais para ações de caráter preventivo e de policiamento comunitário, o que no momento atual ainda é muito incipiente²²⁷.

²²⁴ MORRIS. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*, p. 452.

²²⁵ MIERS. *The international development of restorative justice*, p. 459.

²²⁶ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 30.

No caso do encaminhamento ser feito pelo Ministério Público, ele será posterior ao recebimento da *notitia criminis*. Presentes os requisitos mínimos, o caso será encaminhado a um programa restaurativo, do contrário deverá ser arquivado. Nesta hipótese, o encaminhamento também pode ser feito pelo próprio juiz, conforme a configuração do sistema de cada país²²⁸.

Nesta etapa, a prática restaurativa representará uma alternativa ao processo penal e se seu resultado for favorável, o Ministério Público poderá fazer uso do princípio da oportunidade da ação penal (presente em alguns países) e arquivar o caso²²⁹.

(b) fase pós-acusação, mas, usualmente, antes do processo. O encaminhamento é feito pelo Ministério Público;

(c) etapa do juízo, tanto antes do julgamento quanto ao tempo da sentença. O encaminhamento é feito pelo Tribunal;

(d) fase da punição, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão. O encaminhamento é feito pelos encarregados da *probation*²³⁰, órgãos correccionais ou pelo próprio órgão prisional. Quando a prática é aplicada após o cumprimento de parte da pena, o encaminhamento é feito pela agência de *parole*²³¹ e/ou ONGs.

²²⁷ A respeito da mudança de orientação na atividade policial, migrando da atuação repressiva para a preventiva e sua vinculação com o processo de municipalização da segurança pública no Brasil, leia-se: AZEVEDO, Rodrigo G. e FAGUNDES, Andréa Lucas. A municipalização da segurança pública no Brasil: pressupostos teóricos e critérios para a implementação de políticas públicas de segurança. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: NOTADEZ, ano VII, nº 26, pp. 89-106.

²²⁸ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 29.

²²⁹ SAN MARTÍN LARRINOVA, María Begoña. La mediación como fórmula de tratamiento de conflictos penales e sociales. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, nº 11, Extraordinario, diciembre, 1997, p. 81.

²³⁰ A *probation* é típica do sistema anglo-saxão e representa um substituto à pena privativa de liberdade. Depois de fixada a culpa, que será seguida da sentença condenatória, o condenado poderá ter sua pena suspensa e ser posto em liberdade condicional, que será supervisionada por um funcionário da *probation*. (CARRASCO ANDRINO. *La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*, p. 77).

²³¹ Segundo Carrasco Andrino, quando a mediação é feita durante o cumprimento da pena, a participação do condenado facilita a concessão da liberdade condicional, que é chamada, nos Estados Unidos, de *parole* (CARRASCO ANDRINO. *La mediación del*

Pode ser que os programas restaurativos levados a cabo nesta fase sequer surtam efeitos na sentença do condenado, que continuará cumprindo normalmente sua pena. Todavia, os propósitos de um encontro entre vítima e ofensor podem estar conectados, em grande medida, à recuperação daquela²³². O que se deve levar em consideração é que, desde o ponto de vista do ofensor, possivelmente este encontro com a vítima representará um ônus (ou punição) extra.

Há que se destacar as críticas que surgem quando são utilizadas as duas últimas possibilidades referidas de encaminhamento a programas restaurativos (pré-sentença e pós-sentença). Sica menciona o problema da sobreposição e acumulação dos modelos restaurativos e retributivo, que ocasiona *bis in idem* para o ofensor (pois este será sobrecarregado com o processo penal, a pena dele decorrente e mais a medida restaurativa), revitimização e incongruência sistemática, já que as diferentes lógicas do modelo restaurador e retributivo não permitem uma coexistência tranquila. Nesse sentido, concorda-se com a posição do autor:

“(...) ou um caso é passível de ser resolvido por métodos restaurativos e, em caso de solução satisfatória nessa esfera, não se autoriza a deflagração do poder punitivo ou o fracasso da intervenção restaurativa resulta no reenvio do caso para ao sistema formal ou, por fim, a situação não se enquadra nos critérios de envio para a justiça restaurativa e deve ser tratada diretamente pelo sistema penal”²³³.

Aspecto importante que contribui para o momento escolhido para o encaminhamento dos casos é a cultura jurídica de cada país. Miers²³⁴ chama a atenção que nos países de tradição do *civil law* (a exemplo do Brasil) o princípio preponderante é o da legalidade. Assim, ao chegar um caso nas mãos de um procurador, este tem a obrigação de

delincuente-vítima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos), p. 78).

²³² VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 168.

²³³ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 30.

²³⁴ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 51

dar seguimento àquele e não pode, discricionariamente, encaminhá-lo à justiça restaurativa. Já nos países de jurisdição de *commom law*, como é o caso da Inglaterra e País de Gales, os procuradores não estão sujeitos ao princípio da legalidade e decidem se instauram ou não o procedimento criminal conforme critérios de interesse público, e também podem levar em conta, para tomar sua decisão, a vontade das partes em participar de um processo de mediação.

Com relação à base legal dos programas restaurativos, a análise dos programas de mediação (para jovens e adultos) existentes na Europa até o ano de 2003 feita por Miers²³⁵ constatou que todos possuem base legal, com exceção de um projeto piloto na Dinamarca. Em 21 programas a base legal está em legislação específica apartada ou introduzida nos códigos (a exemplo da Alemanha, Noruega e Espanha), enquanto nos 15 programas restantes está contida na parte geral do Código de Processo Penal (como na Finlândia e Holanda).

O autor também destaca que as legislações não possuem critérios iguais para a derivação dos casos aos programas de mediação. Algumas legislações são de caráter permissivo, permitindo que o procurador ou a polícia (ou outra autoridade competente) tenha discricionariedade para desviar o infrator do processo tradicional. Nos casos em que a determinação legal é coerciva, ela obriga o encaminhamento dos casos como condição prévia às decisões de prosseguimento ou extinção do procedimento penal. Ademais, é importante pontuar que as hipóteses coercivas estão mais ligadas à justiça de menores e a maioria das permissivas estão ligadas à justiça penal de adultos. Dentre os países europeus analisados por Miers, o encaminhamento à mediação é feito, na maioria dos casos, pelo procurador, seguido pelo Tribunal, polícia e serviços sociais. Também é comum haver mais de uma entidade responsável pelo encaminhamento do caso; todavia, é possível, em alguns países, o autoencaminhamento das partes (Finlândia, Holanda e Suécia).

É igualmente relevante enumerar alguns dos possíveis efeitos de uma intervenção restaurativa bem sucedida sobre o procedimento criminal, encontrados por Miers²³⁶ em sua análise dos programas europeus:

²³⁵ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 52-4.

²³⁶ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 56.

- extinção do procedimento criminal (dependendo de determinadas condições relativas ao tipo de delito praticado) se o ofensor aceitar a responsabilidade pelo ato e comprometer-se em efetuar a reparação;
- suspensão provisória do processo por um tempo determinado, vinculada ao cumprimento do acordo reparador e de boa conduta do ofensor;
- efeito de diversão na fase pré-acusatória;
- arquivamento da queixa se o ofensor cumprir o acordo reparador;
- resultado da mediação levado em consideração na sentença;
- resultado da mediação enquanto parte do processo decisório;
- adiamento, substituição ou redução da sentença se o ofensor cumprir o acordo restaurador.

3.2) Tipos de programas ou práticas restaurativas (e algumas experiências)

Segundo Rodrigo de Azevedo, não existe uma única forma de manifestação da justiça restaurativa, mas sim diversas práticas restaurativas:

“A idéia de uma justiça restaurativa aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras”²³⁷.

Nesse sentido, é preciso analisar as práticas restaurativas²³⁸ existentes, tratar de suas características, procedimentos, bem como referir algumas experiências e resultados alcançados.

²³⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 136.

Os processos restaurativos são genericamente denominados ‘conferências restaurativas’ e objetivam, como se mencionou, colocar as partes afetadas frente a frente num ambiente não adversarial, para falarem sobre o dano decorrente do delito e decidirem o que deve ser feito a respeito. Tais processos buscam a responsabilização do ofensor por seu ato e oportunizam à vítima e à comunidade afetada debater o impacto do delito diretamente com seu responsável²³⁹.

Contudo, não se tratará aqui de todas as práticas existentes, mas somente das mais conhecidas e utilizadas, visto que variações são possíveis conforme as necessidades e circunstâncias da situação. Conforme asseveram Raye e Roberts:

“adaptações também são estimuladas pela crescente sensibilidade a questões de raça, gênero, classe, dinâmicas do poder e preconceitos culturais, sobre como os correntes modelos estão sendo aplicados no contexto cultural ocidental e nos em seus sistemas judicial e de resolução alternativa de conflitos (ADR)”²⁴⁰.

Nesse sentido, analisar-se-á a mediação entre vítima e ofensor, as conferências de família e os círculos restaurativos. Com referido anteriormente, não se desconsidera a existência de outras práticas, como experiências e projetos que utilizam os princípios de justiça restaurativa em nível da justiça municipal, a exemplo das *citizen*

²³⁸ A análise neste tópico será direcionada aos processos restaurativos que estabelecem procedimentos alternativos ao sistema criminal tradicional. Deixa-se de fora, então, a análise da restituição ou serviço comunitário, que são estabelecidos em sentença (de forma negociada ou imposta) que, conforme sustenta Van Ness, são os chamados de ‘resultados restaurativos’ (VAN NESS. *Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognizing the Aims and Limits of Restorative Justice*, p. 157).

²³⁹ SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 316.

²⁴⁰ No original: “adaptations are also stimulated by an increasing sensitivity to the issues of race, gender, class, power dynamics and cultural bias in how current models are being applied in the Western cultural context and in its judicial and alternative dispute resolution (ADR) systems” RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. Restorative processes. In: *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 216.

panels, nas quais comissões de vizinhos se encarregam de solucionar delitos de pequena gravidade sem vítimas ou que tenham atingido a qualidade de vida da comunidade²⁴¹.

Observa-se, ainda, que a tendência, segundo Schiff, é de desaparecimento das diferenças na prática entre os diversos processos restaurativos, visto que os programas têm se aproximado de uma visão multimetodológica: “tais abordagens tendem a utilizar elementos de diferentes processos que melhor se adaptam às circunstâncias particulares do evento e às partes envolvidas”²⁴², o que significa dizer que não necessariamente deve-se optar por uma prática ou outra, sendo possível adaptar uma prática restaurativa ao contexto sócio-cultural demandado por cada caso.

Ademais, importa referir que a marca fundamental destes procedimentos restaurativos é o diálogo. Este pode ser um meio muito mais respeitoso e digno para assumir responsabilidades, compreender as diferenças e dificuldades de todos envolvidos no evento e, então, alcançar um acordo restaurador que não exclua o infrator da sociedade e reconheça o sofrimento e necessidades da vítima e da comunidade. Nas palavras de Raye e Roberts, existem quatro convicções relacionadas ao diálogo existente nos processos restauradores:

- 1) o diálogo em si é tão ou mais importante do que o resultado;
- 2) soluções não violentas e não adversariais são melhores que a alternativa;
- 3) facilitação e o testemunho de outros pode ser útil em explorar conflitos humanos e sua resolução;
- 4) existe esperança para a transformação e conexão humanas²⁴³.

A ideia é que uma prática restaurativa, por mais que atente para as características do processo restaurador, principalmente o diálogo,

²⁴¹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 443.

²⁴² No original: “Such approaches tend to utilize elements of different processes that best fit the individual circumstances of the event and the parties involved”. SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 317.

²⁴³ No original: “1) the dialogue itself is as important and perhaps more important than the outcome; 2) non-violent and non-adversarial solutions are better than the alternative; 3) facilitation and the witness of others can be useful in exploring human conflict and its resolution; and 4) there is hope for human transformation and connection” RAYE, and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 225.

não pode deixar de lado os princípios e valores restaurativos, sob pena de não conseguir atingir um objetivo restaurador, mas somente causar mais danos aos implicados²⁴⁴. Observar estes critérios é uma forma de preservar a integridade da prática restaurativa adotada.

3.2.1) MEDIAÇÃO ENTRE VÍTIMA E OFENSOR (VOM – *victim-offender mediation*).

Antes de tudo, deve-se esclarecer a relação existente entre o conceito de mediação e justiça restaurativa. Conforme Miers²⁴⁵, cada um dos conceitos é mais amplo e mais restrito do que o outro, simultaneamente. Assim, por um lado, a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação abrange conflitos em contextos outros que não o criminal. Por outro lado, a justiça restaurativa é mais ampla em relação às possíveis respostas que o ofensor pode dar, alcançadas por outros meios que não a mediação (trabalhos prestados com a finalidade de reparar a vítima, indenizações determinadas pelo tribunal, etc.), ao passo que a mediação, na esfera criminal, refere-se apenas às relações entre vítima e ofensor que são estabelecidas na mediação.

No entanto, esta diferenciação feita por Miers atualmente encontra alguns obstáculos, pois sabe-se que já existem programas de justiça restaurativa direcionados a outras áreas com conflitos que não a criminal, a exemplo de programas desenvolvidos no ambiente escolar ou empresarial. O que parece ficar cada vez mais evidente, é o possível entrelaçamento de aspectos da mediação e justiça restaurativa.

De qualquer forma, não há dúvida que uma das práticas restaurativas mais utilizadas é a mediação. Também é a prática restaurativa que possui mais tempo de aplicação, excedendo, em alguns países, vinte anos de utilização (a exemplo dos EUA, Canadá e Europa). Iniciou como uma prática marginal de pequeno destaque, passando a ser um importante recurso, presente na mai-

²⁴⁴ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 217.

²⁴⁵ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 51.

oria dos sistemas de justiça do mundo. A maioria dos casos que passam por um processo de mediação envolve delitos contra a propriedade e delitos de pouca gravidade cometidos por jovens infratores. Todavia, existem casos (mais recentes) de utilização da mediação para delitos mais sérios e violentos tanto na justiça de adultos quanto na juvenil²⁴⁶.

A mediação “consiste en el encuentro víctima-ofensor ayudadas por un mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador”²⁴⁷. Mais recentemente, entretanto, tem-se observado algumas alterações na clássica formação da mediação (vítima-ofensor), sendo cada vez mais comum a inclusão dos familiares e amigos da vítima e do ofensor, a fim de proporcionarem maior apoio aos implicados. Observa-se, igualmente, outra variação do processo chamada de *shuttle diplomacy*. Nesta variante, o mediador encontra-se com a vítima e o ofensor separadamente, sem que estes venham posteriormente a encontrar-se. Esta prática, portanto, consiste numa mediação indireta, já que a comunicação entre vítima e ofensor é feita somente por intermédio do mediador²⁴⁸.

Também há que se mencionar a aparição recente de co-mediadores e de múltiplas vítimas e ofensores que participam do mesmo processo de mediação. Este último caso ocorre nas hipóteses quando ofensor ou vítima não podem ou não querem encontrar a outra parte, podendo-se formar grupos de vítimas que se encontrarão com um grupo de ofensores (que não são os mesmos que cometeram de-

²⁴⁶ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, pp. 317-318. e RAYE. and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 213.

²⁴⁷ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 442.

Também cabe alertar que a mediação não se confunde com a *plea bargaining* do direito americano. Nesta, a negociação não se dá entre as partes diretamente envolvidas (vítima e ofensor), mas entre o promotor e o advogado de defesa. A diferenciação é importante “puesto que la reducción de cargos en el *plea bargaining* genera en ocasiones algunas tensiones con la víctima, en cuanto que ésta sólo tendrá derecho a la restitución de los daños de los que sea declarado culpable el acusado” (CARRASCO ANDRINO. *La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*, p. 74).

²⁴⁸ Esta mediação indireta, segundo RAYE e ROBERTS, é utilizada em diversos programas VOM na Europa, nos quais a discussão versa sobre o valor e a forma do pagamento da restituição. De outra parte, esta forma indireta também pode ser utilizada nos casos em que existe um sério desequilíbrio de poder entre as partes (RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 219).

litos contra aquelas vítimas), num processo substitutivo. Tal processo busca viabilizar o diálogo entre vítimas, ofensores e, eventualmente, representantes da comunidade, para falarem sobre as causas e consequências do delito²⁴⁹.

Os casos podem ser encaminhados aos processos de mediação por juízes, oficiais de *probation*, advogados das vítimas e infratores, polícia e até mesmo as partes (em alguns casos)²⁵⁰, o que possibilita que a mediação seja aplicada em diversos estágios do processo criminal: antes da ação penal (*diversion*), antes do processo (*pré-court*), depois da instrução e antes da sentença (*post-process adjudication*) e após a sentença (*post sentence*)²⁵¹.

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estes implicados encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente)²⁵².

Com o uso da mediação, a justiça restaurativa pretende superar a dicotomia vítima-ofensor e desfazer os mitos (estereótipos) relacionados a ambos: “ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator podem superar os mitos e estereótipos mútuos, desde que esse encontro ocorra com a orientação de um *facilitateur*. O objetivo prioritário é o restabelecimento do diálogo, o secundário é a dissuasão”²⁵³.

²⁴⁹ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, pp. 212, 216-7.

A respeito da participação de múltiplas vítimas e ofensores,

²⁵⁰ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 318.

²⁵¹ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 213.

²⁵² SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 318.

²⁵³ AZEVEDO. *O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais*, p. 124.

Para Peters e Aertsen, autores de um projeto de investigação sobre mediação na Bélgica, um dos efeitos mais importantes do processo de mediação é a destruição dos mitos com relação à vítima e ao infrator que decorre da participação ativa de ambos no processo restaurador:

“Ambas partes involucradas en la experiencia de mediación ven un tipo de “justicia” en vez de, pasivamente, recibir “justicia”. Desde este enfoque, ambas partes se sienten más responsables y abandonan los estereotipos tradicionales de su forma de pensar: “el delincuente intratable” y la “víctima que se aprovecha” se convierten en “mitos” impracticables”²⁵⁴.

Assim, ao contrário do procedimento da justiça penal tradicional, que respalda e reproduz os mitos sobre o delinquente suspeito através da seleção de informações dirigidas à acusação e à sentença, na mediação o enfoque está nas informações que possam aproximar as partes em conflito a fim de chegarem a um acordo²⁵⁵.

A mediação sem dúvida representa uma forma holística de encarar o delito. Ela traz os implicados para o cerne da discussão a fim de que participem do processo de justiça e troquem experiências, e com isto auxilia as partes a compreenderem a dimensão social do delito. Todavia, por inserir esta complexidade na justiça criminal, a mediação não se apresenta como uma prática simples, mas sim como algo que demanda muito dos que dela participam, pois

“(…) exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias ações ou omissões. Pensar activamente e respeitar os interesses dos outros e ajustar o comportamento em conformidade não é somente um meio para atingir um fim, mas o objetivo em si mesmo”²⁵⁶.

²⁵⁴ PETERS, Tony e AERTSEN, Ivo. Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, nº 8 Extraordinario. Diciembre 1995, p. 140.

²⁵⁵ PETERS e AERTSEN. *Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción*, p. 141.

²⁵⁶ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 51.

Existem inúmeras avaliações de processos de mediação, devido ao tempo de aplicação deste procedimento. Segundo Schiff²⁵⁷, pesquisas americanas, canadenses e europeias mostraram que tanto vítimas quanto ofensores que passaram por processos de mediação mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal. Também se constatou que as vítimas que estiveram frente a frente com seu ofensor, mesmo que algumas tenham relutado fazê-lo em princípio, costumaram temer menos a revitimização e o recebimento da reparação²⁵⁸. Com relação aos ofensores, os que completaram o processo restaurativo costumaram cumprir as obrigações de restituição, possuindo, igualmente, um menor índice de reincidência quando comparados aos infratores que passaram pelo processo penal tradicional. E quando houve reincidência, foram delitos menos graves, diferentemente da reincidência daqueles que tinham passado por um julgamento tradicional²⁵⁹.

²⁵⁷ SCHIFF, Models. *Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, pp. 318-319.

²⁵⁸ É importante referir que os melhores resultados alcançados com a mediação direta não são definitivos e não significam que a mediação indireta não possa ser utilizada. Pemberton refere que Hoyle acredita que os baixos níveis de satisfação das vítimas não-presentes podem estar conectados a uma implementação deficiente destes tipos de programas e também aos efeitos da seleção, como no caso de a vítima preferir participar de uma mediação não-presencial e acabar participando em uma mediação presencial, o que poderá influenciar no seu nível de satisfação (PEMBERTON. *A vítima "ativa" na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima*, p. 103).

²⁵⁹ Dados semelhantes coletados de diversas pesquisas feitas com programas de mediação são apontados por Kurki e demonstram o sucesso (pelo menos a curto prazo) da prática restaurativa: a) a maioria das vítimas e ofensores dizem-se satisfeitos com o processo e seus resultados, havendo acordo cumprido na maioria dos casos. As cifras de satisfação, acordo e cumprimento variam entre 75 e 100 por cento; b) a mediação tem se mostrado capaz de reduzir a raiva, a ansiedade, o medo de revitimização pelo mesmo ofensor e o medo de crimes em geral por parte das vítimas; c) com relação à reincidência, alguns pesquisadores acreditam ser muito cedo para tirar conclusões a respeito, enquanto outros acreditam que houve redução da reincidência. Se os programas forem analisados individualmente, o declínio não parece significativo. Todavia, se analisados combinadamente e por meio de meta-análises, os resultados de redução de reincidência assumem maior relevância. (KURKI, Leena. *Evaluating Restorative Justice Practices*. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 295).

Em resumo, as pesquisas, de forma geral, apontaram que a mediação alcançou:

“resultados mais positivos em termos dimensionais, quando comparados a ofensores processados pelos mecanismos tradicionais; quando não foram encontrados resultados positivos, a pesquisa normalmente não mostrou resultados piores do que aqueles experimentados no processamento de ofensores pelos tribunais”²⁶⁰.

3.2.1.1) A experiência catalã na justiça penal de adultos

Para melhor vislumbrar os resultados que frequentemente vêm sendo obtidos com a aplicação da mediação no âmbito penal, é bastante elucidativo o “Programa de mediación y reparación en la jurisdicción penal” do Governo da Catalunha que atua na justiça penal de adultos desde 1998, sendo um programa piloto na jurisdição penal espanhola. Foi iniciado pelo Departamento de Justiça (atual Departamento de Justiça e Interior) do Governo da Catalunha, segue em andamento e é considerado ferramenta eficaz para a abordagem do conflito junto às partes.

Preliminarmente, para tratar deste Programa, cabe abordar brevemente a legislação penal espanhola acerca da reparação.

O Código Penal espanhol de 1995 prevê a reparação à vítima através da responsabilidade civil derivada do dano, mas também possibilita que a reparação repercuta na responsabilidade criminal do acusado, sendo regra geral que o ato de reparação voluntária por parte do autor à vítima atenua a pena²⁶¹.

Como salienta Larrauri²⁶², a reparação não foi regulada no Código Penal espanhol como sanção principal autônoma, tampouco como

²⁶⁰ No original: “more positive outcomes on a number of dimensions when compared to offenders processed through traditional mechanisms; where positive outcomes have not been found, the research has generally shown outcomes *no worse* than those experienced by court processed offenders” SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 319.

²⁶¹ ECHANO, Juan Ignácio. ¿Hay lugar para el perdón en el Derecho Penal? In: ECHANO, Juan Ignácio (Coord.). *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, p. 174.

passível de substituir integralmente a pena privativa de liberdade. Ou seja, o Código espanhol restringiu a aplicação da reparação, pois não é dada a possibilidade da mesma figurar como única consequência do delito, já que a esta devem acompanhar outros requisitos, como a suspensão da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por outra sanção. Ademais, não há possibilidade de a reparação evitar o ingresso do caso no sistema penal, podendo somente reduzir a intensidade da sua resposta.

O Código Penal possui disposições acerca da reparação em sua parte geral e especial. Na parte geral, o artigo 21.5º regula a reparação como circunstância atenuante genérica da responsabilidade criminal nos seguintes termos: “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

Este artigo prevê a diminuição dos efeitos do delito e “da pie a una praxis basada en una concepción amplia de reparación, abierta a prestaciones no dinerarias y a formas de compensación parcial o indirecta”²⁶³. Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a reparação, para que seja valorada pelo juiz, não precisa ser total, podendo ser parcial e, inclusive, simbólica.

É importante lembrar que no sistema Espanhol esta atenuante é autônoma, não estando seu reconhecimento vinculado à confissão do fato pelo acusado às autoridades e tampouco à exigência subjetiva de que o acusado externe “impulsos de arrepentimento espontâneo”, expressão utilizada pelo Código Penal Espanhol anterior²⁶⁴.

Ainda na parte geral do Código Penal, o artigo 88.1 trata da possibilidade da mediação extrajudicial (que deve ser feita antes da abertura do júízo oral²⁶⁵) autorizar a substituição da pena de prisão inferior a um ano (e excepcionalmente a que não exceda dois anos) por multa ou trabalhos em benefício à comunidade nos casos em

²⁶² LARRAURI, La reparación. In: CID, José e LARRAURI, Elena (orgs.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 192-3.

²⁶³ TAMARIT, Josep M. ¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? In: TAMARIT, Josep M. (coord.). *Estudios de victimología*. Actas del I Congreso español de victimología. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p.34.

²⁶⁴ ECHANO. ¿Hay lugar para el perdón en el Derecho Penal?, pp. 174-175.

que “las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales”.

Este artigo, por um lado, demonstra claramente o interesse em reduzir a utilização das penas de prisão de curta duração, mas por outro lado, impede o acesso a programas restaurativos de réus habituais, ou seja, de réus que “hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en el plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”²⁶⁶, além de cumular uma sanção penal à reparação do dano, sobrecarregando, assim, o réu.

Ainda conforme o art. 88.1, os juízes podem, ao invés de substituir a pena privativa de liberdade por multa ou trabalhos em benefício à comunidade, suspender a execução da pena quando esta não ultrapassar dois anos, for o réu primário e ter satisfeito a responsabilidade civil decorrente do delito (art. 81.3). O erro deste artigo, conforme observa Larrauri²⁶⁷, foi ter colocado como condição à suspensão da pena o cumprimento da responsabilidade civil, enquanto o pagamento da reparação deveria figurar como obrigação a ser cumprida dentro do prazo de suspensão da pena. Assim, não sendo cumprida a obrigação, o juiz poderia aplicar o art. 84 (que trata dos casos de revogação da suspensão), podendo, inclusive, impor condição adicional à suspensão ou aumentar seu prazo.

Na parte especial do Código Penal encontram-se alguns delitos que possuem circunstâncias atenuantes específicas relacionadas à reparação: delitos sobre a ordenação do território (art. 319 e seg.); sobre o patrimônio histórico (art. 321 e seg.); contra os recursos naturais e o meio ambiente (art. 325 e seg.); relativos à proteção da flora e da fauna (art. 332 e seg.). Estes artigos estão regulados ao final do Título XVI do livro II, artigo 340, que dispõe: “si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivas previstas”.

²⁶⁵ O juízo oral espanhol equivale à fase de produção de provas em juízo do processo penal brasileiro.

²⁶⁶ Art. 94 do Código Penal espanhol.

²⁶⁷ LARRAURI. *La reparación*, pp. 193-194.

Também há casos em que a reparação produz escusa absolutória: nos delitos contra a fazenda pública (art. 305.4 CP), contra a seguridade social (art. 307.3), na fraude de subvenções (art. 308.4 CP), no delito de discriminação no emprego (art. 314 CP) e no falso testemunho (art. 462 CP).

Quanto à forma de reparação, além da pecuniária, o Código Penal espanhol refere-se à publicação da sentença condenatória no art. 216 (delitos de injúria e calúnia) e no art. 288 (delitos contra a propriedade intelectual e industrial) e à demolição de obra no art. 319.3 CP (delitos sobre a ordenação do território).

Em sede de execução penal a reparação do dano também pode acarretar benefícios ao condenado (frente à valoração positiva do ato, que aponta para a reinserção do condenado e para a desnecessidade da pena), facilitando sua progressão de regime, o acesso à liberdade condicional e a concessão de indulto.

Para ingressar no Programa de mediação e reparação²⁶⁸, é feita uma avaliação que verifica se é oportuna e possível a aplicação da mediação no caso concreto, visto que o Código Penal não estabelece quais os delitos são suscetíveis à reparação. Assim, são ponderadas as possibilidades reparatórias do infrator e a necessidade da vítima de ser reparada, pontos que variam segundo a infração cometida e as características do conflito.

O Programa esclarece que, conforme a experiência tem demonstrado, nem sempre há uma relação direta entre a gravidade da tipificação penal e o conflito real ou a vontade de participação em um programa de reparação, nem a possibilidade de que o dano seja reparado.

Estipula, também, que a derivação ao programa pode ser feita por iniciativa das partes ou dos operadores do sistema de justiça penal. Entretanto, é necessária a adesão voluntária das partes ao programa, sendo que este inicia somente se estas formalmente o solicitarem, a qualquer tempo, quando já houver procedimento criminal.

Este projeto segue vigorando e é considerado ferramenta eficaz para a abordagem do conflito junto às partes. Conforme avaliações

²⁶⁸ *Programa de mediación y reparación en la justicia penal*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Jovenil. Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives. Mayo, 2003.

feitas constantemente, constatou-se “que las partes se sienten escuchadas y más consideradas por la justicia, ésta mediante el respeto a sus derechos y garantías, tiene en cuenta la reparación efectuada y aplica los beneficios correspondientes al autor del delito”²⁶⁹.

Dentre as diversas avaliações sobre o programa, destaca-se a feita no período de novembro de 1998 a junho de 2002, que foi responsável pela coleta de importantes dados, referidos a seguir²⁷⁰.

Neste período, o programa de mediação na jurisdição penal ordinária da Catalunha foi levado a cabo em quatro cidades (Barcelona, Tarragona, Lleida e Girona) e tratou de 452 casos que foram derivados ao programa. Destes, 116 não foram iniciados, pois foram considerados inviáveis. Dos 336 iniciados, 301 foram finalizados e apenas 210 continham resultado disponível. Destes últimos, houve reparação em 66,2% dos casos.

Com base nos dados coletados, os pesquisadores concluíram que:

“Los buenos resultados obtenidos en este período, la satisfacción de los usuarios y el reconocimiento de los beneficios jurídicos delante los acuerdos reparadores, demuestran que estamos delante de un mecanismo que busca respuestas positivas al conflicto y que forma parte de una concepción más humana de la justicia penal”²⁷¹.

Desta forma, a experiência catalã na justiça penal de adultos foi considerada bem sucedida, não só pelos efeitos positivos para as vítimas e infratores, mas também pela extensão de seus efeitos ao processo penal, com a aplicação dos dispositivos penais que permitem a atenuação, suspensão ou substituição da pena em razão da reparação do dano.

²⁶⁹ *Programa de mediación y reparación en la justicia penal*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Jovenil. Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives. Mayo, 2003, p. 6.

²⁷⁰ La mediació Penal. Boletim *Invesbreu*, nº 25, maio de 2003. Disponível em: http://www20.gencat.cat/docs/Adjudat/Documents/ARXIUS/doc_40332658_1.pdf. Acesso em: 20/06/2008.

²⁷¹ La mediació Penal. Boletim *Invesbreu*, nº 25, maio de 2003, p. 4.

3.2.2) CONFERÊNCIAS DE FAMÍLIA (FGC – *family group conferencing*).

As conferências de família foram adotadas pela legislação neozelandesa para os casos de jovens infratores no ano de 1989, o que fez deste país o primeiro a utilizar oficialmente a justiça restaurativa e também esta prática de maneira mais sistemática e como primeiro recurso para os delitos cometidos por menores. Desde então, seu uso tem aumentado, estendendo-se para a Austrália e diversos Estados americanos. Existem dois modelos básicos desta prática restaurativa: (1) *court-referred* - modelo no qual os casos são desviados (*diverted*) do sistema de justiça sempre que possível (caso neozelandês), e (2) *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). Ainda que as conferências sejam utilizadas, preponderantemente, em casos de jovens infratores, na Austrália seu uso foi estendido para incluir casos de adultos (encaminhados pelo sistema judicial – *diversion*). As conferências de família têm aplicação a variados tipos de delitos de pouca gravidade, na maioria dos casos (furto, roubo, incêndio premeditado, delitos ligados às drogas e delitos contra o bem-estar das crianças), à exceção da Nova Zelândia, que também utiliza as conferências para crimes severos e reiterados²⁷².

Nos diversos programas existentes, o encaminhamento dos casos aos processos de mediação pode também ser feito por juízes, oficiais de *probation*, advogados das vítimas e infratores, polícia e até mesmo pelas partes (em alguns casos)²⁷³, o que possibilita que a mediação seja aplicada em diversos estágios do processo criminal: antes da ação penal (*diversion*), antes do processo (*pré-court*), depois da instrução e antes da sentença (*post-process adjudication*) e após a sentença (*post sentence*)²⁷⁴.

Das conferências de família participam, além da vítima e infrator, familiares e pessoas que lhes dão apoio (amigos, profes-

²⁷² SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, pp. 319-320.

²⁷³ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 318.

²⁷⁴ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 213.

res, etc.): é a chamada *community of care*. Também é comum a participação da polícia ou agentes de liberdade vigiada (instituto similar ao livramento condicional brasileiro) ou assistentes sociais²⁷⁵. No caso neozelandês, as conferências são utilizadas na justiça juvenil mesmo quando a vítima não está presente. Sua presença é importante, mas não essencial. Todavia, segundo pesquisa feita naquele país, a presença da vítima parece ser um fator redutor da reincidência²⁷⁶.

O procedimento é similar ao da mediação vítima-ofensor. Há encontros separados entre o facilitador e cada uma das partes (que podem ser acompanhadas por suas famílias), antes do encontro direto entre vítima e ofensor. Nas conferências as partes mostram seus pontos de vista, tratam sobre os impactos do crime e deliberam o que deve ser feito. O objetivo é fazer com que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais e assuma a responsabilidade por seu comportamento. A vítima terá a oportunidade de falar sobre o fato, fazer perguntas e dizer como se sente. Após as discussões, a vítima é perguntada sobre o que gostaria que fosse feito e, então, passa-se a delinear um acordo reparador, para o qual todos os participantes podem contribuir²⁷⁷. Neste procedimento, a discussão sobre o que fazer tende a exceder os limites do delito, dando-se atenção às necessidades e a questões relativas tanto à vítima quanto ao ofensor²⁷⁸.

Cabe destacar que, no caso neozelandês, a conferência de família costuma voltar-se para o comportamento do jovem infrator e as circunstâncias que o cercaram. O ofensor é encorajado a assumir a responsabilidade por seus atos e corrigi-los, levando em conta os interesses da vítima. Os acordos podem incluir um pedido de desculpas, trabalho comunitário, reparação (reparação financeira é rara, em razão do jovem ter meios limitados) ou participação em um programa orientado para menores infratores, sendo os dois primeiros os mais comuns²⁷⁹.

²⁷⁵ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, pp. 442-443.

²⁷⁶ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, pp. 214 e 215.

²⁷⁷ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 320.

²⁷⁸ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 221.

²⁷⁹ MIERS. *The international development of restorative justice*, pp. 459-460.

Inúmeras pesquisas feitas na Nova Zelândia, EUA, Reino Unido, Canadá e Austrália demonstram o êxito desta prática restaurativa. Na Nova Zelândia, os estudos constatarem que os jovens infratores que participam das conferências de família costumam se envolver mais no processo de justiça do que aqueles que não participam desta prática. Ademais, os resultados obtidos com as conferências de família via de regra satisfazem mais a vítimas e infratores do que aqueles resultantes de processos da justiça comum. O mesmo também é observado nos EUA, onde os infratores também costumam cumprir com os acordos alcançados nas conferências²⁸⁰.

3.2.3) CÍRCULOS RESTAURATIVOS.

Os círculos restaurativos, também são chamados *sentencing circles*, *peacemaking circles* ou *community circles*, cada um possui propósitos diferentes. Os círculos começaram a ser aplicados por juízes no Canadá em 1991, e em 1995 já eram utilizados nos EUA em um projeto piloto. Sua utilização abrange delitos cometidos tanto por jovens quanto por adultos, sendo também empregados para delitos graves, disputas da comunidade, em escolas e casos envolvendo o bem-estar e proteção da criança²⁸¹.

Podem ser ainda utilizados para outros fins que não o de alcançar um acordo restaurador: “eles podem ser usados para resolver um problema da comunidade, para prover suporte e cuidado para vítimas e ofensores (às vezes para lhes preparar para o círculo de sentença) e para considerar como acolher na comunidade os ofensores que estiveram presos”²⁸².

Sua adoção pode ocorrer em diversas etapas do processo judicial criminal: antes da ação penal (*diversion*), antes do processo

²⁸⁰ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 321.

²⁸¹ SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 322.

²⁸² No original: “they may be used to resolve a community problem, to provide support and care for victims or offenders (sometimes to prepare them for a sentencing circle) and to consider how to receive back into the community offenders who have been imprisoned”. RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 215.

(*précourt*), depois da instrução e antes da sentença (post-adjudication), como sentença, ou após a mesma (*post-sentence*)²⁸³.

Dos círculos participam as partes diretamente envolvidas no conflito (vítima/infrator), suas respectivas famílias, pessoas ligadas à vítima e ao infrator que queiram apoiá-los, qualquer pessoa que represente a comunidade e que tenha interesse em participar, bem como pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal²⁸⁴. Os círculos voltam sua atenção às necessidades das vítimas, comunidade e ofensores desde uma perspectiva holística e reintegradora:

“[os] objetivos do processo incluem promover a cura para todas as partes afetadas; oferecer ao ofensor a possibilidade de arrepender-se; empoderar as vítimas e membros da comunidade para expressar-se francamente e desenvolver capacidade para os próprios integrantes resolverem os seus conflitos”²⁸⁵.

Por serem uma forma mais recente de procedimento restaurativo, não existem muitos estudos a seu respeito. Todavia, vale referir uma pequena investigação feita por meio de entrevistas com participantes de círculos de sentença em Milaca e Princeton (Minnesota). O estudo refere que 5 entre 6 ofensores sentiram-se satisfeitos com a experiência, tendo sido apoiados pela comunidade e recebido sua confiança. Alguns ofensores, contudo, contestaram a equidade do círculo, alegando que não puderam se expressar livremente. Já a comunidade parece ter percebido efeitos mais positivos, pois muitos referiram ter experimentado forte impacto com o processo²⁸⁶.

3.2.3.1) A experiência de Porto Alegre na justiça penal de menores

Atualmente, existem três programas de justiça restaurativa no Brasil: um em São Caetano do Sul-SP, um em Porto Alegre-

²⁸³ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 215.

²⁸⁴ RAYE and ROBERTS. *Restorative processes*, p. 215.

RS e outro em Brasília-DF. Em razão do pouco tempo de atuação dos programas (desde 2005²⁸⁷) e da escassez de material publicado a respeito, optou-se por tratar de forma mais ampla apenas o programa de Porto Alegre, visto que, recentemente, houve publicação sobre seus três anos de experiência.

É preciso referir que os três programas são bastante diferentes entre si, assim que as observações feitas aqui dizem respeito somente ao programa de Porto Alegre, não podendo ser estendidas aos demais. Todavia, é oportuno ao menos referir em que consiste cada um dos programas.

O programa de São Caetano do Sul é desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude e tem como público-alvo adolescentes autores de atos infracionais. Utiliza-se a prática restaurativa do círculo, e é responsabilidade da Vara, que trabalha em conjunto com a Promotoria da Infância e da Juventude, a seleção dos casos, o encaminhamento aos círculos restaurativos, a fiscalização dos termos do acordo e de seu cumprimento e a aplicação de eventual medida sócio-educativa. Os casos podem ser indicados pelo juiz, promotor, assistentes sociais e, eventualmente, pelo Conselho Tutelar. O encaminhamento do caso normalmente é feito na audiência de apresentação, oportunidade em que o juiz costuma aplicar medida de prestação de serviços à comunidade que será cumulada ao acordo restaurativo²⁸⁸.

Já o programa de Brasília é desenvolvido junto aos 1º e 2º Juizados Especiais de Competência Geral do Núcleo Bandeirantes e atua,

²⁸⁵ No original: "Goals of the process include promoting healing for all affected parties; offering the offender an opportunity to make amends; empowering victims and community members to speak from their hearts and to share in fashioning a constructive agreement; and building a sense of community and developing members own capacity to resolve conflict." SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies*, p. 322.

²⁸⁶ KURKI. *Evaluating Restorative Justice Practices*, p. 303-304.

²⁸⁷ Em 2005, estes três projetos-piloto de justiça restaurativa mencionados receberam apoio do Ministério da Justiça e do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) através do Projeto 'Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro'.

²⁸⁸ Dados extraídos da pesquisa feita por Mariana Raupp e Juliana Cardoso Benedetti: RAUPP, Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1, pp. 9-11.

portanto, com os casos de competência do Juizado Especial Criminal. Neste programa é utilizada a prática restaurativa de mediação vítima-ofensor. Os responsáveis pelo programa são o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público, cabendo ao juiz do Juizado Especial a coordenação do programa. A participação no programa precisa ser voluntariamente aceita por ambas as partes. Os casos encaminhados devem envolver conflitos entre pessoas que possuam vínculo ou relacionamento projetados para o futuro e casos nos quais exista necessidade de reparação emocional ou patrimonial. São excluídos os casos de violência doméstica e de uso de substância entorpecente²⁸⁹.

Finalmente, o programa de Porto Alegre é desenvolvido na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, responsável pela execução das medidas sócio-educativas aplicadas no processo de conhecimento (competência da Justiça Instantânea e das 1ª e 2ª Varas Regionais do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre). A prática restaurativa utilizada é o círculo restaurativo.

Inserido no “Projeto Justiça para o Século 21”, tem como objetivo, segundo o coordenador do projeto Leoberto Brancher, “introduzir as práticas da Justiça Restaurativa na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre”²⁹⁰.

O “Projeto Justiça para o Século 21”, além de atuar de forma complementar ao sistema tradicional de justiça por meio da aplicação da justiça restaurativa em processos judiciais de execução de medidas sócio-educativas e de programas de atendimento sócio-educativos, também atua de forma alternativa ao sistema criminal na prevenção e solução de conflitos escolares e comunitários.

Em sua atuação complementar ao sistema de justiça criminal, as práticas restaurativas se fazem presentes em dois momentos, segundo pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUCRS²⁹¹: 1º) logo ao ingressar

²⁸⁹ RAUPP e BENEDETTI. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, pp. 13-4.

²⁹⁰ BRANCHER, Leoberto. Apresentação: coordenação do Projeto Justiça para o Século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, p. 11.

no sistema de justiça criminal, é feita uma audiência judicial no projeto Justiça Instantânea (JIN) – que atua em conjunto com o Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA) –, momento em que o jovem é encaminhado para a Central de Práticas Restaurativas (CPR). Na maior parte das vezes, isto ocorre antes mesmo de qualquer definição sobre a medida sócio-educativa que eventualmente será aplicada. Se a aplicação da prática restaurativa for considerada suficiente para resolver a situação, não será aplicada medida sócio-educativa. Caso contrário, a justiça restaurativa atuará de forma complementar ao processo tradicional, durante o processo de conhecimento ou durante a execução de medidas sócio-educativas; 2º) ocorre durante o atendimento da medida sócio-educativa. Neste momento, atuando conjuntamente, FASE²⁹² e FASC/PEMSE²⁹³ elaboram um plano de atendimento ao adolescente que cumpre medida em privação de liberdade ou em meio aberto.

A particularidade do programa gaúcho reside na aplicação da justiça restaurativa ao tempo da execução da medida sócio-educativa. Segundo os coordenadores do programa, busca-se a “qualificação da execução das medidas sócio-educativas atribuindo novos sentidos éticos às proposições do atendimento sócio-educativo a partir dos princípios da Justiça Restaurativa”²⁹⁴

Apesar de saber-se que o momento da execução da medida sócio-educativa (ou da pena, no caso da justiça criminal de adultos) não ser o mais adequado para a aplicação das práticas restaurativas,

²⁹¹ Todos os dados a seguir referidos foram extraídos do artigo intitulado “A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21” que apresenta os dados coletados pela pesquisa desenvolvida na Faculdade de Serviço Social da PUCRS: AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, pp. 23-57.

²⁹² FASE – Fundação de Atendimento Sócio-Educativo.

²⁹³ FASC/PEMSE – Fundação de Assistência Social e Cidadania/Programa de Execução de Medidas Sócio-Educativas de Meio Aberto.

²⁹⁴ Apud RAUPP e BENEDETTI. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, p. 11.

fato reconhecido pelos próprios coordenadores do programa, sua implementação nestes termos, segundo o juiz da 3ª VRJII, foi feita em razão “das dificuldades encontradas para a implementação do programa, principalmente pela resistência dos operadores do direito responsáveis pelo processo de apuração da prática de ato infracional, tanto a magistratura quanto o ministério público”²⁹⁵.

Todavia, é preciso referir que há um Centro de Práticas Restaurativas para o qual são encaminhados os casos advindos da 1ª, 2ª e 3ª Varas Regionais do Juizado da Infância e Juventude, da Justiça Instantânea, do Ministério Público e do Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA), o que significa que nem sempre o momento de aplicação da prática restaurativa será o do cumprimento da medida sócio-educativa.

De acordo com pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisas em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUCRS, os percentuais quanto à origem dos encaminhamentos feitos à Central de Práticas Restaurativas (CRP) no período de 2005 a 2007 são os seguintes:

Origem dos encaminhamentos	2005	2006	2007
1ª Vara	1%	2%	1%
2ª Vara	0	2%	0
3ª Vara	82%	17%	16%
JIN	3%	75%	81%
MP	0	3%	1%
Sem informação	14%	1%	1%

Fonte: Sistematização pelo NUPEDH das planilhas de registro de procedimentos restaurativos da CPR no período de 2005 a 2007.

²⁹⁵ RAUPP e BENEDETTI. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, p. 12.

Pode-se observar, portanto, que há uma tendência crescente de derivar os casos à CPR em um momento inicial, ou seja, logo após a entrada do caso no sistema de justiça. Todavia, não existem dados publicados quanto ao número de casos em que se deixou de aplicar medida sócio-educativa em razão do procedimento restaurativo ter restado suficiente para abordar o conflito, o que dificulta a análise quanto ao uso da justiça restaurativa constituir uma efetiva alternativa ao processo tradicional ou à medida sócio-educativa dele decorrente.

A pesquisa revela, ainda, que os tipos de atos infracionais encaminhados aos procedimentos restaurativos no mesmo período (de 2005 a 2007) são bastante variados, abrangendo atos de maior e menor potencial ofensivo, como furto, furto qualificado, lesão corporal, roubo, roubo qualificado, dano, ameaça, havendo, inclusive, alguns casos de homicídio (11, durante os três anos). São privilegiados casos de Porto Alegre e não são atendidos aqueles envolvendo violência sexual ou intrafamiliar²⁹⁶. O total de casos encaminhados nos três anos é de 380, incluindo pré-círculo (preparação do encontro), círculo (realização do encontro, que envolve três etapas: compreensão mútua, autorresponsabilização e acordo) e pós-círculo (acompanhamento do acordo)²⁹⁷, sendo que 73 casos tiveram um procedimento completo, ou seja, com todas as etapas dos círculos.

Conforme a coordenadora da CPR, Tânia Benedetto Todeschini, e demais coordenadores de procedimentos restaurativos da CPR, os procedimentos restaurativos realizados pela CPR respeitam os princípios da justiça restaurativa de “voluntariedade na participação, horizontalidade, admissão da autoria do cometimento do ato infracional pelo adolescente, definição do foco na atuação infracional, considerando o último fato ocorrido e identificação da vítima”²⁹⁸.

²⁹⁶ TODESCHINI, Tânia Benedetto et al. Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre – CPR-JIJ: aplicação da Justiça Restaurativa em processos judiciais. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, p. 139.

²⁹⁷ TODESCHINI. Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre – CPR-JIJ: aplicação da Justiça Restaurativa em processos judiciais, p. 139.

²⁹⁸ TODESCHINI. Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre – CPR-JIJ: aplicação da Justiça Restaurativa em processos judiciais, p. 139.

Depois do encaminhamento do caso à CPR, esta avalia a possibilidade de instauração do procedimento restaurativo, e este é efetuado apenas mediante a concordância das partes (adolescente e seus responsáveis devem concordar, bem como a vítima). Em 2007, deu-se início à prática de círculos familiares, dos quais a vítima não participa:

“situações em que adolescentes e responsáveis manifestam o desejo de participação sem que as vítimas assim o desejem têm contado com a possibilidade de círculos familiares, nos quais reúnem-se o adolescente ofensor, os familiares, outros significativos e representantes da comunidade e/ou da rede socioassistencial para um diálogo em que são urdidas possibilidades de responsabilização e apoio que se referem às relações sociofamiliares e comunitárias dos adolescentes participantes”²⁹⁹.

Quanto ao teor dos acordos alcançados, verificou-se que costumam estar relacionados mais a bases simbólicas do que materiais, sendo comuns a autorresponsabilização do adolescente por meio de um pedido de desculpas, a responsabilização e envolvimento dos pais, familiares e representantes da comunidade na reparação dos danos, o fortalecimento de vínculos afetivos e familiares do adolescente, o atendimento das necessidades do adolescente, vítima e familiares e a participação dos atores da rede sócio-assistencial. Constatou-se que em 90% dos casos os acordos foram cumpridos. Com relação à satisfação das partes, 95% das vítimas ficaram satisfeitas com o procedimento e entenderam que houve maior responsabilização do adolescente, na medida em que puderam expressar como foram atingidas pelo dano, entender melhor os fatos relacionados à ofensa e compreender o ofensor como pessoa. Da mesma forma, 90% dos adolescentes aprovaram a experiência, mencionando que se sentiram tratados com mais respeito e justiça. Ademais, tanto vítimas quanto ofensores compreenderam como positiva a oportunidade de narrar e explicar o dano causado pelo ato e as razões do cometimento da ofensa.

²⁹⁹ AGUINSKY et al. *A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21*, p. 33.

Por fim, a pesquisa analisou o índice de reincidência dos adolescentes que participaram do programa restaurativo. Foram considerados reincidentes os adolescentes que voltaram a entrar no sistema de justiça criminal após terem participado de todo o procedimento restaurativo, transcorridos mais de 12 meses de sua participação. O grupo de controle foi composto aleatoriamente por adolescentes que tiveram seus casos encaminhados à CPR, mas que não participaram do procedimento restaurativo, tendo permanecido somente na fase de pré-círculo.

Do total de reincidentes (ou reiterantes, nos termos do ECA) no período analisado (casos de 2005 e 2006, analisados em 2007), 80% não iniciaram processo restaurativo ou realizaram apenas o pré-círculo. Dentre os que realizaram o processo restaurativo completo, apenas 23% reincidiram. Comparativamente ao grupo de controle, os adolescentes que passaram pelo procedimento restaurativo completo reincidiram 44%, enquanto os do grupo de controle reincidiram 56%. Assim, a pesquisa concluiu que os resultados são positivos e estão em consonância com os resultados de experiências internacionais envolvendo adolescentes em conflito com a lei.

Com relação à utilização da justiça restaurativa durante o cumprimento da medida sócio-educativa, o levantamento dos dados foi feito separadamente, em razão da peculiaridade do programa. Como se referiu, o programa é levado a cabo em conjunto com a FASE e FASC, e desde 2005 é feita a capacitação de técnicos que integram estas instituições para que possam realizar círculos restaurativos.

Durante os anos de 2005 e 2006, os casos encaminhados aos círculos na FASE compreendiam aqueles cujo encaminhamento técnico apontava para progressão da medida sócio-educativa, além de casos específicos selecionados pela equipe. O total de casos atendidos no período foi de 139.

Dos círculos participam os adolescentes, familiares e outras pessoas significativas (namorada/companheira, empregador, amigos), profissionais, técnicos, direção e monitores das unidades da FASE. A vítima não participa³⁰⁰. Os adolescentes que participaram dos círculos haviam sido condenados, na maior parte das vezes, por roubo (95 casos), furto (11), homicídio (10), tráfico (7) e latrocínio (6), dentre outros.

³⁰⁰ Referem Lúcia Capitão e Lucila C. da Rosa, assistente social da FASE e psicóloga e

Os círculos restaurativos alcançaram acordo restaurativo em 92,7% dos casos, sendo que 75,6% destes foram cumpridos. Os acordos

“apresentam responsabilizações dos participantes, no que tange a apoio e sustentação de ações relativas a tratamento de saúde, acompanhamento psicoterápico, inclusão no mercado de trabalho (principalmente no mercado informal), alternativa de moradia para o pós-institucional e inserção em atividades esportivas”³⁰¹.

No que tange à reincidência, a pesquisa encontra-se em desenvolvimento, mas já fornece dados relativos aos adolescentes que participaram de círculos na FASE entre 2005 e 2006: dentre um total de 128 jovens que participaram de processo restaurativo, 21% reincidiram (27 jovens).

Vale referir que, a partir de 2007, o projeto da FASE e FASC sofreu alterações, e os círculos restaurativos passaram a ocorrer quando o adolescente internado na FASE tem possibilidade de progressão de medida, que pode ser: liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade ou extinção. Desde a modificação do projeto, foram realizados apenas 18 círculos, dos quais participam tanto técnicos da FASE quanto da FASC. Todavia, a FASE continua realizando procedimentos restaurativos com adolescentes cumprindo medidas em privação de liberdade³⁰².

assessora da FASE, respectivamente, que “a ausência da vítima nos círculos familiares, dentro da FASE, foi definida em função de critérios preestabelecidos, relacionados à progressão da medida socioeducativa, portanto, com um intervalo de tempo de no mínimo seis meses entre o cometimento do ato infracional e o procedimento restaurativo, sendo que, via de regra, as progressões ocorrem, conforme a gravidade do ato infracional, tendo uma média de internação de dezoito a vinte e quatro meses de internação” (CAPITÃO, Lúcia e ROSA, Lucila C. da. A trajetória da FASE em sua conexão com a Justiça Restaurativa. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, p. 106.

³⁰¹ AGUINSKY et al. *A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21*, p. 43.

³⁰² AGUINSKY et al. *A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21*, p. 45-47.

Com relação à satisfação dos envolvidos (adolescentes e familiares) nestes procedimentos na fase de cumprimento da medida sócio-educativa, o índice encontrado é de 80%. Segundo pesquisadoras da faculdade de Serviço Social da PUCRS, a satisfação e a insatisfação dos participantes está relacionada, respectivamente:

“à possibilidade dos adolescentes serem escutados, compreendidos e valorizados em suas necessidades, o que converge na expressão dos familiares. As expressões de insatisfação são associadas ao desconforto por exposição, em grupo ampliado, de questões que, até então, permaneciam na esfera somente privada, sem mencionar também a frustração de algumas expectativas de adolescentes e familiares com relação à atenuação do período de privação de liberdade e a obtenção de apoio socioassistencial para responderem a necessidades materiais concretas”³⁰³.

Frente aos dados apresentados, os maiores problemas do programa parecem estar relacionados ao momento em que as práticas restaurativas vêm sendo aplicadas (junto à medida sócio-educativa) e a sua provável incapacidade para substituir o processo tradicional ou evitar a aplicação da medida sócio-educativa, visto que não há dados disponíveis a respeito de casos que tenham sido resolvidos somente com a justiça restaurativa, sem a necessidade de aplicação de medida sócio-educativa.

Nesse sentido, vale recordar o alerta de Sica: existem riscos ao sobrepor-se a justiça restaurativa à justiça tradicional; em razão de ambas possuírem lógicas diferentes, há o risco de *bis in idem* e revitimização, além da distância temporal entre o fato e o procedimento restaurativo prejudicar o diálogo³⁰⁴.

Ademais, como referem Raupp e Benedetti, manter a aplicação da justiça restaurativa fortemente atrelada ao sistema tradicional e utilizá-la para dar novo significado ou qualificar a medida sócio-

³⁰³ AGUINSKY et al. *A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21*, p. 47.

³⁰⁴ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 226.

educativa inviabiliza o importante contraponto que ela pode fazer ao modelo tradicional, ou seja, funcionaliza-se a justiça restaurativa, transformando-a em apenas mais um instrumento a serviço do sistema criminal:

“à medida que é instrumentalizada, a justiça restaurativa perde seu horizonte político-criminal. Em Porto Alegre, ela não persegue qualquer fim autônomo, mas é utilizada para a consecução de fins, já previamente dados, da execução de medidas sócio-educativas”³⁰⁵.

Portanto, por mais que existam dificuldades inegáveis para introduzir-se um programa restaurativo no cenário nacional, a tentativa deve ser sempre a de utilizar a justiça restaurativa num momento anterior ao que vem sendo utilizado no programa de Porto Alegre, a fim de que o potencial de mudança da justiça restaurativa não reste consideravelmente obscurecido.

³⁰⁵ RAUPP e BENEDETTI. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, p. 22.

CAPÍTULO 4

CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E AO PROJETO DE LEI Nº 7006/06



4.1) Introdução

Opta-se por analisar algumas das críticas feitas à implementação da justiça restaurativa, notadamente aquelas que dizem respeito à utilização de práticas restaurativas articuladas com o sistema de justiça criminal como forma de extensão da rede de controle penal e à questão das garantias do ofensor nos processos e resultados restaurativos.

Tal recorte temático é feito em razão de algumas discussões serem fundamentais quando se trata da implementação da justiça restaurativa no Brasil, por dizerem respeito, de maneira ampla, ao âmbito de aplicação de mecanismos restaurativos, aos limites em relação aos seus processos e resultados principalmente em relação às garantias do ofensor.

Preliminarmente, abordar-se-á, brevemente, algumas características do contexto social brasileiro fundamentais para a compreensão da necessidade nacional de buscar outras formas de lidar com a conflitualidade social (principalmente aquela da qual decorre o delito); num segundo momento, serão analisadas as críticas à justiça restaurativa e os possíveis meios de superá-las; finalmente, tecer-se-á comentários sobre o Projeto de Lei nº 7006/06, que pretende incorporar a justiça restaurativa ao sistema legislativo penal nacional.

4.2 Breves considerações acerca do cenário brasileiro: a falta de legitimidade do sistema penal, a violência e a justiça restaurativa

Pode-se dizer que a expansão da justiça restaurativa em diversos países se deve a uma série de motivos comuns, como a crise de legitimidade do sistema penal, a busca de abordagens alternativas do delito (ou conflito), as reivindicações das vítimas, etc. Nesse sentido, tratando da expansão da justiça restaurativa na Espanha, Larrauri³⁰⁶ faz referência a fatores similares. Tais fatores são de duas ordens: jurídica e sociológica. Os primeiros envolvem a existência de legislação europeia que incentiva o uso da justiça restaurativa e experiências de diversos países que a utilizam; dentre os segundos encontra-se a crise de legitimidade do sistema penal, o impacto da vítima, suas reivindicações e a nova concepção do delito (como um conflito que causa dano a alguém e não é somente uma violação da lei) e a mudança do papel do Estado. .

Observando o cenário brasileiro, pode-se dizer que dentre os fatores sociológicos mencionados pela criminóloga espanhola, a crise de legitimidade do sistema penal tem lugar de destaque e conecta-se à crise das modalidades de regulação social, manifestada na “falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário, ao fracasso das políticas públicas de contenção da violência, ao esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime, *déficits* de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, etc.”³⁰⁷.

Este panorama pode ser compreendido, ao menos em parte, como fruto da tendência moderna de vincular a ‘imposição da lei’ ao ‘controle do delito’, o que “revela hasta que punto nos hemos acostumbrado a pensar en el Estado como el mecanismo fundamental para enfrentar el delito”³⁰⁸.

Ao analisar um dos sintomas da cultura do controle da contemporaneidade apontados por Garland, Boutellier afirma que a proteção dos cidadãos tornou-se tema dominante de política criminal. Os

³⁰⁶ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, pp. 461-462.

³⁰⁷ SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 1.

³⁰⁸ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 74.

cidadãos não reivindicam mais a garantia de seus direitos contra possíveis ilegalidades advindas do poder estatal, mas demandam proteção do estado contra outros cidadãos³⁰⁹.

No âmbito da justiça criminal, o antigo Estado Leviatã dá lugar ao Estado que protege seus cidadãos de outros (não)cidadãos. O direito penal é chamado a desempenhar as tarefas de combate ao crime e defesa da sociedade, e legitima sua atuação em um dos mitos da sociedade moderna: “el mito de que el Estado soberano es capaz de generar ‘ley y orden’ y controlar el delito dentro de los limites de su territorio”³¹⁰.

Esta passagem do Estado liberal para o Estado protetor é diagnosticada por Ost como responsável por uma grande mudança:

“No século 19 esta proteção assumirá a forma mínima da garantia generalizada da sobrevivência, com o Estado liberal deixando para a esfera privada a gestão das condições materiais de existência. No século 20, em contrapartida, as missões do Estado ampliam-se, assim que assume o encargo para além da simples sobrevivência, a garantia de uma determinada qualidade de vida: falamos então, de Estado-providência ou Estado social. Cioso de uma realização efetiva das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado social entende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada”³¹¹.

Como observa Carvalho, o Estado passa a ser responsável pela segurança e prevenção dos riscos, o que também atinge o direito penal, que deve modificar-se para atender a tais exigências: “Ao ser chamado a operar políticas preventivas (...), o controle penal (direito penal, processo penal, criminologia e política criminal) foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos”³¹². O crime passa a ser, portanto, outro

³⁰⁹ BOUTELLIER, Hans. The vital context of restorative justice. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, Tom and ROBERT, Luc. *Institutionalizing Restorative Justice*. Portland, Oregon, USA: Willan Publishing, 2006, p. 27.

³¹⁰ GARLAND. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, p. 188.

³¹¹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 317.

³¹² CARVALHO, Salo de. A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações so

risco da sociedade do risco³¹³.

Esta primeira expansão do direito penal que absorve os ‘novos’ bens jurídicos sociais além dos bens jurídicos individuais tradicionais serve como “solo ideal para florescer uma crise de legitimidade”³¹⁴ do direito penal.

Com a crise do *welfare state* nos países centrais nos anos oitenta, inviabilizou-se “nos países periféricos nos quais o Estado social foi um simulacro, a possibilidade de atingirem relativo grau de justiça social”³¹⁵. Como consequência, disseminaram-se formas de exclusão, e os cidadãos que, segundo a lógica do mercado, não têm valor, tornam-se um problema. A ‘solução’ encontrada foi a “maximização do poder polícialesco de coação direta”³¹⁶.

Nos países periféricos, a exemplo do Brasil, o inexpressivo Estado social cede espaço, cada vez mais, ao Estado penal, que apresenta “uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade”³¹⁷.

Relata Zaffaroni que, durante os anos sessenta, com a criminologia da Reação Social (*labelling approach*), povoada pelas correntes do interacionismo simbólico, da fenomenologia e da etnometodologia, foram desmitificados os fins manifestos da pena e a assepsia do sistema penal. Procedeu-se, então, a “uma severa deslegitimação da função que a razão instrumental concedia ao poder punitivo, que colocou em crise os próprios argumentos instrumentais”³¹⁸ de prevenção e contenção da criminalidade.

Tais constatações, que expuseram a cifra negra da criminalidade

bre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 184.

³¹³ BOUTELLIER. *The vital context of restorative justice*, p. 30.

³¹⁴ CARVALHO. *A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)*, p. 186.

³¹⁵ CARVALHO. *A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)*, p. 190.

³¹⁶ CARVALHO. *A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)*, p. 193.

³¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 11, p. 118.

(assim como já havia feito Sutherland) e demonstraram o descompasso da atuação do sistema penal em relação ao discurso sustentado, desvelando a seletividade do sistema e os processos de criminalização primária e secundária, produziram, conforme Carvalho, a ‘primeira ferida narcísica do Direito Penal’ e abalaram “o ‘discurso eficientista’ que tradicionalmente entendeu serem os aparelhos repressivos capazes de controlar as condutas humanas através da criminalização de todos os fatos sociais considerados intoleráveis”³¹⁹.

A esse respeito, Zaffaroni pontua que “o poder estatal concede às suas instituições *funções manifestas*, que são expressas, declaradas e públicas”³²⁰. Esta atribuição decorre da necessidade republicana do poder ter que justificar seu exercício, sob pena de não poder ser submetido a um juízo de racionalidade. Todavia, normalmente, há uma disparidade entre estas funções manifestas e o que é realizado pela instituição na sociedade, ou seja, suas funções latentes ou reais. Ocorre que “o poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime discursivamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas”³²¹.

Nesse sentido, conforme Zaffaroni³²², um sistema penal somente será legítimo quando esta característica lhe for outorgada por sua racionalidade. O autor entende racionalidade como a ‘coerência interna do discurso jurídico-penal’ e o seu ‘valor de verdade quanto à nova operatividade social’. Para explicar-se como um exercício de poder racionalmente planejado, o sistema penal faz uso de uma construção teórica ou discursiva, ou seja, o discurso jurídico-penal. Assim, o sistema penal será legítimo se seu discurso for racional e sua atuação estiver de acordo com o discurso.

No entanto, ao analisar os sistemas penais latino-americanos, Zaffaroni observa que o “discurso é esquizofrênico frente à realidade operativa dos sistemas penais”³²³, sendo, pois “absolutamente in-

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 641.

³¹⁹ CARVALHO. *A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*, p. 203.

³²⁰ ZAFFARONI, et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*, p. 88.

³²¹ ZAFFARONI, et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*, p. 88.

³²² ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 16.

sustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade”³²⁴.

Somada e conectada à crise de legitimidade do sistema penal, Azevedo aponta, desde uma perspectiva mais ampla do sistema de justiça, os fatores que desencadearam a crise da administração da justiça e de legitimidade do sistema e levaram à busca de formas alternativas de resolução de conflitos:

“Com a explosão de litigiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais, e o aumento da demanda de intervenção do judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade (...), o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento dispensado a essa conflitualidade social emergente”³²⁵.

Particularmente no âmbito penal, a ‘paralisação’ do sistema de justiça e a inadequação do tratamento dispensado ao conflito fazem com que o sistema perca legitimidade. Sua atuação seletiva e estigmatizante expõe sua incapacidade para desempenhar sua função (declarada) de prevenção e contenção da criminalidade e, por outro lado, demonstra seu êxito em cumprir sua função (real) de excluir e marginalizar parcela da população social e economicamente mais vulnerável.

De outra parte, o que também compõe o cenário nacional, fazendo parte da própria crise (ou falta) de legitimidade do sistema penal, é a crescente violência social. A desintegração social e a destruição dos laços comunitários visíveis na sociedade brasileira são, sem dúvida, expressões “de um sistema que erigiu a privação de liberdade como reposta principal à criminalidade”³²⁶. Nesse sentido, refere Schuch:

³²³ ZAFFARONI. *Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana*, p. 26.

³²⁴ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, p. 19.

³²⁵ AZEVEDO. *O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais*, p. 111.

³²⁶ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de*

“A violência social é tomada como um sintoma e expressão de relações não harmônicas e, sobretudo, desintegradas. O perigo da anomia, da não existência de valores que fundamentem uma existência social comum, é chave para instaurar a procura de novas práticas que substituam o modelo conflitivo. (...) Do risco, ou seja, do diagnóstico de uma violência constante e difusa, viria a necessidade de uma restauração de laços, de relacionamentos”³²⁷.

O aumento da violência não só é símbolo de uma sociedade com laços sociais enfraquecidos, como também é fruto de diversos fatores que são encontrados na recente redemocratização brasileira. Caldeira, ao analisar o aumento da violência na cidade de São Paulo (pelo menos nas últimas duas décadas), aponta alguns dos fatores que contribuíram para seu incremento e que, sem dúvida, podem ser estendidos aos demais grandes centros urbanos do País:

“O aumento da violência é resultado de um ciclo complexo que envolve fatores como o padrão violento de ação da polícia; descrença no sistema judiciário como mediador público e legítimo de conflitos e provedor de justa reparação; respostas violentas e privadas ao crime; resistência à democratização; e a débil percepção de direitos individuais e o apoio a formas violentas de punição por parte da população”³²⁸.

Explica Caldeira³²⁹ que o universo do crime, composto pela fala do crime, o medo, o crescimento da violência, o fracasso das instituições da ordem (principalmente polícia e judiciário), a privatização da segurança e da justiça e o contínuo cercamento e segregação das cidades, revela o caráter disjuntivo da democracia brasileira, ou seja, a existência de processos contraditórios de desenvolvimento na sociedade. Assim, o universo do crime indica este caráter disjuntivo em dois sentidos:

gestão do crime, p. 4.

³²⁷ SCHUCH, Patrice. *Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da “Justiça Restaurativa” no Brasil*. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

³²⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2003, 2ª ed., p. 101.

³²⁹ CALDEIRA. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 55.

“em primeiro lugar, porque o crescimento da violência em si deteriora os direitos dos cidadãos; e em segundo, porque ele oferece um campo no qual as reações à violência tornam-se não apenas violentas e desrespeitadoras dos direitos, mas ajudam a deteriorar o espaço público, a segregar grupos sociais e a desestabilizar o estado de direito”³³⁰.

Frente a este quadro de crescimento da violência, desrespeito aos direitos civis e incapacidade do sistema de justiça criminal para administrar a conflitualidade social, impõe-se o desafio de reestruturar este sistema e buscar alternativas capazes de reduzir a violência e os danos causados pelo sistema criminal. Nesse passo, pode-se afirmar que o projeto da justiça restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial que vem sendo desenvolvido no Brasil com o objetivo de adequar tanto a legislação quanto as estruturas judiciais ao contexto democrático³³¹.

Segundo Oxhorn e Slakmon, a justiça restaurativa é uma alternativa para qualificar a administração da justiça, contribui para o incremento da democracia e, por conseguinte, torna a justiça mais democrática, pois funciona por meio da sociedade civil, mas nunca é independente do Estado:

“ao ceder ativamente a jurisdição sobre alguns aspectos do sistema de justiça para organizações sociais, um Estado com baixos níveis de legitimidade social e eficácia pode fortalecer a sociedade civil de modos que ajudarão a melhorar não apenas a sua capacidade de assegurar os direitos de cidadania fundamentais, mas também, de um modo mais geral, a qualidade da democracia”³³².

Os mesmos autores lembram acertadamente que “em democracias altamente desiguais como o Brasil, o sistema de justiça tende a

³³⁰ CALDEIRA. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 56.

³³¹ SCHUCH. *Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da “Justiça Restaurativa” no Brasil*.

³³² OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: Slakmon, C., R. De Vito e R. Gomes Pinto (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 188.

refletir e perpetuar as desigualdade sócio-econômicas existentes”³³³. Reduzir as desigualdades perpetuadas e reproduzidas pelo sistema de justiça criminal e torná-lo mais democrático e acessível aos menos favorecidos social e economicamente passa a ser, portanto, o projeto no qual a justiça restaurativa se insere.

Assim, para Oxhorn e Slakmon, os mecanismos alternativos de justiça, como a justiça restaurativa, não só

“oferecem a possibilidade de fortalecer a base dos direitos de cidadania e democracia – direitos civis – eles o fazem de modo que podem começar a empoderar a sociedade civil e proporcionar a grupos em desvantagem as habilidades e senso de eficácia requeridos para que eles empurrem suas próprias agências mais adiante em direção a avançar em seus direitos de cidadania e na qualidade da democracia brasileira”³³⁴.

4.3) A justiça restaurativa, a extensão da rede de controle penal e o acesso à justiça

Uma das críticas criminológicas mais frequentes ao uso da justiça restaurativa refere-se ao risco da extensão da rede de controle (*netwidening*), pois teme-se “que ésta sirva no para detraer gente del sistema formal, sino para atraer gente al nuevo sistema que se establece”³³⁵.

A utilização da justiça restaurativa com a pretensão de reduzir o uso do sistema penal poderia ter um efeito perverso, na medida em que suas práticas fossem aplicadas a situações e clientela que de outra forma não teriam ingressado no sistema penal³³⁶. Tais casos, que normalmente receberiam apenas uma advertência policial ou seriam redirecionados a outros setores que não o criminal³³⁷, ao serem direcionados à justiça restaurativa, correriam o risco de ingressar no siste-

³³³ OXHORN e SLAKMON. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*, p. 196.

³³⁴ OXHORN e SLAKMON. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*, p. 206.

³³⁵ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

³³⁶ JACCOUD. *Principios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 178.

³³⁷ MORRIS. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*, p. 446.

ma criminal nas hipóteses de não ser alcançado acordo no processo restaurativo ou do acordo não ser cumprido pelo ofensor³³⁸.

Inicialmente, cabe salientar que as críticas à extensão da rede de controle formal já haviam sido feitas às penas alternativas (como se analisou no primeiro capítulo deste trabalho), com fundamentos bem semelhantes: com a pretensa intenção de reduzir o uso da pena de prisão, as alternativas se propunham a ser uma resposta mais ‘benevolente’ ao delito. Todavia, o que se percebeu na prática é que não eram menos rigorosas e não foram capazes de reduzir o uso da prisão contribuindo, com isso, para o aumento da rede de controle formal.

A importância de recordar tais críticas está em alertar a justiça restaurativa para que não incorra nos mesmos equívocos das penas alternativas e termine por inflar o sistema criminal com novos processos que resultarão na imposição de penas e não na efetivação de um acordo restaurador. Assim, vale destacar a conclusão de Griffin, compartilhada por inúmeros outros teóricos, a respeito da adequada utilização das alternativas: a “prova da efetividade das alternativas deveria refletir numa redução no uso das sanções e instituições criminais tradicionais”³³⁹.

Adverte Larrauri³⁴⁰ que o risco de extensão da rede, no caso da justiça restaurativa, está conectado à ideia de que esta justiça representa um processo mais brando e que não comporte ônus para o infrator, o que autorizaria o envio de casos pequenos (de pouca ou nenhuma gravidade) para ela. Todavia, tal ideia ignora que o processo restaurativo não é simples, mas implica grandes esforços tanto por parte da vítima quanto do infrator. Tampouco representa forma mais rápida de justiça, como salienta Gimenez-Salinas³⁴¹, pois o processo de conciliação-mediação-reparação pode desenrolar-se de for-

³³⁸ JACCOUD. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p. 178.

³³⁹ No original: “Proof of the effectiveness of alternatives should be reflected in a decrease in the use of traditional criminal sanctions and institutions”. GRIFFIN, Diarmuid. *Restorative Justice, Diversion and Social Control: Potential Problems*. National University of Ireland, Galway, 2005, p. 4. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/resources/docs/griffindiarmuid>. Acessado em: 2.09.2008.

³⁴⁰ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

³⁴¹ GIMENEZ-SALINAS. Esther. *La justicia reparadora. Prevenció. Quaderns d'estudi i documentació*. Barcelona, 1996, p.40.

ma mais trabalhosa do que o processo de imposição da pena.

O risco de extensão da rede pode também ser provocado por outros fatores: a) pela prioridade concedida ao sistema penal de decidir sobre quais casos estão aptos para ingressar num processo restaurador; b) em razão dos acordos alcançados nas conferências restaurativas não serem valorados pelo juiz no momento de fixar a pena; c) devido ao fato de que os processos restaurativos não se constituam como alternativa à pena de prisão, se o âmbito escolhido para sua aplicação for a execução da pena privativa de liberdade³⁴².

Contudo, existem formas de se conter a extensão da rede e a indevida utilização da justiça restaurativa. Uma delas é a adoção de critérios claros de derivação aos programas restaurativos³⁴³.

Viu-se ser muito comum a utilização da justiça restaurativa em casos de pouca gravidade (casos bagatelares). Os programas restaurativos dirigidos a tais delitos comportam o risco de contribuir para a extensão da rede de controle penal, ainda que tal consequência não tenha sido plenamente demonstrada^{344, 345}.

Braithwaite destaca que o risco de que haja extensão da rede é maior nas hipóteses em que a derivação é feita discricionariamente pela polícia, pois “a polícia então encaminha casos que eles normalmente não se aborreceriam em fazer algo e o programa de justiça restaurativa é motivado para ganhar mais casos, provando para a polícia que eles são uma opção severa”³⁴⁶. Nestas situações, estabelece-se um embate entre a polícia e a justiça restaurativa que pode

³⁴² LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 462.

³⁴³ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p. 455.

³⁴⁴ MORRIS. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*, pp. 446-447.

³⁴⁵ Conforme Braithwaite, há pesquisas que analisaram programas restaurativos e não constataram o aumento do controle formal, a exemplo da pesquisa feita por Maxwell e Morris (1996) na Nova Zelândia quanto à inclusão da justiça restaurativa na justiça penal de menores em 1989, e a feita por Forsythe (1995) quanto ao uso do modelo Wagga Wagga de conferências no âmbito da justiça de menores (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts*. In: TONRY, M. (ed). *Crime and Justice, A review of research*. Chicago: University of Chicago Press, 25, p. 89).

³⁴⁶ No original: “the police then refer cases they would not normally be bothered doing much about and the restorative justice program is motivated to get more cases by proving to the police that they are a tough option”. BRAITHWAITE. *Restorative Justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts*, p. 90.

acarretar tratamento ainda mais severo aos ofensores se comparado ao tratamento antes recebido (nas delegacias).

Nesse sentido, Larrauri sustenta que além de dar-se ênfase ao não encaminhamento dos casos graves³⁴⁷ à justiça restaurativa, “debería ponerse el mismo énfasis en que los casos de bagatela tampoco deben derivarse a los procedimientos de justicia restauradora”³⁴⁸.

As regras de derivação aos programas restaurativos devem, portanto, dispor sobre quais casos são passíveis de encaminhamento e evitar a inclusão de casos de pouca relevância³⁴⁹. Dentre as exigências para derivação, é importante frisar a necessidade de haver um mínimo esclarecimento sobre os fatos e circunstâncias, como é aconselhado pela Resolução da ONU e seguido por alguns países, a exemplo da Áustria que possui tal exigência em sua legislação para que os casos sejam derivados ao programa de mediação. A legislação

³⁴⁷ Marshall destaca adequadamente que apesar de que se diga muito que os crimes mais sérios, bem como aqueles cometidos por pessoas mais velhas ou reincidentes, não devem ser encaminhados à justiça restaurativa, não existe base sólida que sustente tais afirmativas. Limitar o uso da justiça restaurativa pela gravidade do delito ou pelas características do ofensor pode ir de encontro aos interesses das vítimas, sendo que a limitação a delitos menores reduz a eficácia em relação ao custo (*cost-effectiveness*) das medidas restaurativas. Assim, para Marshall “há fortes razões para remover restrições quando as habilidades e recursos permitirem. O sucesso de medidas restaurativas depende mais de considerações pessoais, tais quais atitudes das partes, sentimentos, motivações e situações sociais, que características formais como idade ou o tipo de crime”. No original: “there are strong reasons for removing restrictions as skills and resources permit. The success of restorative measures is dependent on more personal considerations, such as parties’ attitudes, feelings, motivations and social situations, than on formal characteristics like age or legal offense” (MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: an overview*. Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999, p. 25).

³⁴⁸ LARRAURI, *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

³⁴⁹ Sica destaca a importância do princípio da ofensividade na decisão do envio do caso à mediação penal, referindo que “a constatação da presença concreta de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico deve ser uma condição imprescindível para ativar a mediação”. No entanto, segundo o autor, tal exigência – que cria uma dependência entre o uso da mediação (ou, mais amplamente, da justiça restaurativa) e a constatação da ofensividade do fato, pressuposto próprio do direito penal para a atuação do poder punitivo – não causa qualquer contradição, pois “como a dialética da mediação desenvolve-se ao redor do comando emitido pelo preceito penal e seu resultado só pode ser recepcionado pela justiça penal em termos de afetação da necessidade da pena, não há como legitimá-la sem analisar aqueles mesmos pressupostos.” (SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 235).

austriaca também prevê a possibilidade de encaminhamento de casos punidos com até 5 anos, veda a possibilidade de encaminhar crimes menores e estabelece que a opinião da vítima deve ser sempre levada em conta³⁵⁰.

A necessidade de haver mínimo suporte probatório – para que exista maior garantia de que casos sem relevância penal não sejam encaminhados a programas restaurativos – também acarreta que o encaminhamento deva ser feito pelo promotor³⁵¹, pois este “constata a existência de indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da denúncia antes de delegar o caso ao ofício de mediação”³⁵², ou pelo juiz, pois, ao verificar que estão presentes os indícios de autoria e materialidade, encaminha o caso para o procedimento restaurativo antes de receber a denúncia. Nesta hipótese, havendo acordo restaurativo e este restar cumprido, o processo poderia voltar ao juiz que arquivaria o caso, sem receber a denúncia. O cumprimento do acordo restaurativo atuaria, portanto, como causa de extinção de punibilidade.

Indo além, a autora espanhola Sanzberro³⁵³ aponta três ‘critérios de idoneidade’ que quando presentes aconselham o envio de um caso à conciliação³⁵⁴ (ou à qualquer outra prática restaurativa, nos termos apresentados neste trabalho) e que se somam ao critério de não exclusão de casos que envolvam infratores reincidentes: (i) existência de uma vítima personalizada; (ii) certa entidade da infração penal, ou seja, ficam excluídos casos de bagatela e (iii) reconhecimento do fato ou fato esclarecido, o que remete à exigência de que

³⁵⁰ ZWINGER, Georg. Restorative justice practice and its relation to the criminal justice system. In: *Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*. Oostende, Belgium, 2002, p. 85.

³⁵¹ Quanto à forma de encaminhamento feita pelo promotor público, vale destacar, a título de exemplo, o programa de mediação belga (*penal mediation*), que adota tal forma de derivação. Neste programa, a mediação figura como medida de diversão (*diversion*) para os delitos punidos com até dois anos e, tendo êxito a mediação, ou seja, havendo reparação, é extinta a ação penal (AERTSEN, Ivo. The intermediate position of restorative justice: the case of Belgium. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, Tom and ROBERT, Luc. *Institutionalizing Restorative Justice*. Portland, Oregon, USA: Willan Publishing, 2006, pp. 70-71).

³⁵² SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 151.

³⁵³ SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 172.

haja, por parte do ofensor, apenas um reconhecimento quanto ao essencial do fato, não uma confissão em termos estritamente jurídicos. Conforme a autora,

“(...) lo relevante no sería tanto la realización de una confesión en sentido formal, es decir, un reconocimiento de la imputación en todos sus términos, sino, o bien la evidencia de una actitud que supone asumir una participación en el hecho delictivo, o bien la existencia de unos hechos esclarecidos y la disposición del inculcado a intervenir en el intento de conciliación”³⁵⁵.

Outro fator relacionado à questão dos critérios de derivação e que pode contribuir para o aumento do controle penal é a prioridade do sistema penal de decidir quais casos estão aptos a ingressar num programa restaurativo. Daí a necessidade de que se formulem critérios claros e não tão restritos de derivação, a fim de possibilitar que os programas restaurativos alcancem não (somente) infrações de pequena relevância penal, mas também de média relevância, e que esses programas possam ser acessados, inclusive, por ofensores reincidentes. Tais critérios devem visar evitar ao máximo a discricionariedade no envio dos casos, estipulando elementos que, quando presentes – desde que com consentimento das partes (vítima e ofensor) –, obriguem a derivação aos programas restaurativos. Com tais medidas, o risco de deixar-se a decisão (caso a caso) sobre quais delitos devem ser derivados para programas de justiça restaurativa nas mãos do sistema penal seria amenizado, reduzindo-se, portanto, o risco do envio somente de casos de bagatela.

³⁵⁴ É importante referir que Sanzberro apoia seu conceito de conciliação nos conceitos de reparação, regulação do conflito e mediação, o que aproxima o primeiro conceito do que aqui é tratado globalmente como justiça restaurativa. Nas palavras da autora, o conceito de conciliação tem duas importantes dimensões: “por un lado, la que hace referencia al logro de un resultado, el acuerdo, que normalmente tendrá por objeto la reparación del daño; por otro, importa también en cuanto ‘procedimiento’, ya que supone el protagonismo de los sujetos directamente implicados en el delito (infractor y víctima) en su tratamiento y en la regulación de sus consecuencias, a través de un proceso comunicativo caracterizado por la horizontalidad y la superación de los estrechos límites que imponen las definiciones jurídicas (aunque éstas influyan en dicha comunicación).” (SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 22)

³⁵⁵ SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 178.

É preciso formular regras que estabeleçam que os acordos restaurativos sejam considerados no momento da sentença judicial (a fim de que o acordo não seja apenas somado à sentença criminal, acarretando violação do princípio *no bis in idem*), nos casos em que não haja a possibilidade de extinguir-se a punibilidade somente com o acordo extrajudicial (fazendo coisa julgada), sem a necessidade, portanto, de haver processo penal.

Por fim, conforme adverte acertadamente Larrauri, se a justiça restaurativa não for capaz de reduzir a utilização da pena de prisão, em razão de ser aplicada apenas após a condenação e durante a execução da pena, ou apenas em delitos apenados com multa³⁵⁶, por exemplo, o risco de ampliação do controle penal é grande. Por isso deve-se privilegiar programas que sejam aplicados logo no início do processo penal, ou até mesmo antes dele, e evitar aqueles aplicados no momento da fixação da sentença ou durante a execução da pena privativa de liberdade.

Tendo em vista tais problemas, é necessário proceder a permanentes avaliações da justiça restaurativa que destaquem, dentre outras coisas, o êxito de seu uso pelo número de pessoas que se tenha conseguido afastar do sistema de justiça criminal (redução do número de processos e redução do uso de medidas penais)³⁵⁷.

4.3.1) A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA.

A justiça restaurativa aparece como outra resposta possível para o delito ao invés do tradicional processo penal; não tenciona sobrepor-se ao modelo punitivo, e sim trabalhar em conjunto com ele, atendendo a casos que antes pouca ou nenhuma atenção recebiam do sistema de justiça ou, ainda, cuja resposta vinha em forma de punição (contraproducente para vítima e ofensor).

É sabido que o Estado não é o único a receber as demandas dos cidadãos que buscam resolver um conflito. Tanto a criminologia de viés crítico quanto a sociologia já expuseram tal realidade: a primei-

³⁵⁶ LARRAURI. *La reparación*, p. 187.

³⁵⁷ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, pp.455-6.

ra, ao revelar a cifra negra de delitos (primeiramente com Sutherland e depois com a criminologia da reação social e crítica), e a segunda, ao constatar a existência de meios alternativos e informais de resolução de conflitos nas sociedades contemporâneas (pluralismo jurídico). A esse respeito, leciona Santos:

“De um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos”³⁵⁸.

Tendo em vista esta pluralidade, quando não são dirimidos pelas vias formais (no caso de conflitos penais, através do sistema de justiça criminal), os conflitos tendem a ser administrados “de forma privada, onde o recurso à violência ilegal, a supressão do oponente, podem ter lugar”³⁵⁹.

Desta forma, através dos critérios de derivação a seus programas, a justiça restaurativa pode, além de desenvolver mecanismos de combate ao perigo de extensão da rede de controle penal e evitar que respostas violentas ganhem cada vez mais espaço – sejam elas provenientes de formas privadas de administrar conflitos ou do próprio sistema penal que responde de maneira violenta ao conflito –, pode, ao mesmo tempo, aumentar o acesso à justiça.

Com relação às práticas de justiça alternativa ilegais, Oxhorn e Slakomn referem que o acesso efetivo à justiça restaurativa – entendida como uma forma de microjustiça – possibilita que os cidadãos tenham “uma opção concreta à retribuição privada”³⁶⁰.

Nesse passo, para melhor avaliar o papel da justiça restaurativa no incremento do acesso à justiça, cumpre analisar o que significa o acesso à justiça em um estado democrático de direito e quais são os obstáculos a tal acesso.

³⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, pp. 175-176.

³⁵⁹ SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006, p. 87.

³⁶⁰ OXHORN e SLAKMON. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*, p. 202.

Segundo Capelletti e Garth, o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³⁶¹. Garantir o acesso à justiça de forma igualitária a todos, portanto, implica dotar de concretude os direitos assegurados pela Constituição.

Para esses autores, os principais obstáculos ao acesso à justiça e que se pode relacionar à justiça criminal, são os relativos às ‘possibilidades das partes’, ou seja, as vantagens e desvantagens que possuem alguns litigantes, como (1) disponibilidade maior de recursos financeiros, o que possibilita que a parte possivelmente apresente seus argumentos de maneira mais eficiente; (2) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação (o que, no caso do sistema criminal, significaria reconhecer-se como vítima de um delito e recorrer ao sistema penal³⁶²); (3) falta de disposição psicológica para recorrer a processos judiciais, que pode ocorrer por uma comum desconfiança dos advogados – especialmente nas classes menos favorecidas – ou em razão de outros motivos como procedimentos complicados, formalismos, ambientes intimidatórios (como tribunais), figuras consideradas opressoras (como juízes e advogados) que fazem com que aquele que poderia ou deveria procurar o sistema jurídico sintasse perdido, imerso em um mundo estranho³⁶³.

Santos³⁶⁴ também faz referência a diversas investigações sociológicas (dentre elas a de Cappelletti e Garth) que contribuíram para identificar os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares, classificando-os como econômicos, sociais e culturais. Dentre os econômicos, Santos inclui, por exemplo, a lentidão dos processos, pois esta agravaria os custos. Todavia, os fatores considerados mais significativos são os sociais e culturais, pois, segundo Santos, os estudos salientam que quanto mais baixo o estrato social, maior é a distância do cidadão em relação à administração da

³⁶¹ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 12.

³⁶² É importante referir, conforme Santos, que o acesso à justiça criminal se dá de forma diferente ao da justiça civil. Isto porque, da parte do réu, a procura da justiça é ‘forçada’. Todavia, pode-se dizer, mesmo assim, que há uma procura social da justiça penal (SANTOS. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, p. 167).

³⁶³ CAPELLETTI e GARTH. *Acesso à justiça*, pp. 21-24.

³⁶⁴ SANTOS. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, pp. 168-170.

justiça, pois, segundo demonstram os estudos, cidadãos com poucos recursos tentem a conhecer pouco os seus direitos e, mesmo os conhecendo, tendem a hesitar muito em recorrer aos tribunais. Esta desconfiança ou resignação pode ser explicada por dois fatores: experiências anteriores negativas com a justiça e a dependência e insegurança de recorrer aos tribunais e sofrer represálias. Igualmente contribui para a não procura o fato de que estes cidadãos dificilmente conhecem ou possuem amigos que conheçam um advogado, ou sequer sabem onde e como encontrar algum.

Conclui Santos referindo que

“o conjunto destes estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar”³⁶⁵.

O estudo de Capelletti e Garth, além de identificar as barreiras ao acesso à justiça, apresenta as medidas adotadas por países ocidentais (desde 1965) no intuito de superar tais obstáculos, que sucederam praticamente em ordem cronológica: a primeira onda de reformas deu-se com a criação da assistência judiciária gratuita para os pobres; a segunda, com a representação jurídica para os interesses difusos (principalmente nas áreas ambiental e do consumidor); a terceira e última propõe um novo enfoque ao acesso à justiça, discutindo o sistema judiciário de forma ampla. É nesta última onda que se insere a questão da informalização da justiça³⁶⁶. Assim, segundo Capelletti e Garth

“esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solu-

³⁶⁵ SANTOS. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, pp. 170-171.

³⁶⁶ CAPELLETTI e GARTH. *Acesso à justiça*, p. 31.

ção e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”³⁶⁷.

Esta terceira onda, conforme esclarece Sinhoretto, foi a primeira a se preocupar em garantir o acesso individual à justiça aos segmentos sociais menos favorecidos social e economicamente: “é o momento de criar alternativas de resolução de conflitos não apenas mais baratas e rápidas, mas também mais compreensíveis e próximas da realidade cotidiana dos atores sociais envolvidos nos conflitos”³⁶⁸.

Em se tratando da realidade brasileira, as três ondas mencionadas não ocorreram da mesma forma que nos países centrais. A terceira onda ocorreu “sem que a política de assistência judiciária individual estivesse universalizada, e sem que a postulação de demandas coletivas tivesse demonstrado efeitos concretos, conferindo singularidade à experiência nacional”³⁶⁹. Explica Sinhoretto que

“A assistência judiciária gratuita foi, até os anos 80, praticamente a única política pública compensatória nessa área. Após a abertura democrática e, sobretudo, após a edição da Lei 9.099/95 (...) iniciativas de ampliação da oferta de serviços judiciais vêm se multiplicando, ao espírito da “terceira onda”³⁷⁰.

Assim, frente à mencionada crise de legitimidade do sistema penal, o crescimento da violência na sociedade brasileira e a crise da administração da justiça, as formas alternativas de administração de conflitos se multiplicam e procuram aumentar o acesso à justiça e, desta forma, promover a equidade econômica e social de modo a fortalecer a democracia. Tais objetivos encontram-se, inclusive, dentre os proclamados pelo Ministério da Justiça em seu programa, que procurou mapear os meios alternativos de resolução de conflitos tanto públicos quanto privados existentes no País, a fim de promover o desenvolvimento e aperfeiçoamento destes programas³⁷¹.

³⁶⁷ CAPELLETTI e GARTH, *Acesso à justiça*, p. 71.

³⁶⁸ SINHORETTO. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*, pp. 88-9.

³⁶⁹ SINHORETTO. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*, p. 114.

³⁷⁰ SINHORETTO. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*, pp. 88-9.

³⁷¹ Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília, Ministério da Justiça, 2005, p. 9.

Conforme pesquisa realizada por Azevedo nos dois primeiros anos de sua implementação em Porto Alegre (1996 e 1997), os juizados pretendiam desobrigar as Varas Criminais das ações de menor potencial ofensivo, para que estas pudessem conferir maior atenção aos casos de maior gravidade, todavia, este objetivo não foi alcançado. Os juizados, de fato, não foram capazes de reduzir o número de processos nas Varas Criminais Comuns. No entanto, o que aconteceu foi que eles “passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava às Varas Judiciais, sendo resolvido através de processos informais de ‘mediação’ nas Delegacias de Polícia ou pelo puro e simples ‘engavetamento’”³⁷².

Concluiu o sociólogo, por meio de extensa pesquisa de campo, que apesar de o pretendido deslocamento de casos não ter se concretizado, houve a inclusão no judiciário de casos que antes não chegavam até ele. Todavia, tal aumento no número de casos não deve ser entendido como incremento do controle formal, uma vez que antes estes eram ‘resolvidos’ nas delegacias. Os juizados especiais, ainda que de forma precária, foram capazes de reduzir a discricionariedade dos delegados – que acabavam atuando como mediadores informais e descriminalizando delitos na prática – e aumentar o acesso à justiça de uma parcela da população que antes não tinha seus conflitos apreciados pelo judiciário. Assim,

“enquanto a mediação policial, informal e arbitrária era frequentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima (sobrevitimização) e do acusado, a mediação judicial tende a ampliar o espaço para a explicitação do conflito e a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade”³⁷³.

Nesse sentido, pode-se relacionar a justiça restaurativa com os juizados criminais ao menos na intenção manifestada na Lei 9.099/95 de introduzir mecanismos informais de resolução de conflitos no

³⁷² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais. Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2001, vol.16, n. 47, p. 103. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n47/7722.pdf>. Acessado em: 10/11/2007.

³⁷³ AZEVEDO, Juizados Especiais Criminais. *Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil*, p. 107.

sistema de justiça criminal. Todavia, as diferenças entre as duas propostas são inúmeras (e não caberia aqui analisá-las). O fundamental é que a justiça restaurativa pretende incrementar não o exercício do poder punitivo, mas sim o acesso à justiça de qualidade. Isto faz-se possível, segundo leciona Sica, pela cisão do sistema penal

“num quadro de dupla entrada (mediação e punição), o qual poderá, em tese, diminuir tanto o número de castigos impostos, quanto a cifra negra, oferecendo resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficaram marginalizados ou não encontraram respostas satisfatórias dentro de um sistema de mão única, fechado e inflexível”³⁷⁴.

Apesar da justiça restaurativa não negar o conceito de delito (criminalização primária) em sua atuação em conjunto com o sistema de justiça criminal, ela assume grande importância ao colocar ênfase diversa à do sistema penal tradicional na reação ao delito³⁷⁵, atuando na esfera da criminalização secundária. Salienta Sica que a desjudicialização do acesso à justiça pelo uso de práticas restaurativas como a mediação – que pode acarretar, inclusive, a ‘descriminalização na prática’, na medida em que possibilita que casos sejam resolvidos pelos programas restaurativos sem (re)ingressarem no sistema penal –, proporciona

“um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos “ricos” e penalizar os “pobres” e, ainda, a informalização possibilita um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerentes à justiça formal”³⁷⁶.

Corroborando com estas ideias, o estudo feito pelo *Smith Institute* da Inglaterra sobre a justiça restaurativa em diversos países (entre eles Reino Unido, Estados Unidos e Austrália), constatou que a

³⁷⁴ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 153.

³⁷⁵ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

³⁷⁶ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, pp. 154-5.

mesma é capaz de trazer mais crimes à justiça, atuando de forma a ampliar o acesso à justiça ao proporcionar uma forma diferente de lidar com o delito. Segundo o estudo, a maior barreira é a relutância da vítima e das testemunhas, que temem retaliações, bem como a falta de tempo destas para envolverem-se nas formalidades legais. Concorre, igualmente, a descrença ou o medo no/do sistema, contribuindo para que um grande número de crimes não seja resolvido³⁷⁷, integrando, assim, a cifra negra da criminalidade. Nota-se, portanto, que os achados deste estudo não diferem daqueles anteriormente mencionados e expõem as verdadeiras barreiras ao acesso à justiça.

De fato, conferir maior espaço à justiça restaurativa significa

“encorajar mais pessoas a participar num processo que seria mais previsível e conveniente que ir para ao Tribunal. Se os ofensores aceitarem a responsabilidade em maior escala porque eles se familiarizam com o processo de justiça restaurativa, isto também colaboraria a solucionar mais crimes. A evidência que a justiça restaurativa pode melhorar a confiança na justiça é significativa. (...) Essa confiança traduzir-se-ia em colocar mais crimes nas mãos da justiça, porque essas mãos seriam vistas como úteis e não danosas”³⁷⁸.

4.4) A justiça restaurativa, as garantias jurídicas e a participação da vítima

As discussões suscitadas no capítulo II a respeito da total oposição entre o modelo restaurativo e o retributivo e do lugar da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal estão diretamente conectadas à discussão acerca da preservação das ga-

³⁷⁷ SHERMAN and STRANG, *Restorative justice: the evidence*, p. 78.

³⁷⁸ No original: “encourage more people to come forward to participate in a process that would be more predictable and convenient than going to court. If offenders themselves accept responsibility at a higher rate because they become more familiar with the RJ process, that would also help solve more crimes. The evidence that RJ can improve trust in justice is substantial... That trust could be translated into putting more crimes in the arms of justice, because those arms would be seen as helpful rather than harmful.” SHERMAN and STRANG. *Restorative justice: the evidence*, p. 78.

rantias jurídicas (penais e processuais) e da participação da vítima no processo restaurativo.

Como se viu, o modelo restaurativo possui forma diferente de lidar com o delito do que o sistema de justiça criminal, pois seus processos e finalidades são voltados para o diálogo das partes (que pode envolver até mesmo a comunidade atingida pelo delito), a reparação da vítima e uma possível (re)integração do ofensor. Todavia, tais meios e finalidades, por mais que visem à responsabilização do ofensor através do reconhecimento de que este causou dano à vítima, ao invés de simplesmente atribuir punição pela constatação de sua culpa, não deixam de representar, em certa medida, algum tipo de gravame para o ofensor³⁷⁹. Isto quer dizer que este não pode simplesmente optar por não responder pelo delito cometido³⁸⁰; ele apenas pode escolher, conforme o caso, se prefere participar de um processo restaurativo ou passar pelo devido processo legal, que poderá atribuir-lhe uma pena (proporcional à gravidade do delito cometido e correspondente a sua culpabilidade).

Como alerta Roche³⁸¹, a maior parte dos defensores da justiça restaurativa admitem que as conferências restaurativas podem ser experiências dolorosas para vítimas e ofensores e servir, igualmente, para que as pessoas punam umas as outras, não faltando exemplos a demonstrar que “as experiências das pessoas com a justiça informal são muito mais complicadas do que a simples dicotomia retributivo/restaurativo sugere”³⁸². Assim, ainda segundo Roche, o risco do potencial das conferências restaurativas para estabelecer

³⁷⁹ A esse respeito, observa Walgrave que a censura ao comportamento delitivo (wrongful behavior) é essencial. Todavia, a questão é saber se tal censura deve necessariamente incluir a inflição intencional de dor. Para o autor, a censura comunica que aquela conduta é desaprovada. Todavia, refere que deve haver outras formas melhores de condenar o comportamento injusto/delitivo do que por meio da justiça criminal, que tem um escasso potencial comunicativo. Ademais, o que distinguiria a censura restaurativa da censura punitiva é que aquela não se refere a uma norma legal abstrata, mas a uma obrigação de respeitar-se a qualidade de vida da sociedade, pois o delito causa dano a outra pessoa e à vida social. (WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, pp. 568-9).

³⁸⁰ Tal afirmação, foi feita por VON HIRSCH, ASHWORTH e SHEARING, foi analisada no Capítulo II (VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, p. 27).

³⁸¹ ROCHE. *Retribution and restorative justice*, pp. 82 e 86.

³⁸² Original: “people’s experiences of informal justice are much more complicated than

punições não ser reconhecido, independentemente deste resultado ter sido diretamente pretendido ou não, pode acarretar a minimização da importância dos freios e contrapesos (*checks and balances*) necessários para que abusos sejam evitados.

Nesse sentido, e tendo em vista o referido ônus que comporta a responsabilização do ofensor, as garantias jurídicas devem ser preservadas na justiça restaurativa. No entanto, estas garantias possuem variações em relação ao modelo tradicional, em razão das características de informalidade e participação ativa das partes na resolução do conflito.

Para que as garantias do ofensor sejam preservadas, importa, sobremaneira, definir a posição da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal. Conforme análise anterior, verificou-se a tendência do modelo restaurativo agir com certa autonomia em relação ao sistema de justiça criminal, porém submetendo-se à fiscalização deste para prevenir a violação de direitos e garantias fundamentais. Assim,

“a questão básica sobre a relação entre justiça restaurativa e justiça criminal é como combinar a flexibilidade informal (crucial na abordagem participativa da justiça restaurativa) com a formalidade necessária para manter o equilíbrio exigido pelos princípios do estado democrático”³⁸³.

Esta questão de como combinar ambos os modelos é considerada praticamente insolúvel por Von Hirsh, Ashworth, Duff e outros autores que, apesar de reconhecerem o valor social das práticas restaurativas, temem a violação das garantias legais. Por isso, defendem que a justiça restaurativa atue apenas de forma restrita e que a resposta ao crime permaneça eminentemente punitiva, em razão dos princípios retributivos e para a salvaguarda dos padrões legais e de controle³⁸⁴.

the simple retributive/restorative dichotomy suggests.” (ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 81).

³⁸³ No original: “the Basic question about the relationship between restorative justice and criminal justice is how to combine informal flexibility (crucial in the participatory approach of restorative justice) with the formality necessary to maintain the balances demanded by the principles of a democratic state” (WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 561).

³⁸⁴ WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 561.

Todavia, os defensores da justiça restaurativa acreditam ser possível manter a autonomia da mesma em relação à dinâmica e estrutura do sistema de justiça criminal através da atribuição de limites aos resultados das conferências restaurativas, da garantia ao livre acesso pelas partes aos programas restaurativos (através do consentimento informado), do direito à assessoria legal e da certeza de que os resultados restaurativos serão levados em consideração em um possível retorno do caso ao sistema penal. Tais mecanismos, como se verificou, são ratificados pelos Princípios Básicos em matéria de justiça restaurativa estabelecidos pelas Nações Unidas.

Cabe aqui analisar as críticas feitas ao modelo restaurador quanto a sua capacidade de preservar as garantias jurídicas e o risco que comporta a participação da vítima na resolução do caso penal. Tais críticas provêm, principalmente, dos defensores das teorias retribucionistas do merecimento (*just deserts theories*), que argumentam que “la participación de la víctima y de la comunidad pone en riesgo una serie de principios que la administración de los castigos en una sociedad debiera respetar”³⁸⁵.

Estes teóricos consideram que os princípios mais importantes que seriam violados pela justiça restaurativa são o da igualdade ou coerência dos castigos, proporcionalidade e imparcialidade. Destaca Larrauri³⁸⁶ que, para os defensores da teoria do *just desert*, a presença do Estado – representado pelo juiz – é imprescindível para assegurar que os castigos impostos não violem os princípios mencionados. É bem verdade, contudo, que tais autores reconhecem a debilidade do sistema de justiça criminal atual em preservar tais garantias; porém, acreditam que não se pode, de forma alguma, deixá-las de lado: “não está sendo sugerido que os sistemas de sentença existentes sempre observem estes princípios exitosamente, mas é vital que eles sejam reconhecidos como objetivos e sejam feitos esforços para realizá-los”³⁸⁷.

³⁸⁵ LARRAURI, *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

³⁸⁶ LARRAURI, *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

³⁸⁷ No original: “It is not being suggested that existing sentencing systems always pursue these principles successfully, but it is vital that they be recognized as goals and efforts made to fulfill them” ASHWORTH, Andrew. Responsibilities, Rights and Restorative Justice. *The British Journal of Criminology*, Special Issue, v. 42, n° 3, 2002, p. 586.

4.4.1) PRINCÍPIO DA IGUALDADE (OU COERÊNCIA DOS CASTIGOS).

Pode-se dizer que a crítica à violação do princípio da igualdade está conectada à crítica da violação ao princípio da proporcionalidade, visto que o primeiro se considera violado em razão de que “cada conferencia restauradora puede llegar a distintas resoluciones para casos similares”³⁸⁸, enquanto o segundo é considerado violado porque se deixa às partes a deliberação quanto à reparação/punição aplicável ao caso concreto e ignora-se a proporção entre a gravidade do delito, a culpabilidade do autor e a pena proporcionalmente correspondente. Percebe-se, portanto, que a violação ao princípio da igualdade relaciona-se tanto com a proporcionalidade da reparação acordada (que poderá variar caso a caso), quanto à posição de destaque dada às partes na resolução do conflito.

Os partidários da justiça restaurativa, contudo, não veem no princípio da igualdade valor mais importante do que a reinserção do infrator ou a reparação da vítima. Além disso, apontam que na justiça criminal a igualdade de resultados não é facilmente alcançada, havendo problemas de desigualdades fundadas em razões discriminatórias. Assim, se a desigualdade existente nos resultados da justiça restaurativa não se funda em discriminações, mas sim em diferenças, ela é legítima³⁸⁹.

Mesmo assim há que se atentar para os riscos de que os valores e princípios da justiça restaurativa não sejam respeitados na prática (como a não-dominação e equidade das partes), fazendo com que os processos restaurativos resultem “não mais justos ou efetivos do que aqueles sistemas de justiça correntemente dominantes ao redor do mundo”³⁹⁰.

4.4.2) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Dentre os princípios enumerados, o da proporcionalidade é, sem dúvida, o que suscita maiores discussões. Além das críticas

³⁸⁸ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

³⁸⁹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.454.

³⁹⁰ No original: “no more equitable or effective than those currently dominating justice systems around the world” (SCHIFF. *Models, Challenges and The Promise of*

formuladas pelos retribucionistas, os teóricos da justiça restaurativa dividem-se com relação aos limites que devem ser impostos nas conferências para que seja assegurada a proporcionalidade dos resultados em relação ao dano causado à vítima.

Os autores retribucionistas Von Hirsch, Ashworth e Shearing³⁹¹ argumentam que, devido à multiplicidade e vagueza dos objetivos da justiça restaurativa, os meios e modalidades utilizados para alcançá-los são difíceis de identificar. Pelo mesmo motivo, os processos restaurativos tendem a conceder larga margem de discricionariedade aos participantes (vítima, ofensor e comunidade) para que decidam o que deve ser feito a respeito do delito.

O princípio da proporcionalidade, para estes autores, “se pone en entredicho porque la resolución del caso se deja a manos de lo que la víctima y la comunidad consideran satisfactorio”³⁹². Entendem que se não houver determinados requisitos e limites jurisdicionais, os processos restaurativos estarão livres para escolher qualquer meio para atingir o fim desejado (seja este qual for, podendo, inclusive, ser um fim tradicional, como o encarceramento do ofensor)³⁹³.

Von Hirsch, Ashworth e Shearing³⁹⁴ propõem seu próprio modelo de justiça restaurativa (*making amends model*), cuja atuação seria bastante limitada e subordinada ao sistema de justiça criminal, mediante a obediência a requisitos externos de proporcionalidade. Tais requisitos visariam à proibição de penalidades severas para crimes pequenos e representariam o mínimo de equidade que deve ser observado num Estado liberal moderno.

A questão para estes autores é saber quando outros requisitos, além destes mínimos, devem estar presentes. Segundo eles, num sistema de punição, a severidade da sanção reflete o grau de reprovabilidade e de culpabilidade da conduta, havendo limites, portanto, quanto à proporcionalidade da reprimenda. Já no modelo reparador pro-

Restorative Conferencing Strategies, p. 326).

³⁹¹ VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, p. 23.

³⁹² LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

³⁹³ VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model*, p. 23.

³⁹⁴ VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model*, pp. 30-31 e 38.

posto pelos autores, a finalidade não é mais a de deslocar o peso do prejuízo para o ofensor impondo-lhe uma punição (como no modelo retribucionista), mas outra:

“o processo e sua sanção são moldados para prover uma avaliação moral da conduta. A vítima (...) foi injustiçada pelo ofensor, e o procedimento tem como objetivo dar um reconhecimento adequado para esta injustiça. O modelo *making-amends* (...) é muito mais do que um instrumento de orientação: fornece (através da imposição a que ele se submete) um método pelo qual o ator pode transmitir para a sua vítima o reconhecimento da sua culpa”³⁹⁵.

A resposta dada pelo processo reparador deve conter relação razoável com o grau de injustiça (*wrongfulness*) da conduta perpetrada, pois se a base da reparação assumida pelo ofensor está no reconhecimento da injustiça, o grau de onerosidade da reparação deve comunicar (representar) a censurabilidade da conduta. Contudo, em razão da lógica do modelo reparador, não se pode esperar que a rígida proporcionalidade do modelo tradicional seja seguida, devendo-se conferir às partes certa margem para optarem pela disposição que lhes pareça satisfatória e capaz de comunicar o arrependimento do ofensor por sua ação injusta. A proporcionalidade no modelo de *making amends*, portanto, teria caráter limitador e se basearia no sistema de avaliação da gravidade da conduta e da adequada severidade da resposta³⁹⁶.

De forma similar, Duff³⁹⁷ argumenta que a onerosidade da reparação deve refletir a gravidade do delito. Entretanto, esta reparação não será baseada em critérios estritos de proporcionalidade, mas deve obedecer a um critério negativo de proporcionalidade, ou seja, não deve

³⁹⁵ No original: “the procedure and its sanction are designed to provide a moral evaluation of the conduct. The victim...has been *wronged* by the offender, and the procedure aims at giving adequate recognition to that wrongdoing. The making-amends model...is much more than a loss-shifting device: its point is to provide (through the imposition he undertakes to undergo) a method through which the actor can convey to his victim recognition of his wrongdoing.” Von Hirsch, Ashworth. Shearing, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, p. 31.

³⁹⁶ VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, pp. 31 e 39.

³⁹⁷ DUFF, *Restoration and Retribution*, p. 57.

ser desproporcionalmente severa em relação à gravidade do delito.

Duff também estabelece um critério positivo de proporcionalidade quando considera que a premissa da teoria do *just desert* de que ‘o culpado merece sofrer’ representa uma importante ‘verdade moral’. Ocorre que, como alerta Braithwaite³⁹⁸, se a justiça restaurativa assenta-se no princípio filosófico da não-dominação, ela deve rejeitar tal juízo moral, a fim de evitar consequências malévolas advindas de uma leitura que conclua que para honrá-lo é preciso utilizar a prisão em resposta ao delito cometido.

Ou seja, legitimar a premissa retribucionista enseja o grande risco de que acordos restaurativos sejam rejeitados por juízes que os consideram demasiado lenientes, o que acarreta a desconsideração da vontade das partes que haviam chegado a um consenso acerca da reparação em favor da (pretensa) necessidade de proporcionalidade da reprovação pública da conduta, ideia esta assentada na capacidade (já desmitificada) do direito penal e da sanção penal de prevenir delitos e ainda sustentada por Von Hirsch, Ashworth e Shearing:

“esta avaliação pública tem certas funções normativas importantes. Transmite ao ofensor e a possíveis ofensores, e também a vítimas e possíveis vítimas, a mensagem que o comportamento é num certo grau, considerado errado (...) a conduta é tratada como infringimento dos padrões de conduta de um corpo político (...) o estado oferece reconhecimento público ao valor dos direitos envolvidos e faz um apelo moral (...) aos cidadãos para que eles desistam desta conduta”³⁹⁹.

Como se referiu, a discussão da proporcionalidade também é travada entre os teóricos da justiça restaurativa. Sharpe, ao discutir a necessidade de limites nas conferências restaurativas, levanta a questão e retorna à discussão sobre punição e reparação: “se a punição

³⁹⁸ BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, p. 18.

³⁹⁹ No original: “This public valuation has certain important normative functions. It conveys to the offender and potential offenders, and also to victims and potential victims, the message that the behaviour is deemed to be wrong in a certain degree...the conduct is treated as infringing standards of conduct of larger body politic...the state gives public recognition to the value of the rights involved, and makes a moral...appeal to citizens that they should desist from the conduct” Von Hirsch, Ashworth. *Shearing, Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model*, p. 34.

não fizesse mais parte da equação – se a reparação fosse tudo o que importasse – a proporcionalidade ainda seria importante?”⁴⁰⁰.

Para autores como Wright e Masters, a proporcionalidade não é o critério apropriado para a reparação, visto que a justiça restaurativa tem por objetivo “alcançar conclusão satisfatória àquela vítima e ofensor em particular, sem precisar ter relação com o que é apropriado para qualquer outras partes que possam parecer estar em posição semelhante”⁴⁰¹. Assim, na visão destes autores, cada caso teria um resultado próprio que não poderia servir de base para casos semelhantes e que não se poderia pretender repetir, em razão de ter sido alcançado tão-somente pela visão das partes envolvidas: “porque o crime causa danos às pessoas e porque as necessidades das vítimas são únicas, é apropriado que a reparação também seja única, mesmo que o resultado seja que delitos similares sejam negociados de forma bastante diferente”⁴⁰².

A partir desta concepção de justiça restaurativa, o princípio da igualdade ou coerência dos resultados das conferências também seria atingido, já que não seria possível estabelecerem-se comparações entre casos aparentemente similares. Entretanto, não há dúvidas de que esta concepção comporta riscos e atribui grande poder à vítima, que pode demandar qualquer reparação (ou punição) que lhe pareça adequada. Ocorre que, como foi dito, nem sempre as partes envolvidas têm a mesma visão acerca do que está acontecendo no processo restaurativo, pois podem encará-lo de forma punitiva e não reparativa, o que pode desencadear resultados desproporcionais ao dano cometido.

Sobre este aspecto, Zehr alerta que, ao se avaliar um programa de justiça restaurativa por meio da opinião das partes envolvidas acerca do que acreditam estar fazendo e porquê, “é possível chegar à conclusão de que todo mundo está participando de um jogo diferen-

⁴⁰⁰ No original: “if the punishment were not part of the equation – if repair were all that mattered – would proportionality still be important?” SHARPE, Susan. *The Idea of Reparation*. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 34.

⁴⁰¹ No original: “to reach a conclusion which is satisfactory to a particular victim and offender, which need bear no relation to what is appropriate for any others who may appear similarly placed.” (WRIGHT, Martin; MASTERS, Guy, 2002, p. 55. Apud SHARPE. *The Idea of Reparation*, p. 34).

⁴⁰² No original: “because crime harms persons and victims’ needs are unique, it is appropriate for reparation also to be unique, even if the result is that similar wrongs are dealt with very differently” SHARPE. *The Idea of reparation*, p. 34.

te e que nem todos estão vendo as coisas da mesma forma. As implicações disso podem ser bastante sérias”⁴⁰³.

Tendo em vista os riscos inerentes aos processos restaurativos, Sharpe⁴⁰⁴ faz alusão a duas posições dos teóricos da justiça restaurativa em relação à necessidade de limites aos acordos restaurativos. Há autores que propõem a estipulação de duas barreiras que estabeleçam os limites mínimo e máximo dos possíveis resultados das conferências. O limite mínimo visa reafirmar que os padrões da comunidade sejam assegurados e que comportamentos inaceitáveis sejam inequivocamente censurados. Contudo, identificam-se aqui os mesmos problemas da limitação positiva da proporcionalidade proposta por Duff. Viola-se a primazia da vítima em estabelecer quais suas necessidades de reparação e evidencia-se, conforme acertada observação de Wright e Masters⁴⁰⁵, mais uma marca do pensamento retributivo, que percebe o resultado restaurativo como insuficiente, recusa o acordo e impõe sanção ao ofensor, ou então aceita o acordo, porém lhe atribui pouco (ou nenhum) valor no momento da aplicação da sanção.

Ao analisar a questão dos limites das conferências restaurativas, Roche⁴⁰⁶ refere que, na maioria das vezes, os acordos não são alterados. Entretanto, quando o acordo é recusado pelas partes ou pelos juízes, os motivos alegados são opostos: quando o pedido de revisão dos acordos é feito pelos participantes, visa-se à redução da severidade dos mesmos (o que talvez possa ser resultado de um processo restaurativo falho, que não observou os valores e princípios restaurativos); quando a revisão é feita pelos juízes, a intervenção serve para aumentar sua severidade. Assim, as revisões internas (feitas pelas partes) tendem a reforçar os limites máximos dos acordos, enquanto as externas (feitas pelos juízes) os limites mínimos. Portanto, nota-se, de um lado, a tendência judicial em ver os acordos como respostas insuficientes ao delito cometido e, de outro, a necessidade de limites máximos que previnam revisões futuras em razão da severidade dos acordos.

⁴⁰³ ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 414.

⁴⁰⁴ SHARPE. *The Idea of Reparation*, p. 35.

⁴⁰⁵ WRIGHT, Martin; MASTERS, Guy, 2002, p. 56. Apud SHARPE. *The Idea of Reparation*, p. 35.

⁴⁰⁶ Declan Roche, 2003, p. 235. Apud ROCHE. *Retribution and restorative justice*, p. 87.

Nesse sentido, alguns autores recomendam que se estabeleça apenas o limite máximo. Dentre eles encontra-se Braithwaite que, como mencionado no Capítulo I, defende que o limite das condenações seja fixado no limite de punição estabelecido pelos Tribunais para o mesmo delito. Walgrave também defende a existência do limite superior e pontua que, diferentemente da justiça criminal (na qual a gravidade do delito determina a punição proporcional), na justiça restaurativa “a gravidade do dano causado é o critério para avaliar o montante máximo razoável de esforço reparatório”⁴⁰⁷.

Não há dúvida de que violações aos limites máximos de proporcionalidade ensejadas por acordos desproporcionadamente severos podem “evitarse con una regulación legal que determine el máximo de lo que las conferencias de la justicia restauradora pueden acordar y con una supervisión judicial de los acuerdos alcanzados”⁴⁰⁸ que atente para a preservação dos direitos humanos.

Por outro lado, com relação aos limites mínimos, o problema parece estar localizado mais no punitivismo judicial do que em falhas ou resultados ‘desproporcionais’ de processos restaurativos. Constando em lei como os acordos restaurativos devam ser recebidos pelo sistema de justiça criminal conforme o tipo de delito abordado, se extinguirão a punibilidade, reduzirão a pena, etc., evita-se que um acordo seja considerado insuficiente pelo julgador para responder ao delito/dano. Desta forma, reduz-se a discricionariedade do juiz ao decidir se aceita ou não determinado acordo, já que este apenas poderá rejeitá-lo se ferir os limites máximos de proporcionalidade.

4.4.3) PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.

Os teóricos retribucionistas entendem que o princípio da imparcialidade fica comprometido na justiça restaurativa, “fundamentalmente porque el reconocimiento de los hechos y la resolu-

⁴⁰⁷ No original: “the seriousness of the harm caused is the criterion to gauge the maximum amount of restorative effort that is reasonable.” (WALGRAVE. *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime*, p. 74).

⁴⁰⁸ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

ción del castigo no se realiza por terceras partes imparciales sino en base al proceso dialogado con las dos partes afectadas y en consecuencia parciales”⁴⁰⁹.

Para Von Hirsch, Ashworth e Shearing⁴¹⁰, propositores do modelo de justiça restaurativa *making amends*, é imprescindível um processo justo (devido processo legal) que determine a culpa do ofensor. Neste processo, deve haver: o julgamento imparcial dos fatos, no qual o acusado terá o direito de defender-se; um conjunto consistente de provas contra o acusado; e devem ser levadas em consideração as causas de justificação. Estes requisitos, segundo os autores, não estão presentes no modelo de justiça restaurativa, pois vítima e ofensor, parciais e despreparados para aplicar os princípios básicos de um julgamento justo, são os principais decisores do caso. No modelo restaurativo proposto pelos autores, a culpa continuaria a ser determinada por um tribunal, pois apenas este está preparado para aplicar as garantias processuais, restando assim asseguradas as garantias fundamentais. Contudo, adjudicada a culpa, o caso seria direcionado para uma conferência restaurativa na qual as principais partes implicadas (vítima e ofensor), com a ajuda de um facilitador imparcial, negociariam uma solução para o caso (*disposition of the case*), a qual estaria subordinada aos requisitos da proporcionalidade (anteriormente tratados) em razão de ser considerada uma punição.

Com esta proposição, todavia, reconhecem os autores do *making amends model* que a questão da imparcialidade não seria totalmente resolvida, visto que a decisão do caso ainda ficaria nas mãos das partes e estas não poderiam ser afastadas, já que a adoção do procedimento restaurativo implica conferir-lhes este papel de destaque⁴¹¹.

Ashworth⁴¹² também aborda a questão da imparcialidade e refere os riscos envolvidos na participação da comunidade e da vítima na resolução do conflito. Para o autor, o empoderamento da comunidade pode comprometer a imparcialidade do julgamento e levar a resultados extremamente desiguais. A participação da comunidade

⁴⁰⁹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.453.

⁴¹⁰ VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?*, pp. 33 e 38.

⁴¹¹ VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?*, p. 33.

⁴¹² ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 583.

– defendida pela justiça restaurativa – demonstra a preferência pela inclusão ao invés da exclusão e está conectada às ideias de auto-regulação, consenso e acordo. No entanto, na opinião do autor, a inclusão da comunidade deve ser vista com cuidado, pois, como alerta Crawford⁴¹³, as comunidades muitas vezes são marcadas pela exclusão social, formas de coerção e distribuição irregular das relações de poder. Um dos riscos referidos por Ashworth, inclusive, é de que esta divirja de padrões estabelecidos na lei criminal. Não obstante, ele acredita que a questão pode ser resolvida “a partir do momento que se concedesse maior participação aos membros da comunidade afetada no caso, insistindo-se para que o poder de decisão permaneça em mãos imparciais”⁴¹⁴.

Com relação à participação da vítima no processo e na decisão do caso, Ashworth⁴¹⁵ acredita que ela viola o princípio fundamental da justiça de que o réu deve ter uma audiência justa, presidida por um tribunal independente e imparcial, uma vez que não pode ser exigido da vítima que ela seja imparcial, nem que conheça as regras e princípios envolvidos na decisão de um caso criminal. Estaria obstaculizado, desta forma, o devido processo legal, vez que a imparcialidade e a independência não seriam garantidas.

Ademais, para Von Hirsch, Ashworth e Shearing, não é válido o argumento de que a justiça restaurativa não precisa preocupar-se com a imparcialidade dos decisores, em razão da sanção não ser imposta, mas negociada pelas partes e da participação do ofensor ser voluntária, podendo este se retirar do processo a qualquer tempo caso sintasse injustamente tratado, pois a possibilidade de optar ou retirar-se do processo está intimamente ligada às alternativas disponíveis ao ofensor: “ele pode ter razões para sentir que deva aceitar até mesmo um processo preconceituoso por medo de enfrentar algo pior”⁴¹⁶

⁴¹³ Adam Crawford, 2000, pp. 290-1 Apud ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 583.

⁴¹⁴ No original: “since it would be possible to concede the case for greater participation by members of affected communities while insisting that the power of decision making remains in impartial hands” ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 584.

⁴¹⁵ ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 586.

⁴¹⁶ No original: “He may have reasons for feeling that he must accept even a seemingly rather biased process, for fear of facing something worse” VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, p. 33.

Entretanto, não parece ser correto invalidar a voluntariedade do ofensor em participar de processo restaurativo por considerar que tal voluntariedade não é completamente livre, uma vez que está condicionada pelas demais ‘opções’ do sistema de justiça criminal, ainda mais quando tal voluntariedade é comparada ao mecanismo de *plea bargaining*⁴¹⁷. Tal instituto é comum nos ordenamentos de *common law*, que visam somente à minimização da resposta penal por meio de negociação levada a cabo pelo promotor e o acusado e assemelha-se à transação penal introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.099/95.

Como se afirmou, a reparação possibilitada pelo uso da justiça restaurativa não pode ser vista apenas como um meio que pretende reduzir a reprimenda penal, e sim “como parte integrante do processo de realização da justiça”⁴¹⁸. Quanto ao consentimento voluntário do ofensor em participar, reforça-se que este nunca será completamente livre; contudo, existem meios de minimizar o risco de que ele seja demasiadamente reduzido ou anulado por meio da coação ou induzimento. O requisito do consentimento informado e o direito à assessoria jurídica antes e depois do processo restaurativo, reconhecidos pela Resolução sobre justiça restaurativa da ONU, são alguns destes meios.

Ademais, há que se considerar que a voluntariedade é uma garantia de mão-dupla que permite tanto a opção das partes pelo processo restaurativo quanto pelo devido processo legal. Ou seja, a voluntariedade também preserva o direito ao processo penal, na medida em que permite às partes optarem por um ou por outro, bem como retirarem-se a qualquer tempo do procedimento restaurativo.

Assim, tendo-se a voluntariedade como princípio básico, resta assegurado o direito ao processo, com todas as suas garantias inerentes. Contudo, pontua Sica que o direito ao processo deve ser um direito e não uma obrigação: “o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo, naquelas cir-

⁴¹⁷ Tal comparação é feita por Ashworth ao pretender desqualificar o consentimento do ofendido em participar de um processo de mediação (ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 587).

⁴¹⁸ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 79.

cunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais, como a reparação-conciliação⁴¹⁹.

Por fim, a crítica à falta de imparcialidade no processo e resultado restaurativos esvazia-se perante os seguintes argumentos: (1) a justiça criminal, apesar de reconhecer o princípio da imparcialidade, parece não ser capaz de aplicá-lo, frente à seletividade do sistema penal, que não representa seu mau funcionamento⁴²⁰, mas sua característica intrínseca; (2) o processo de justiça restaurativa depende do consentimento das partes e possibilita, também, que estas se retirem a qualquer momento, o que garante ao ofensor o direito de escolher entre o devido processo legal ou o processo restaurativo; (3) os acordos restaurativos devem ser fiscalizados pelo sistema de justiça criminal; (4) conforme inúmeros estudos têm demonstrado, as partes tendem a se sentir tratadas com maior equidade e justiça nos processos restaurativos; e, finalmente, como salienta Larrauri⁴²¹, não há argumento definitivo que consiga estabelecer que a determinação da culpa e da condenação por um terceiro imparcial seja melhor do que o acordo alcançado pelas partes envolvidas no conflito.

4.4.4) A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA E A PRIVATIZAÇÃO DO CONFLITO.

As críticas à participação da vítima e à privatização do conflito são feitas por retribucionistas e pela doutrina penal em geral e decorrem do entendimento de que direito penal e direito civil são totalmente diferentes. Portanto, o delito não se confundiria com o ilícito civil, pois enquanto o primeiro atinge interesses públicos, in-

⁴¹⁹ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 128.

⁴²⁰ Ao tratar da participação das comunidades nos processos restaurativos, Ashworth refere que a uniformidade dos julgamentos fica prejudicada, ou seja, há um risco de que processos similares sejam julgados de maneiras diferentes em razão da parcialidade dos julgadores. Todavia, o autor reconhece que esta disparidade de julgamento entre casos similares também acontece no sistema de justiça criminal, mas a diferença é que neste ela é vista como um mau funcionamento que deve ser expurgado do sistema, enquanto que no sistema de justiça restaurativa pode ser vista como benéfica (ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 582).

⁴²¹ LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.454.

disponíveis e requer um castigo em resposta ao mal realizado, o segundo diz respeito a interesses particulares, disponíveis e demanda a reparação do dano causado⁴²².

Conforme explica Larrauri⁴²³, este entendimento, que dicotomiza delito (ou mal) *versus* dano e pena *versus* reparação, assume contornos ontológicos e também comporta uma série de discussões sobre:

“los criterios de distinción (intereses públicos vs privados), la magnitud del injusto (igual o aumentado), los fines (compensar o prevenir), la vigencia del principio de culpabilidad (daño vs culpa), la legitimación procesal (perjudicados o colectivos) y la naturaleza cambiante por la que se clasifican determinados actos como ilícitos o delitos”⁴²⁴.

Não cabe aqui analisar todas estas discussões, mas apenas tecer alguns comentários sobre os argumentos que pretendem sustentar a total separação entre direito civil e direito penal, mais especificamente no que tange ao interesse público em responder ao delito *versus* o interesse privado pelo ressarcimento do dano, o que também atinge a diferença de natureza dos atos ilícitos e delitivos.

Assim, para o teórico retribucionista Ashworth⁴²⁵, definir uma conduta como delito implica não considerá-la apenas um ilícito civil e estabelecer que a decisão sobre se deve ser feito alguma coisa contra o ofensor não deve dizer respeito à vítima, uma vez que existe um interesse público em assegurar que aqueles que cometam delitos sejam passíveis de receber punição e não somente sofrer um processo civil.

Von Hirsch, Ashworth e Shearing⁴²⁶ entendem que o problema da justiça restaurativa é que ela costuma apagar os limites entre dano (*harm*) e mal (*wrong*)⁴²⁷, principalmente por conferir posição de destaque à vítima e possibilitar que as partes negociem a resolução do

⁴²² LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

⁴²³ LARRAURI, Elena. *La reparación*, p. 191.

⁴²⁴ LARRAURI, Elena. *La reparación*, p. 192.

⁴²⁵ ASHWORTH, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, 2002, p. 579.

⁴²⁶ VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A 'Making Amends' Model?*, pp. 34-35.

⁴²⁷ Esta diferenciação entre dano e delito é também feita por Duff, o qual pontua: “é no

conflito. O que passa a importar nesta justiça não é mais a comunicação de reprovação pública ao delito e à conduta do autor (visto como alguém moralmente livre), mas sim que o autor expresse arrependimento pela ofensa cometida à vítima (através de sua participação no processo e da reparação do dano). Não importa tanto o grau de culpabilidade do autor no cometimento da ação delitiva, mas o quanto a vítima tenha sido ferida. Com este modelo, a justiça restaurativa tenderia a privatizar o tratamento do delito, aplicando formas de resolução de conflitos próprias do direito civil, e protagonizaria uma virada “de ‘veja o mal que você cometeu’ para ‘veja o quanto eu sofri’”⁴²⁸.

Os autores retribucionistas reconhecem o interesse legítimo da vítima em requerer a compensação ou reparação do dano ao ofensor, mas argumentam que este não pode ser buscado por meio do processo penal⁴²⁹, e que a vítima não pode interferir no quanto de pena que o ofensor irá receber⁴³⁰. Isto não quer dizer que a vítima não tenha

mínimo discutível que aquele cuja propriedade foi roubada, ou que foi atacado fisicamente, sofra um dano diferente daquele que simplesmente perde sua propriedade ou sofre um ferimento natural – o sofrimento de ter sido roubado, ou atacado injustiçadamente (...) qualquer conversa sobre ‘restauração’ no contexto do crime deve ser sensível ao fato de que a vítima do crime não foi apenas machucada, mas foi injustiçada, ela sofreu um dano injusto, distinto de um fato ao acaso, natural ou sem sorte.”

No original: “it is at least arguable that one whose property is stolen, or who is physically attacked, suffers a *different* harm from that suffered by one who simply loses her property or suffers a natural injury – the harm of being stolen from, or of being wrongfully attacked.(...) any talk of ‘restoration’ in the context of crime must be sensitive to the fact that the victim of crime has been not just harmed, but *wronged*; he has suffered a wrongful, as distinct from a natural or merely unlucky, harm” (DUFF. *Restoration and Retribution*, p. 45).

⁴²⁸ No original: “from ‘see the wrong that you have done’ to ‘see how I have been made to suffer’” (VON HIRSCH, ASHWORTH, SHEARING. *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A ‘Making Amends’ Model?*, p. 38).

⁴²⁹ A doutrina garantista também reconhece o dever do Estado de tutelar a vítima. Todavia, não estão de acordo que o meio utilizado para tanto seja o processo penal. Este não é meio adequado para alcançar a reparação da vítima: “o processo penal, revestido de instrumentalidade garantista, direciona-se à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos desregulados, e não da vítima” (CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2ª ed., p. 15).

⁴³⁰ Hirsch também distingue a reparação do dano da pena: “el derecho del resarcimiento del daño, esto es, la parte civil del hecho se refiere a la reparación del daño material y eventualmente moral causado al autor; la pena consiste por el contrario en el añadido de un mal ulterior” (HIRSCH, 1991, p. 281 Apud LARRAURI. *La reparación*, p. 175.

qualquer interesse legítimo na condenação do ofensor, mas que seu direito não se sobrepõe ao dos demais cidadãos, vez que o interesse público está envolvido⁴³¹. Nesse sentido, os delitos são considerados ‘males públicos’ (*public wrongs*):

“eles são injustiças contra ‘o povo’ mais do que contra as vítimas...eles são ‘públicos’ no sentido de que, embora sejam muitas vezes injustiças contra o indivíduo, eles corretamente preocupam ‘o povo’ - o conjunto da comunidade política – como injustiças nas quais os demais membros da comunidade compartilham como concidadãos tanto da vítima quanto do ofensor”⁴³².

Se existem críticas por parte dos retribucionistas, também é verdade que os garantistas, defensores de um utilitarismo renovado, também se posicionam contra a inclusão da reparação no direito penal. Ao analisar a reparação como sanção penal autônoma, ou seja, não como uma consequência civil que se acrescenta à pena, mas como uma sanção principal e única que se coloca no lugar da pena de prisão, Larrauri⁴³³ refere que Ferrajoli se posiciona contrariamente à utilização da reparação no direito penal. Para ele, os ilícitos penais não são passíveis de reparação (diferentemente dos ilícitos civis), e a pena sempre deve consistir num sofrimento a ser suportado passivamente pelo autor do delito: “en esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio”⁴³⁴.

Segundo a doutrina garantista, a adoção de mecanismos de composição do conflito significa um retrocesso e leva à privatização do processo penal, pois introduz a possibilidade de que o ressarcimento

⁴³¹ ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, pp. 584-5.

⁴³² No original: “they are wrongs against ‘the public’ rather than the victim...they are ‘public’ in the sense that, while they are often wrongs against an individual, they properly concern ‘the public’ – the whole political community – as wrongs in which others members of the community share as fellows citizens of both victim and offender” (DUFF. *Restoration and Retribution*, p. 47).

⁴³³ LARRAURI. *La reparación*, p. 173.

⁴³⁴ FERRAJOLI, 1989, p. 420 Apud LARRAURI. *LA REPARACIÓN*, p. 173.

do dano seja buscado por vias penais. A participação da vítima é refutada em razão de ser parcial e de ensejar um retorno à vingança privada⁴³⁵. Argumenta-se que

“o sujeito envolvido com o conflito [vítima] não tem ‘capacidade de sublimação’, ou seja, de sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso. Pelo contrário, entendemos que pelo fato de estar intrinsecamente envolvido na contenda, acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor”⁴³⁶.

Com relação à participação da vítima e sua tendência vingativa, Robinson e Shapland⁴³⁷ fazem referência a uma avaliação desenvolvida por Doak e O’Mahony sobre as conferências restaurativas na justiça de jovens na Irlanda do Norte. Tais pesquisadores encontraram resultados similares a outros estudos quanto ao sentimento de vingança das vítimas. Eles perceberam que as vítimas não costumam ser vingativas e buscam ajudar os ofensores a não voltar a delinquir, tanto por acreditarem que assim ajudam a evitar que outros se tornem vítimas, quanto pela vontade de ajudar os ofensores a encontrarem uma direção melhor para suas vidas. Tais resultados, de certa forma, desencorajam os argumentos contrários à participação da vítima por refutarem que isto signifique o retorno da vingança privada. Ademais, cabe repisar que quanto mais forem respeitados os valores restaurativos (não-violação dos direitos humanos, não-dominância, escuta respeitosa, etc.) e os limites do acordo restaurador, menor será a probabilidade de que a vítima se mostre punitiva.

Frente às críticas tanto de retribucionistas quanto de utilitaristas, pode-se observar que a separação entre direito penal e civil é vista

⁴³⁵ LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002, p. 101.

⁴³⁶ CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002, p. 147.

⁴³⁷ ROBINSON and SHAPLAND. *Reducing Recidivism: A task for restorative justice?*, p. 342.

como um progresso, pois o Estado assume a pretensão punitiva, estabelece garantias penais para o ofensor e passa a proteger as vítimas e a limitar seus anseios punitivos. A presença do Estado, portanto, passa a ser indispensável⁴³⁸.

Segundo a análise histórica de Ferrajoli, o direito penal nasce como negação da vingança, justificando-se pelo fim de impedir a vingança privada através da imposição de uma pena. Em um primeiro momento, a vingança é regulada como um direito-dever privado, cabendo à parte ofendida e a seus familiares tomar a decisão com base em princípios de vingança do sangue e na lei de talião. Posteriormente, assiste-se a uma dissociação entre juiz e parte ofendida. A justiça privada, além de ser deixada sem tutela, é proibida (proíbem-se retaliações, linchamentos, duelos, execuções sumárias, etc.). É neste momento que nasce o direito penal e substitui-se a relação bilateral entre parte ofendida e ofensor por uma relação trilateral, onde a autoridade judicial aparece como o terceiro imparcial⁴³⁹.

Nesse sentido, Ferrajoli considera que a vingança é própria da época pré-moderna, na qual os conflitos eram resolvidos na esfera privada, sem ou com limitada interferência do terceiro imparcial; por isto, era comum que se impusessem penas vis e cruéis e sem qualquer limitação. O direito penal e a pena serviriam, portanto, para prevenir não só delitos injustos, mas também outro mal, qual seja, os castigos injustos: “este otro mal es la mayor reacción – informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal* – que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella”⁴⁴⁰.

Por outro lado, os defensores do modelo de justiça restaurativa não entendem o processo histórico que acarretou a separação entre direito penal e civil como evolução, mas como o momento em que o Estado absolutista tomou para si a tarefa de castigar, a fim de fortalecer seu poder. Para tanto, foi necessário excluir a vítima e a reparação como objetivo do processo penal e colocar em seu lugar o castigo, que agora possuía nova legitimação. O delito, para os defensores da justiça restaurativa, é, antes de tudo, um conflito que diz respeito

⁴³⁸ LARRAURI. *La reparación*, pp. 186-7.

⁴³⁹ FERRAJOLI. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, p. 333.

⁴⁴⁰ FERRAJOLI. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, p. 332.

basicamente a interesses privados e se diferencia dos demais somente pela forma de reação. A vítima é vista como autônoma e aceita a intervenção de terceiros (profissionais e Estado), desde que estes não tenham mais poder do que as partes (leigas) ou interfiram de forma a impor a resolução do conflito. O papel do Estado, portanto, é estabelecer o processo para que as partes resolvam seu conflito⁴⁴¹.

É com base nesta diferente análise histórica que os teóricos da justiça restaurativa tendem a apagar a ‘natureza’ diversa do delito em relação aos ilícitos civis, concedendo à vítima papel de destaque e atribuindo à reparação a capacidade de ser resposta legítima ao delito/conflito⁴⁴².

A partir desta visão de que não existe divisão ontológica entre delito e ilícito – visão esta compartilhada pela criminologia da reação social⁴⁴³ e pelo movimento abolicionista – é que se torna possível superar a crítica de privatização do direito penal em razão da inclusão da vítima e do diálogo no sistema de justiça criminal, em busca da reparação do dano. Nesse sentido, destacando o caráter democrático da mediação no âmbito criminal, e contribuindo para a superação das dicotomias público/privado e estado/sociedade⁴⁴⁴, Sica refere que o escopo principal da mediação

⁴⁴¹ LARRAURI. *La reparación*, pp. 186-7.

⁴⁴² LARRAURI. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*, p.455.

⁴⁴³ Ao tratar das teorias da criminalidade que se basearam no *labelling approach*, Baratta afirma que tais teorias abalam os fundamentos da ideologia penal tradicional. Dentre os fundamentos abalados, o princípio da igualdade do direito penal foi posto em xeque, pois as teorias “demonstraram que a criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 113).

⁴⁴⁴ A esse respeito, ao tratar da gestão de novos mecanismos de pacificação social, Azevedo e Vasconcellos referem que “a dicotomia entre público e privado perde espaço, sobreposta pela dinâmica de constituição de uma esfera pública não estatal, onde os agentes do Estado podem atuar como motivadores, facilitadores ou indutores de um processo amplo de mobilização da sociedade civil”. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de e VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *Punição e democracia – em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. 1 ed. Porto Alegre - RS: EDIPUCRS, 2008, v. 1, p. 111.

“é a apropriação ou reapropriação do conflito e não sua privatização, o que pode ser muito bem concebido com uma visão democrática do processo de regulação social, que é o pano de fundo para o surgimento da mediação penal, situando-a num campo bem diverso da privatização”⁴⁴⁵.

Por fim, a natureza pública do direito penal também pode ser discutida frente à extensão e diversidade de condutas abarcadas pelo direito penal, o que impossibilita estabelecer uma característica comum a todos os delitos, como já haviam asseverado os abolicionistas. Questiona-se, assim, que nem todos os delitos seriam de interesse público, existindo os privados e semiprivados, nos quais o interesse maior é da vítima, sem que isso signifique privatizar o direito penal. Também se questiona se o interesse público deve preponderar sobre o da vítima, já que é inegável que é ela quem sofre os danos decorrentes do delito⁴⁴⁶. Pode-se acrescentar, ainda, a questão da criminalização de condutas que dizem respeito à esfera da liberdade individual e, portanto, não deveriam estar no âmbito do direito penal (frente à laicidade do Estado), como por exemplo a criminalização do trabalho sexual ou o uso de drogas.

4.4.5) ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.

Frente às críticas de violação de garantias, não há dúvidas que são necessários limites à justiça restaurativa e, portanto, à sua implementação. Todavia, por estarem baseadas no modelo de justiça criminal e, portanto, em uma racionalidade punitiva, algumas críticas parecem não encontrar sustento após uma análise detida do modelo de justiça restaurativa, principalmente no que tange a seus valores, princípios e práticas. Nesse sentido, vale lembrar que a justiça restaurativa procura orientar-se, principalmente, pela ampla defesa dos direitos humanos, não havendo em seus valores nada que possa ocasionar a violação dos direitos subjetivos do infrator⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 155.

⁴⁴⁶ LARRAURI. *La reparación*, p. 192.

⁴⁴⁷ MORRIS. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*, 445.

Ademais, salienta Larrauri que, por mais que a mediação-reparação tenha problemas, é um exagero entendê-la como uma forma de ‘controle social selvagem’ ou informal. Para esta autora, “la sustitución de una pena impuesta por los jueces por medio de un proceso penal por una sanción penal mediada con la víctima no equivale a afirmar que hay ausencia total de garantías”⁴⁴⁸.

A informalidade da justiça restaurativa decorrente da abertura de seus processos e resultados – que não cumprem formas rígidas estabelecidas em lei –, não impede que existam diretrizes sobre o desenvolvimento dos programas restaurativos, seus objetivos e limites, a exemplo do que dispõem os Princípios Básicos da ONU. Assim, a pluralidade de práticas restaurativas e sua flexibilidade requerem a participação do Estado como garantidor dos direitos dos envolvidos (e não mais como o responsável por adjudicar a culpa ao ofensor e impor-lhe uma punição). Como refere Sica⁴⁴⁹, o controle público na justiça restaurativa é necessário para garantir o caráter estatal da função de controle do crime.

Tal exigência de controle é também destacada pelo penalista Ashworth, que sustenta que enquanto a justiça restaurativa for a prática adotada, “a responsabilidade do estado deveria ser a de impor uma estrutura que garantisse estas salvaguardas aos ofensores – um objetivo não menos importante nestas sociedades onde a legitimidade do Estado é contestada”⁴⁵⁰.

Evidentemente, a estrutura mencionada por Ashworth que garante a preservação dos direitos dos ofensores não poderá ser idêntica à do modelo de justiça criminal. Como leciona Walgrave⁴⁵¹, ao invés de tentar-se adaptar a justiça restaurativa aos princípios da justiça criminal tradicional (como os da igualdade, imparcialidade e proporcionalidade), deve-se adaptar os critérios legais aos princípios da justiça restaurativa.

⁴⁴⁸ LARRAURI. *La reparación*, p. 186.

⁴⁴⁹ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 81.

⁴⁵⁰ No original: “the state’s responsibility should be to impose a framework that guarantees these safeguards to offenders – an aim no less worthy in those societies where state legitimacy is contested.” ASHWORTH. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, p. 582.

⁴⁵¹ WALGRAVE. *Integrating criminal justice and restorative justice*, p. 573.

É inegável que o modelo de justiça restaurativa possui forma extremamente diversa de lidar com o delito/conflito do que o modelo de justiça criminal. Por mais que se saiba que na prática estes diferentes modelos (ou racionalidades) venham a mesclar-se – por vários motivos, dentre eles a forma natural como se encara a punição como a única resposta possível ao delito –, uma das finalidades da justiça restaurativa é superar (ou ao menos reduzir) a punitividade das pessoas e do sistema de justiça criminal por meio da introdução de práticas não-violentas de resolução de conflitos.

Nesse sentido, conforme Sica⁴⁵², frente à crise de legitimidade e de eficiência do direito penal, surge a necessidade de redefinir sua missão, objetivando a integração social, a preservação da liberdade e a ampliação dos espaços democráticos, a diminuição do caráter aflitivo da resposta penal, a superação da filosofia do castigo e a restauração e/ou manutenção da paz jurídica.

Não cabe aqui versar sobre todas estas questões – algumas até mesmo objeto de análise neste trabalho –; intenta-se, tão-somente, apontar a extensão e profundidade das discussões que circundam a questão da implementação da justiça restaurativa que relacionam-se, principalmente, com a necessária mudança do direito penal e sua ‘racionalidade punitiva’⁴⁵³, que não aceita a participação da vítima na resolução do conflito, tampouco considera o delito passível de ser reparado, sendo a punição a única resposta possível.

Ainda segundo Sica⁴⁵⁴, a reintrodução da vítima no processo de resolução de conflitos decorrentes do delito é capaz de relegitimar o

⁴⁵² SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 4.

⁴⁵³ Esta racionalidade punitiva é chamada por Pires de ‘racionalidade penal moderna’. Para este autor, esta racionalidade, da qual fazem parte os discursos justificacionistas do direito penal e da pena (teorias retribucionistas e utilitaristas), assenta-se na necessidade da punição. Explica Pires que: “uma das grandes novidades da época moderna no saber moral e jurídico foi então difundir a convicção de que a punição era não só um mal necessário – no sentido banal de qualquer coisa da qual, em certa medida, não se poderia prescindir – mas um ‘mal necessário’ no sentido pleno da expressão: um mal ao qual é sempre necessário recorrer” (PIRES, Álvaro Penna. *Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. Sociologias. Dossiê Conflitualidade*. Porto Alegre: UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, nº 1, jan./jun., 1999, pp. 81-2).

⁴⁵⁴ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 5.

sistema penal e restabelecer a confiança da coletividade no ordenamento, significando muito mais do que a mera ilusão da prevenção decorrente da aplicação da pena, também sendo eficaz para afastar o direito penal do papel de vingador público. No entanto, tais mudanças passam pela necessidade de aceitar a reparação do dano e a restauração da paz jurídica como finalidades do direito penal.

Devolver o conflito às partes implica, sobretudo

“QUE EL SISTEMA PENAL SE CONFIGURE NO SÓLO COMO UN SISTEMA PENAL MÍNIMO, SINO COMO UN SISTEMA PENAL DE ALTERNATIVAS. Esto es que el propio sistema penal esté en capacidad de tolerar y propiciar que el conflicto social (criminal) SE RESUELVA más allá de su propio sistema (...)”⁴⁵⁵.

4.5) A proposta de implementação da justiça restaurativa no Brasil: considerações sobre o Projeto de Lei nº 7006 de 2006

Neste trabalho apresentou-se o modelo de justiça restaurativa, sua relação com o sistema criminal, o modo como suas práticas vêm sendo aplicadas em diversos países e algumas dificuldades e críticas relacionadas à sua implementação.

Adicionalmente, pretendeu-se analisar de forma breve o contexto brasileiro, tratando da crise (ou falta) de legitimidade do sistema de justiça criminal, da crescente violência e da debilidade da democracia brasileira no que tange ao acesso à justiça e à efetivação dos direitos de cidadania, para compreender (e justificar) a necessidade da busca de formas alternativas de administração de conflitos.

O movimento de justiça restaurativa desenvolve-se há aproximadamente duas décadas. No Brasil, as discussões são bem mais recentes, sendo as primeiras publicações a respeito feitas no ano de 2004⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ BUSTOS y LARRAURI. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, p. 74.

⁴⁵⁶ Tem-se conhecimento da obra publicada pelo Instituto de acesso à justiça (IAJ), intitu-

Os programas implementados no País contam com pouco mais de três anos de experiência e possuem atuação ainda insipiente, o que restringe as condições de avaliação.

É preciso recordar que muitos países optaram por incluir a justiça restaurativa em suas legislações somente após anos de experiências. Em razão da informalidade e flexibilidade dos programas, a institucionalização (mais do que sua implementação, provavelmente) sempre é uma questão controvertida: se por um lado legislar sobre o tema pode impulsionar seu uso e padronizá-lo, por outro existe o risco de limitar-se a diversidade de seus programas.

Uma ampla discussão nacional é imprescindível para que se evite a aprovação de uma legislação falha que tolha o potencial da justiça restaurativa em reduzir os danos causados pelo sistema de justiça criminal, “reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos”⁴⁵⁷ e, ao mesmo tempo, incrementar o acesso à justiça (com qualidade).

Nesse sentido, parece ser importante trazer os questionamentos de Castro sobre o que se pretende com a institucionalização da justiça restaurativa:

“Se, em grande medida, o poder de sedução e o sucesso destes novos dispositivos de justiça informal podem ser atribuídos à fluidez e indefinição conceptual que os caracteriza e que lhes proporciona uma natureza plástica capaz de servir diferentes e até contraditórios objetivos, a existência de um tão amplo consenso deve pelo menos fazer-nos pensar. Que pretendemos com a institucionalização destes dispositivos? Realizar um ideal de justiça comunicacional baseada no diálogo entre o ofendido e o autor da ofensa e, portanto, uma justiça mais próxima, mais participativa e reconstrutiva, ou

lado “Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos”, de 2004; Nos dois anos seguintes duas expressivas obras organizadas pelo Ministério da Justiça procuraram debater amplamente o tema: a primeira, intitulada “Justiça Restaurativa” e a segunda, (que também abordou outros temas), intitulada “Novas direções na governança da justiça e da segurança”. Ainda há que se referir o mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais feito pelo Ministério da Justiça no ano de 2005, que dava destaque à questão do acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos.

⁴⁵⁷ SIC.A. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 37.

responder a objectivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal?”⁴⁵⁸.

Por outro lado, como foi possível constatar pelos temas abordados nas seções anteriores deste capítulo e pela análise dos Princípios Básicos formulados pelas Nações Unidas, existem vantagens para a justiça restaurativa estar regulamentada em lei, principalmente se a regulamentação dispõe sobre os critérios de derivação e como os resultados serão recepcionados pela justiça criminal. Pode-se dizer, inclusive, que o imprescindível é que se regule a recepção dos resultados dos procedimentos restaurativos pela justiça criminal, já que a utilização de programas sem previsão legal é possível, e existem inúmeros exemplos disso.

A esse respeito, refere Sica que a flexibilidade do modelo de justiça restaurativa “deve ser aproveitada, num primeiro momento, para viabilizar programas experimentais com o objetivo de testar a operatividade real da mediação no contexto nacional e aprender com as falhas para, num segundo momento, pensar-se em legislar a matéria”⁴⁵⁹.

Portanto, a importância da regulamentação não pode ignorar a necessidade de amplo debate prévio que leve em consideração as discussões levadas a cabo tanto em nível nacional quanto internacional. Nesse sentido, conforme analisa Castro, deve-se partir de alguns pressupostos relativos à seleção dos casos, aos processos e a avaliação das experiências restaurativas, para se iniciar a pensar na institucionalização de programas de justiça restaurativa e mediação:

- com relação à seleção dos casos para mediação, pontua a autora que “a mediação não é nem pode ser tomada como panacéia universal. Nem todas as situações, mesmo quando configuram crimes de mesma natureza, são susceptíveis de mediação, desde logo pelas condições pessoais dos envolvidos”.
- quanto ao desenvolvimento do processo de mediação, há a “necessidade da diferenciação das abordagens, e, portanto, o evitamento da rotina e burocratização das práticas”.

⁴⁵⁸ CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. *Revista do Ministério Público*, nº 105, ano 27, jan-mar 2006, p. 153.

⁴⁵⁹ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 225.

- finalmente, no que tange à avaliação das experiências e seus critérios orientadores, a autora refere: “É necessário que a avaliação vá para além do inquirir a curto prazo da satisfação dos intervenientes, com todas as ambigüidades que um parâmetro destes coloca, ou que contemple apenas elementos quantitativos relativos aos resultados, descurando a qualidade dos processos”⁴⁶⁰.

Com base nestas orientações – que vão ao encontro do que foi dito ao longo deste trabalho – e com a percepção de que ainda é imprescindível um amplo debate sobre a institucionalização da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro, cumpre analisar alguns dispositivos problemáticos da atual proposta legislativa que pretende introduzir a justiça restaurativa no ordenamento jurídico nacional.

Em 2005, foi encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado a sugestão nº 99/2005 à Comissão de Legislação Participativa. No ano seguinte, tal proposição foi aprovada e transformada no Projeto de Lei nº 7006/06, que propõe sejam acrescentados dispositivos nos Códigos Penal e Processual Penal e na Lei dos Juizados Especiais.

O primeiro problema do projeto aparece ainda em seu artigo 1º, pois este estabelece que a pretensão da lei é regular “o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”.

O termo “facultativo” parece ser problemático se somado ao fato de que o artigo não refere a quais contravenções ou quais crimes a justiça restaurativa possa ser aplicada. Ao não fazer esta referência, cria-se o risco de que sejam encaminhados à justiça restaurativa apenas casos de bagatela, visto que, como ensinam inúmeras experiências, quando não existem regras claras sobre quais casos são passíveis de encaminhamento, a tendência é que juízes, promotores públicos e a polícia encaminhem apenas casos de pouca relevância, buscando não reduzir de seu campo de atuação.

Assim, apesar do critério da quantidade de pena não ser ideal para que o caso seja encaminhado à justiça restaurativa, visto que as

⁴⁶⁰ CASTRO. *O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto*, p. 154.

experiências têm apontado que importam mais as condições e disposição das partes em participar do que propriamente a gravidade do delito cometido, assevera Sica que “não há como fugir da quantidade de pena como um critério inicial, o qual, no entanto, deve servir como marco legal de referência a ser balizado conforme outros critérios”⁴⁶¹.

A quantidade de pena como marco inicial, repisa-se, visa justamente evitar que somente casos de bagatela sejam encaminhados à justiça restaurativa. Todavia, há que se recordar que, no ordenamento penal brasileiro, a proporcionalidade e razoabilidade das penas cominadas aos delitos é bastante falha. Lembra Carvalho⁴⁶² – ao comentar o critério de quantidade de pena para definir infração de menor potencial ofensivo na Lei dos Juizados Especiais – que, após a edição do Código Penal de 1940 (que permanece com sua parte especial original em vigor), criou-se inúmeras Leis Penais Especiais que deram vazão a um sistema penal extravagante e consolidaram a descodificação no âmbito penal. Um de seus efeitos foi a desestabilização dos critérios de proporcionalidade das penas que poderia ser evitada pelo critério do bem jurídico violado.

No mesmo sentido, alerta Azevedo para a inadequação do critério adotado pelos juizados especiais:

“foi feita pelo legislador uma opção pela simplificação, com a adoção do critério do tamanho da pena, não sendo considerada a pertinência ou não da adoção de medidas informalizantes para delitos ou contravenções de natureza absolutamente distinta. Caberia aqui discutir, por exemplo, por que não colocar o delito de furto, em que não há violência contra a pessoa, no âmbito das medias informalizantes, buscando o acordo do autor do fato com a vítima ou a transação penal”⁴⁶³.

⁴⁶¹ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 235.

⁴⁶² CARVALHO. Cinco Teses para Entender a Desjudicialização Material do Processo Penal Brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 101.

⁴⁶³ AZEVEDO. *O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais*, p. 131.

Portanto, há ainda que refletir sobre o critério que deva ser utilizado - o bem jurídico violado ou a quantidade de pena cominada -, sempre levando em consideração que, por um lado, a ausência de disposição (que especifique quais casos são passíveis de encaminhamento) pode limitar o envio de casos à justiça restaurativa (em razão da cultura jurídica conservadora) e que, por outro, a delimitação pode estreitar a possibilidade do emprego da justiça restaurativa em delitos mais graves⁴⁶⁴, por exemplo.

Importa recordar que o artigo 20 dos Princípios Básicos das Nações Unidas alerta para a imprescindibilidade de estratégias e políticas que incentivem o uso da justiça restaurativa por autoridades do sistema criminal, sociedade e comunidade local. Exemplificando especificamente a questão da resistência a mudanças da cultura jurídica, Miers⁴⁶⁵ cita o caso da Alemanha, onde, com o suporte do Ministério da Justiça e da Procuradoria, inúmeros recursos foram dirigidos à implementação de serviços de mediação em diversas cidades, investindo-se em estrutura física e humana. Todavia, as autoridades judiciárias não se convenceram do potencial da mediação e não encaminharam sequer um caso no primeiro ano de implementação.

Assim, é preciso, sem dúvida, uma cultura jurídica que aceite o uso da justiça restaurativa, não restrinja a implementação de programas diferenciados e encaminhe casos para aqueles programas existentes. A esse respeito refere Van Ness⁴⁶⁶ que, para se avaliar o progresso da justiça restaurativa vinculada ao sistema de justiça criminal, mais importante do que a disponibilidade de programas restaurativos é a importância a eles conferida na prática.

Pode-se dizer que outra forma de evitar-se a resistência institucional ao novo modelo - e que parece ser fundamental para o ordenamento brasileiro -, é incorporar na legislação a “obrigatoriedade do decisor fundamentar a sua decisão de não envio de um caso”⁴⁶⁷ para a justiça restaurativa, procurando evitar que o juiz sequer con-

⁴⁶⁴ Deve-se recordar que a possibilidade de envio de casos mais graves ou determinados tipos de delitos que envolvem situações mais complexas (como os delitos de violência doméstica) dependem, sobretudo, da existência de um programa restaurativo adequado, ou seja, preparado para atender aquele tipo de conflito.

⁴⁶⁵ MIERS. *Um estudo comparado de sistemas*, p. 49.

⁴⁶⁶ VAN NESS. *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System*, p. 15.

sidere a hipótese de envio e não se manifeste a respeito. Tal dispositivo, inclusive, corroboraria o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

O artigo 6º do projeto de lei prevê que o núcleo restaurativo seja composto “por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada”. O mesmo artigo refere que a coordenação técnica deverá ser interdisciplinar (com profissionais da área de psicologia e serviço social), com competência para “promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos” (§ 2º). Os facilitadores devem ser especialmente capacitados para a função e pertencer, preferencialmente, às áreas de psicologia e serviço social, sendo que a eles competirá preparar e conduzir o procedimento restaurativo (§ 3º).

O que parece faltar neste artigo é o incentivo para que também sejam capacitados mediadores provenientes da comunidade, condição aconselhável para aproximar a justiça restaurativa da comunidade e evitar que esta seja percebida como mais um serviço pertencente apenas à estrutura judiciária, onde a participação do cidadão é pequena ou inexistente.

Com relação ao encaminhamento do caso ao núcleo de justiça restaurativa, a lei dispõe, em seu art. 4º: “Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa”.

Este artigo parece conter dois problemas: primeiramente, condicionar o encaminhamento do caso à anuência do Ministério Público, mesmo tendo o juiz decidido fazê-lo. Este duplo consentimento sem dúvida significará uma barreira difícil de transpor, frente ao conhecido e preponderante viés punitivo do órgão ministerial. Mais ade-

⁴⁶⁷ GROENHUIJSEN, Marc. O sentido do artigo 10º na decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, p. 111.

quando seria, portanto, condicionar o envio somente a uma autoridade: (a) se o encaminhamento se der antes da apresentação da denúncia, que seja feito pelo órgão ministerial (hipótese em que este deverá deixar de propor ação penal⁴⁶⁸), ou ainda pelo juiz competente em acompanhar o inquérito policial; (b) se ocorrer depois da apresentação da denúncia, antes ou depois do seu recebimento, que seja competência do juiz da causa. Em segundo lugar, há que se ter certo cuidado quanto à utilização da documentação proveniente do processo penal e do inquérito, para que esta não seja utilizada para tornar o processo restaurativo um lugar de reprodução do processo penal, onde o ofensor será acusado e deverá confessar sua culpa. Partindo-se do pressuposto de que há voluntariedade do ofensor em participar do procedimento e esta se relaciona com a necessária admissão de certa participação no fato, não há que se discutir a culpa do ofensor nos termos de um processo penal. O que importa no processo restaurativo não é adjudicar a culpa ao ofensor, mas sim estabelecer o diálogo entre as partes e acordar o que pode ser feito para reparar a vítima e, se possível, promover a (re)integração do ofensor à comunidade.

Os artigos 8º e 9º referem que “o procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos” (art. 8º), e que os princípios a ser observados são os “da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé” (art. 9º).

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade referidos demonstram que as discussões levantadas neste trabalho são de extrema relevância. Nesse sentido, vale recordar que a Recomendação R nº99(19) do Conselho Europeu entende razoabilidade como a relação entre o acordo e a ofensa (delito) e proporcionalidade como a correspondência entre o encargo assumido pelo ofensor e a gravidade da ofensa, ou seja, entende que a reparação não pode ser excessiva. Cumpre ressaltar que, quanto à proporcionalidade, estabelece apenas o critério superior, cabendo à razoabilidade aproximar o delito da reparação adequada.

⁴⁶⁸ Ver comentário a seguir sobre a introdução de dois parágrafos nos artigo 24 do Código de Processo Penal que possibilitam ao agente ministerial optar por não propor ação penal enquanto o caso estiver no núcleo restaurativo.

Todavia, volta-se a alertar para o provável risco de que juízes entendam tais princípios em termos estritamente jurídicos, o que tenderia a desencadear a não homologação do acordo em razão de considerarem-no insuficiente ou desproporcionadamente brando. Por isso, é necessário que se construam, ao menos doutrinariamente, limites superiores aos acordos, preservando-se considerável margem às partes para que decidam o teor da reparação, a fim de evitar a anulação da autonomia das mesmas.

Ainda neste dispositivo tem-se que “o princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes” (§ único). É interessante observar que a confidencialidade é vista somente como forma de proteger a intimidade das partes, mas não é mencionado que é igualmente importante para evitar que fatos que tenham sido abordados nos encontros restaurativos possam prejudicar o ofensor num eventual retorno ao processo penal, chegando ao conhecimento do juiz da causa ou do órgão de acusação. Introduzir na lei a determinação de que o que foi dito no processo restaurativo não pode ser utilizado para piorar a situação do ofensor, que deve permanecer sob a proteção da presunção de inocência num possível processo penal futuro, é relevante para reafirmar a independência do procedimento restaurativo em relação à lógica e à dinâmica do sistema de justiça criminal e garantir os direitos do ofensor.

Os artigos 11 e 12 do projeto prevêm modificações nos artigos 107 e 117 do Código Penal. No art. 107 é acrescentado o inciso X, que prevê a extinção da punibilidade “pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo”.

Nota-se a louvável preocupação em evitar o *bis in idem* com a previsão de extinção da punibilidade assim que o acordo for cumprido. Todavia, não está disposto na lei quais os casos (delitos) que, uma vez cumpridos os acordos, a punibilidade seria extinta, o que deixa grande margem de discricionariedade ao julgador para decidir pela aplicação ou não de tal dispositivo frente ao caso concreto.

Já no art. 117 do Código Penal, é acrescentada mais uma causa de interrupção da prescrição: “VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento”.

Os artigos seguintes do projeto prevêm algumas mudanças no Código de Processo Penal. O artigo 13 prevê o acréscimo de um parágrafo no artigo 10 do referido Código. Tal artigo trata do inquê-

rito e do relatório, que deve ser encaminhado ao juiz competente: “§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo”.

Esta disposição, a princípio, parece não ser problemática, assumindo-se que o encaminhamento será decidido pelo juiz (com a anuência do Ministério Público, conforme o projeto). Todavia, se a prática adotada pelas autoridades policiais for a de desaconselhar o uso de práticas restaurativas, o problema estará criado e haverá o risco de o juiz sequer considerar o envio. Assim, deve-se orientar a autoridade policial a apenas sugerir o envio, caso entenda pertinente, mas evitar a prática de justificar o não encaminhamento, pois esta tarefa deverá ser da competência do magistrado.

Também é proposta a modificação do artigo 24 do Código de Processo Penal (que dispõe sobre o oferecimento da denúncia nas ações públicas), com a introdução dos seguintes parágrafos (art. 14):

“§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo”.

Apesar das críticas levantadas quanto à dupla anuência e a falta de exigência de fundamentação quanto ao não envio do caso, deve-se apontar a positiva exigência de adesão voluntária das partes ao processo restaurativo e a possibilidade de encaminhamento ainda na fase do inquérito, ou seja, antes da existência de ação penal.

De outra parte, não se chega a compreender porque o Ministério Público ‘poderá’ e não ‘deverá’ deixar de propor ação penal enquanto o processo restaurativo estiver em curso. Novamente, conhecendo a cultura jurídica brasileira, a tendência será de que o agente ministerial apresente denúncia e o processo penal aconteça paralelamente ao processo restaurativo, o que, provavelmente, provocará *bis in idem* (caso o processo penal não seja suspenso pelo juiz), resultando que a sentença condenatória se somará ao possível acordo restaurativo. Tendo em vista tais riscos, é aconselhável que o dispositivo substitua o vocábulo ‘poderá’ por ‘deverá’.

A possibilidade de suspensão do processo decretada pelo juiz é introduzida pelo artigo 93 A, também do Código de Processo Penal (art. 15 do projeto de lei); todavia, é igualmente vista como uma ‘faculdade’ do magistrado: “O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas”. Há que se mencionar, quanto a este novo dispositivo, a louvável preocupação de possibilitar o uso de práticas restaurativas durante o processo penal.

Ademais, este dispositivo possibilita que, nos casos em que o Ministério Público opte por apresentar denúncia (ainda que o caso tenha sido encaminhando ao núcleo restaurativo), o juiz possa determinar a suspensão do processo até que se alcance um resultado por vias restaurativas (neste caso, contar com a anuência do Ministério Público parece ser um contrassenso).

O artigo 16 do projeto dispõe sobre a introdução no Código de Processo Penal do Capítulo VIII, que trata sobre o processo restaurativo. Assim, o novo art. 556 do CPP dispõe:

“Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo”.

Neste artigo encontram-se os requisitos para que se possa enviar o caso à justiça restaurativa. Não há dúvidas que este artigo falha em condicionar a decisão do encaminhamento do caso à justiça restaurativa à personalidade e aos antecedentes do ofensor, bem como às circunstâncias e consequências do crime ou contravenção penal. Tal disposição consistirá em barreira praticamente intransponível aos ofensores reincidentes e que tenham cometido delitos com emprego de violência. Nota-se, também, que tais requisitos reproduzem a lógica punitiva do processo penal e perpetuam um direito penal do autor, sendo, portanto, imprescindível suprimi-los.

Para que o caso seja encaminhado ao núcleo de justiça restaurativa, parece ser necessária, como analisado neste capítulo, apenas a

constatação de um suporte mínimo de provas: (a) que indiquem a autoria e materialidade delitiva, visando o não encaminhamento de casos que não configurem delito e o encaminhamento de casos de bagatela; (b) o reconhecimento do fato pelo ofensor; e (c) a voluntariedade das partes em participar. A avaliação mais detalhada sobre a possibilidade de utilização de processo restaurativo para o caso concreto deverá ser procedida pelo núcleo restaurativo e não pelo sistema de justiça criminal.

O novo artigo 560 do Código de Processo Penal possui importante determinação quanto aos casos em que houver desistência ou descumprimento do acordo:

“Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual”.

A disposição do presente artigo é de extrema importância, pois estipula que o insucesso do processo restaurativo será apenas motivo de retomada do curso do processo penal, não podendo ser levado em consideração pelo juiz para agravar a pena do réu ou considerar que houve confissão do fato (preservação da presunção de inocência). Talvez, ainda se pudesse acrescentar um parágrafo neste sentido, referindo que o juiz não poderá valorar (negativamente) o insucesso do processo restaurativo, não significando a participação do ofensor naquele processo confissão do fato.

Ademais, há que se ter cuidado quanto ao retorno precoce do caso ao processo penal. Ou seja, em caso de descumprimento é aconselhável que o núcleo restaurativo procure saber os motivos do incumprimento e analise a possibilidade de conceder nova possibilidade para que ele seja cumprido. Desta forma, evita-se um desnecessário retorno do caso ao processo penal.

O último artigo acrescentado ao Código de Processo Penal dispõe:

“Art. 562 - O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos”.

Este artigo, em seu *caput*, acerta em dispor que o acordo ‘deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final’, evitando que apenas venha a se somar à pena aplicada. Todavia, ainda faltam disposições sobre como recepcionar os acordos conforme o delito (seja pelo critério do bem jurídico violado, seja pelo critério da quantidade de pena). Ou seja, ao existir acordo cumprido, sendo ele relativo a um delito de pequena gravidade, deveria ocasionar a não imposição de pena, servindo para extinguir a punibilidade do ofensor. Em se tratando de um caso de maior gravidade, o acordo cumprido poderia ser valorado de outra forma, por exemplo, contribuindo para a redução da pena aplicada (a exemplo do que dispõe o Código Penal espanhol, analisado no capítulo III).

Todavia, mesmo com a obrigatoriedade de considerar o acordo quando da sentença, Groenhuijsen alerta para uma prática comum que, para ser evitada, deve contar com a fiscalização da defesa:

“O problema é que a maior parte dos juízes tende a calcular o *resultado líquido* da sentença proferida, isto é, acabam por adicionar o “desconto” obrigatório à sentença que originalmente tinham em mente e subtraem-no a seguir, em desobediência à lei, alcançando assim o objectivo que pretendiam”⁴⁶⁹.

Por fim, a lei dos juzgados especiais também passa por alterações, dentre elas a redação dos artigos 62, 69 e 79. O primeiro passa a ter a seguinte redação: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas”.

Apesar de os artigos seguintes, modificados pelo projeto, deixarem claro que os juzgados apenas serão a ‘porta de entrada’ da justi-

⁴⁶⁹ GROENHUIJSEN. *O sentido do artigo 10º na decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação*, pp. 111-112.

ça restaurativa, sendo o caso encaminhado ao núcleo restaurativo, há que se refletir acerca dos princípios orientadores dos juizados especiais criminais. A simples adição da expressão ‘uso de práticas restaurativa’ não parece ser suficiente para alterar o caráter dos juizados especiais, sabidamente voltado para a economia processual e a celeridade do processo. A busca pela produtividade extrema e o princípio da celeridade assumido pelos juizados especiais aparecem como obstáculos à reparação da vítima e à opção por processos que realmente visem ao diálogo entre as partes. Como já se referiu, os processos restaurativos, dentre eles a mediação penal, não têm como característica a celeridade e, por isso, não podem ser transformados de forma utilitarista em instrumentos que procurem reduzir a carga de processos dos tribunais⁴⁷⁰. Portanto, o cuidado para que não sejam distorcidos os princípios e valores restaurativos deve ser extremo.

Cabe lembrar que uma das exigências fundamentais da mediação (que pode ser estendida a outras práticas restaurativas) é o tempo, e este não pode ser sacrificado em nome ‘da economia processual e celeridade’. Conforme leciona Castro, o tempo exigido é o

“tempo de discussão, de compreensão, de comunicação e de decisão, de responsabilização e de reparação. Ora, dificilmente estas condições se compatibilizam com uma perspectiva que apenas olhe para estes processos alternativos de resolução de conflitos como formas de acelerar procedimentos e de lutar contra a lentidão e sobrecarga do sistema de justiça”⁴⁷¹.

No artigo 69 da Lei 9.099/95 é acrescentado o parágrafo 2º, com a seguinte redação: “A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo”. Aqui somente cabe remeter aos comentários anteriormente feitos quanto à mesma função conferida à autoridade policial nos procedimentos envolvendo delitos ao invés de contravenções.

⁴⁷⁰ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 127.

⁴⁷¹ CASTRO. *O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto*, p. 153.

Este dispositivo parece comportar mais vantagens do que desvantagens, frente ao tipo de contravenções penais que costumam ingressar nos juizados especiais criminais⁴⁷² e em razão de certa predisposição cultural para aceitar uma solução consensual para os delitos cuja pena máxima não ultrapasse dois anos⁴⁷³. Nesse sentido, acredita-se que a resistência da autoridade policial em encaminhar os casos à justiça restaurativa será menor.

Finalmente, no art. 76, que dispõe sobre a transação penal, também é acrescentado um parágrafo: “§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa”.

Espera-se, com este dispositivo, que o agente ministerial opte por officiar pelo encaminhamento do caso ao núcleo restaurativo ao invés de propor a transação penal. Todavia, diante de um instituto como o da transação penal – onde o agente ministerial pode propor uma pena sem processo ao ofensor – há o risco de que o ofensor se veja diante de forte pressão (mesmo que velada) para ‘escolher’ a transação⁴⁷⁴ (que também é do interesse do promotor, na medida em que o caso é encerrado) e, assim, evadir-se do processo e dos antecedentes criminais, ao invés de optar pelo procedimento restaurativo.

Lembre-se que, diante da transação, o ofensor é também “coagido pela eminência do processo criminal”⁴⁷⁵ e não desfruta, portanto,

⁴⁷² Segundo estudo feito por Azevedo, nos dois primeiros anos de implementação (1996-1997) dos juizados especiais criminais de Porto Alegre, “a maioria dos delitos de menor potencial ofensivo é originária de situações de conflitos entre vizinhos (41%), entre cônjuges (17%), entre parentes (10%), ou em relacionamentos entre consumidor e comerciante (10%). Além destes, foram também encontrados conflitos na relação entre patrão e empregado (8%), brigas eventuais em locais públicos entre desconhecidos (5%), e ainda alguns conflitos de trânsito (5%), embora a grande maioria dos delitos de trânsito tenha retornado às Varas Criminais, com a elevação das penas previstas pelo novo Código Nacional de Trânsito” (AZEVEDO. Juizados Especiais Criminais. Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2001, vol.16, n. 47, p. 105).

⁴⁷³ SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 227.

⁴⁷⁴ A transação penal se assemelha, como mencionado anteriormente, ao *plea bargaining* do direito anglo-saxão, pois impõe “uma ‘negociação’ forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação” (SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 132).

⁴⁷⁵ SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de*

de posição de igualdade para com quem lhe oferece a transação (Ministério Público). Sua escolha está entre aceitar uma pena sem processo ou passar pelo processo penal e correr grande risco de ser condenado – em razão do possível pré-julgamento do magistrado⁴⁷⁶ – e receber pena mais alta do que a proposta pelo promotor.

Assim, diante da dificuldade de compatibilizar lógicas tão distintas, e frente ao risco de que o Ministério Público primeiro tente a transação para somente depois, caso esta não tenha sido aceita pelo ofensor, proponha o encaminhamento à justiça restaurativa, Gomes Pinto⁴⁷⁷ propõe uma pertinente saída: na fase preliminar do procedimento do juizado, quando é oportunizada a composição dos danos, poder-se-ia encaminhar o caso a um núcleo de justiça restaurativa, contanto que presentes os requisitos jurídicos mínimos (objetivos e subjetivos), como por exemplo, relevância penal do fato, autoria e materialidade delitivas minimamente comprovadas. Da mesma forma, quando cabível a suspensão condicional do processo (delitos com pena mínima igual ou inferior a um ano), o caso poderia ser enviado pelo juiz, no momento do recebimento da denúncia, a um programa de justiça restaurativa, sendo que as partes poderiam acordar, nos encontros restaurativos, as condições da suspensão (interpretação esta autorizada pelo § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95). Ademais, o mesmo artigo prevê a reparação do dano como condição para a suspensão condicional do processo e a extinção da punibilidade com o cumprimento das condições acordadas (§ 1º, inciso I e § 5º)⁴⁷⁸.

gestão do crime, p. 228.

⁴⁷⁶ É importante recordar que o juiz que presidiu a tentativa de conciliação e a proposta frustrada de transação ministerial será o mesmo que irá julgar o processo. Nesse sentido, Lopes Jr. alerta que este juiz “está claramente contaminado e será imenso o prejuízo causado pelo pré-juízo. Não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial, acabará fulminando – *initio litis* – no (in)consciente do juiz, a própria presunção de inocência, principal sustentáculo do garantismo processual” (LOPES JR. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, pp. 123-124).

⁴⁷⁷ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In: Slakmon, C., R. De Vito e R. Gomes Pinto (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 30-32.

⁴⁷⁸ Esta última possibilidade de utilizar-se a justiça restaurativa ao tempo da suspensão do processo também é defendida por Sica (SICA. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 229).

Por fim, perante estas questões problemáticas do projeto de lei em tramitação, reafirma-se a necessidade de maiores discussões a respeito da institucionalização da justiça restaurativa no Brasil. Sem dúvida, é imprescindível que certos elementos constem em lei, em razão de fatores como a resistência institucional, a necessidade de preservar os direitos e garantias fundamentais dos ofensores, o evitamento do *bis in idem*, etc. Contudo, a solução não está em inserir inúmeros dispositivos que pretendam abarcar todas as hipóteses que envolvem o uso da justiça restaurativa. Pode-se, sim, optar por uma legislação enxuta que deixe margem aos programas restaurativos para escolherem os casos que poderão ser trabalhados, ao mesmo tempo que reduza a discricionariedade judicial no envio de casos aos programas restaurativos e no momento da valoração do acordo cumprido.

Conforme Groenhuijsen⁴⁷⁹, é necessário discutir-se e prever (preferencialmente em lei) elementos como: (1) os tipos de casos que podem ser solucionados fora do tribunal, e sob quais condições; (2) os limites temporais entre o delito e o processo restaurativo para que esse ainda seja opção viável – que também não devem descuidar da relação delito-prescrição e do tempo que tem o ofensor para cumprir o acordo; (3) as consequências das diferentes modalidades de programas restaurativos, devendo estar claro, por exemplo, que cumprido o acordo restaurativo e arquivado o processo criminal, este ato terá o mesmo efeito de uma decisão judicial, fazendo coisa julgada.

Questões como estas não possuem resposta definitiva e dependem de intenso diálogo (em nível local, regional e nacional, comunitário e governamental), na busca de algum consenso que possa orientar a institucionalização da justiça restaurativa visando promover mudança significativa no sistema de justiça criminal. Lembre-se que durante a construção desde debate, as lições fornecidas pela prática dos programas em andamento possuem papel fundamental na busca de melhores caminhos para a justiça restaurativa no Brasil.

⁴⁷⁹ GROENHUIJSEN. O sentido do artigo 10º na decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação, p. 112.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas quanto à relevância da problemática da violência nas sociedades contemporâneas. A busca por meios capazes de reduzir a conflitualidade social ou, pelo menos, a violência da resposta estatal (punitiva), tem sido cada vez mais elevada, principalmente nas últimas duas décadas, em virtude de uma série de fatores, dentre os quais se pode citar: o aumento da violência, a ‘crise’ de legitimidade do sistema de justiça criminal e a mudança do papel do Estado. É neste contexto que se insere a proposta da justiça restaurativa.

A partir dos ensinamentos da criminologia da reação social e crítica, desenvolveram-se movimentos como o garantismo penal e o abolicionismo, que propõem estratégias diferenciadas para lidar com a questão do delito. O primeiro reconhece a necessidade de manutenção do sistema penal para prevenir delitos e a vingança privada, e baseia-se na ideia de um direito penal mínimo que pretende resguardar as garantias individuais do acusado.

Já o segundo desempenhou importante papel no desenvolvimento do movimento restaurativo. Busca superar a pena de prisão e as tradicionais formas punitivas, chegando a propor a abolição do próprio sistema penal. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Além de desconstruírem a noção de que o delito possui uma realidade ontológica, pois é apenas expressão de conflitos sociais, problemas, etc., também revelam que o direito penal é incapaz de auxiliar na resolução de tais conflitos, pois não evita delitos e não ajuda o ofensor e a vítima. O abolicionismo, portanto, defende a reapropriação do conflito pela vítima e ofensor, permitindo à comunidade recuperar sua capacidade de solucionar conflitos ou que possa encaminhá-los para o âmbito do Direito civil.

A vitimologia foi igualmente responsável pela construção de significativas ideias da justiça restaurativa. Apresentou críticas ao

sistema de justiça criminal e revelou sua incapacidade para atender às necessidades das vítimas. Constatou, portanto, que o direito penal havia esquecido da vítima ao tratar apenas da ‘proteção de bens jurídicos’, negligenciado o dano causado pelo delito e a necessidade de reparação. Da mesma forma, o processo penal havia esquecido da vítima ao afastá-la e não proteger seus direitos.

Pode-se dizer, portanto, que o abolicionismo e a vitimologia foram responsáveis pelas críticas mais contundentes ao sistema de justiça criminal, e também contribuíram para o desenvolvimento das propostas da justiça restaurativa.

O modelo de justiça restaurativa, como se pôde observar, não possui estrutura rígida nem detém um conceito fechado, e comporta valores, princípios, meios e finalidades diversas das do modelo de justiça criminal. Enfatiza, dentre outras coisas, o dano sofrido pela vítima e as necessidades dele decorrentes, a responsabilização do ofensor para que repare o dano, o empoderamento das partes envolvidas e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito.

Visa, além disso, reduzir a imposição de penas (principalmente a privativa de liberdade), com a introdução de práticas restaurativas como a mediação, as conferências de família e os círculos restaurativos, formas estas que possibilitam o diálogo entre as partes e de maneira mais ampla, entre estas e a comunidade, por meio de comunicação não-violenta e da observância de valores como a não-dominância, escuta respeitosa, preocupação igualitária com os envolvidos, empoderamento, etc.

Como bem refere Zaffaroni⁴⁸⁰, com relação às diferenças do modelo de justiça restaurativa e de justiça criminal, enquanto o primeiro pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, o segundo busca apenas decidi-los, estendendo a margem de atos unilaterais de poder, solucionando menos conflitos e deteriorando a coexistência.

Contudo, o fato da justiça restaurativa não visar à punição do ofensor e sim sua responsabilização através da reparação não quer

⁴⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 101.

dizer que não deva ser de alguma forma limitada. Isto porque, mesmo sendo a reparação outro tipo de censura ou forma de responsabilização, não se pode negar que ela também comporta certo grau de onerosidade para o ofensor.

Neste sentido, é pertinente a observação feita por Von Hirsch, Ashworth e Shearing de que o ofensor não pode optar por simplesmente não responder ao delito/dano, pois alerta para a necessidade de que existam limites ao acordo restaurador. Esta necessidade, advém, também, do fato de que nem sempre será possível afastar-se o punitivismo da justiça restaurativa e construir, na prática, uma precisa divisão entre o modelo punitivo e o restaurativo.

Em razão da exigência de limites, mostrou-se necessário avaliar as duas grandes posições teóricas a respeito do lugar da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal (perspectivas maximalista e minimalista), bem como os sistemas descritos por Van Ness, buscando verificar qual a melhor forma de articular os dois modelos, evitando que restem prejudicadas as garantias do ofensor.

Frente às proposições de maximalistas – que defendem a justiça restaurativa inserida no sistema de justiça criminal, preocupam-se com os resultados restaurativos e, portanto, aceitam que a reparação da vítima seja imposta ao ofensor – e de minimalistas – que optam por manter a justiça restaurativa afastada do sistema criminal, pois acreditam que assim é possível mudá-lo sem, contudo, aderir à lógica punitiva do sistema criminal e primam pelos processos restaurativos, mais do que pelo possíveis resultados –, entende-se que a opção que mais atende às exigências de não-violação de garantias e que comporta menores riscos para os implicados parece ser a intermediária a estas duas propostas.

Isso implica dizer que a justiça restaurativa não deve substituir o processo penal e a pena, mas atuar de forma complementar, possibilitando outra resposta penal que não a punitiva; todavia, deve possuir certa autonomia em relação ao sistema criminal, em razão de sua lógica distinta.

Ainda a esse respeito, cabe destacar que se discorda da escolha dos teóricos maximalistas de possibilitar a imposição da reparação, com a justificativa de ampliar o uso da justiça restaurativa. Um dos

componentes fundamentais desta justiça é a voluntariedade das partes de engajarem-se na busca de solução para o conflito. Mesmo que esta voluntariedade não seja plena – principalmente porque o sistema penal, de alguma forma, exercerá certo constrangimento –, ela deve ser preservada, dentre outros motivos, para que se evite que o modelo restaurativo incorra em erros similares aos do modelo reabilitador, ou seja, acreditar que a imposição da reparação é feita para o bem daqueles envolvidos no conflito e que, portanto, não significa a imposição de uma punição.

Ainda no campo teórico, optou-se por abordar os princípios básicos da justiça restaurativa elaborados pelas Nações Unidas antes de analisar os momentos em que as práticas restaurativas podem e estão sendo utilizadas em diversos países, bem como elucidar quais são as práticas mais utilizadas e em que consistem, em razão da necessidade de confrontar os postulados teóricos – sejam eles oriundos dos princípios da ONU ou da literatura que versa sobre o tema analisado – com o que vem acontecendo na prática.

Pode-se dizer que tais princípios são norteadores quando se trata da implementação e institucionalização da justiça restaurativa, pois salientam fatores imprescindíveis para o bom uso e funcionamento das práticas restaurativas, a saber: o consentimento informado, a voluntariedade, a confidencialidade, a manutenção da presunção de inocência (na hipótese do caso retornar à justiça criminal), o estabelecimento de regras de envio de casos para os programas e o reconhecimento do acordo cumprido com força de coisa julgada.

Superada a teoria, cumpriu analisar as práticas restaurativas e os momentos de sua aplicação, do que pôde se concluir, primeiramente em relação ao momento de sua utilização, que se deve privilegiar encaminhamentos anteriores ao oferecimento da ação penal, evitando-se, desta forma, o processo penal, ou então logo nas primeiras fases deste, a fim de ver extinta a punibilidade do ofensor e obstaculizados o *bis in idem* e a revitimização.

No entanto, programas que estejam disponíveis ao longo do processo penal não devem ser negligenciados, visto que possibilitam que as partes optem, frente à hipótese de ter seu caso encaminhado à justiça restaurativa, por resolver o conflito sem ter que recorrer a uma punição. Nesse sentido, também é fundamental que sejam regulamentadas as formas de recepção dos acordos restaurativos pela

justiça criminal, objetivando, principalmente, a efetiva redução do uso da pena de prisão.

Finalmente, quanto às práticas, foi possível constatar a real flexibilidade da justiça restaurativa, capaz de introduzir mecanismos que auxiliam na construção do processo de justiça, e permitir a constante transformação das práticas conforme as necessidades dos casos concretos, através, por exemplo, da introdução de mediadores, da mediação indireta e da substituição da vítima por outra em casos graves, por exemplo.

Também mostrou-se imprescindível abordar, ainda que de forma extremamente sucinta, uma das experiências brasileiras com a justiça restaurativa, desenvolvida na justiça penal de menores, em Porto Alegre. A avaliação possibilitou verificar que alguns problemas teóricos reproduziram-se na prática, a exemplo da forma de articulação da justiça restaurativa com o sistema criminal e suas consequências. A deficiência encontrada decorre do fato do programa encontrar-se demasiadamente inserido na estrutura judiciária, o que pode comprometer sua capacidade de introduzir mudanças no sistema.

A esse respeito, Raupp e Benedetti⁴⁸¹ observam que a justiça restaurativa possui dois grupos de finalidades, que estão interligadas: as institucionais e as político-criminais. As primeiras visam ao aperfeiçoamento da administração da justiça criminal, pretendendo responder à sua crise de legitimidade. Já as segundas almejam transformar o tratamento reservado ao delito e veem na justiça restaurativa uma importante ferramenta de intervenção social, voltada para a transformação. Contudo, alertam as pesquisadoras, é preciso cuidado para que as primeiras não inviabilizem o desenvolvimento das segundas, nas hipóteses em que a justiça restaurativa estiver inserida no sistema de justiça criminal de tal forma que venha somente reforçar suas instituições, sem ser capaz de introduzir efetiva mudança em seu funcionamento.

Além de analisar a experiência, buscou-se verificar os caminhos da implementação (e institucionalização) da justiça restaurativa no Brasil. Para tanto, analisaram-se as críticas que costumam ser dirigi-

⁴⁸¹ RAUPP e BENEDETTI. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*, pp. 5 e 21.

das à justiça restaurativa quanto à extensão da rede de controle, a violação das garantias jurídicas e a participação da vítima no enfrentamento do conflito.

Assinala Caldeira que “uma vez que as pessoas se voltam para maneiras ilegais e privadas de lidar com o crime, o crime e a violência são removidos da esfera na qual pode haver uma mediação legítima e ampla de conflitos, isto é, aquela do sistema judiciário”⁴⁸². Todavia, para que este sistema exerça tal função, ele deve ter legitimidade.

Portanto, para avaliar a implementação da justiça restaurativa no contexto nacional, foi preciso, preliminarmente, analisá-lo no que tange à falta de legitimidade do sistema de justiça criminal e sua ineficiência para administrar a conflitualidade social. Tal incapacidade, somada à crescente violência social e ao desrespeito aos direitos civis, impõem ao sistema de justiça criminal o desafio de reestruturar-se e buscar alternativas.

Nesse sentido, verificou-se que o projeto da justiça restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial brasileiro, que busca ajustá-lo ao contexto democrático. A justiça restaurativa passa a ser uma alternativa para (re)legitimar o sistema de justiça criminal, mediante a qualificação da administração da justiça e a introdução da possibilidade de resolver o conflito de forma não-violenta.

A seguir, frente às vantagens que a introdução da justiça restaurativa no Brasil comporta, passou-se à análise de suas críticas. Quanto à crítica de extensão da rede de controle formal, viu-se ser possível evitá-la, por exemplo, mediante critérios de derivação que excluam casos de bagatela e casos que não possuam o mínimo suporte probatório acerca da autoria e materialidade delitivas e reduzam a discricionariedade na decisão do envio dos casos aos programas restaurativos.

A justiça restaurativa deve atuar, portanto, de forma a diminuir o número de casos encaminhados ao sistema punitivo, reduzir a aplicação de sanções punitivas e, acima de tudo, de forma a incrementar o acesso à justiça com qualidade.

Em relação à discussão sobre a violação das garantias (igualdade ou coerência dos castigos, proporcionalidade e imparcialidade) e

⁴⁸² CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2003, 2ª ed., p. 205.

a participação da vítima na resolução do conflito (acarretando a privatização do mesmo), percebe-se que algumas críticas são de extrema importância, pois ressaltam a necessidade dos limites dos acordos restaurativos, como é o caso da crítica ao princípio da proporcionalidade. Todavia, de forma geral, as críticas ao modelo restaurador parecem não subsistir mediante os argumentos do modelo restaurativo (apoiados na prática dos dois modelos). Ademais, as críticas estão fortemente baseadas nos parâmetros do modelo retributivo, ou seja, ancoram-se na racionalidade penal moderna que não (con)cede espaço a respostas diferentes das atualmente dadas pelo direito penal ao delito .

Assim, cabe ressaltar, não se pode pensar que não existam garantias no modelo restaurativo. Conforme leciona Larrauri, a discussão não deve se centrar nas hipóteses opostas de ‘com ou sem garantias’. Na verdade, deve-se partir da premissa de que garantias são necessárias e imprescindíveis, mas

“ello no implica asumir el derecho penal en su forma actual, que se caracteriza no sólo por asegurar unas garantías sino por estar presidido por el objetivo de castigar en vez de solucionar o neutralizar el conflicto, por imponer unas penas al infractor que consisten en privarle de libertad y por negar autonomía a la víctima”⁴⁸³.

As questões analisadas neste trabalho pretenderam englobar perspectivas práticas e teóricas relacionadas às diferentes formas de articulação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal e à sua implementação, principalmente no contexto brasileiro.

Por este motivo e visando contribuir com os debates acerca da implementação (e institucionalização) da justiça restaurativa no País, optou-se, ao final do trabalho, por analisar o Projeto de Lei nº 7006/6, que propõe a introdução de dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de regular o uso de práticas restaurativas em conjunto com a justiça criminal. Ocorre que, como se pretendeu demonstrar, tal projeto possui inúmeras questões problemáticas que

⁴⁸³ LARRAURI, Elena. Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Boletim Oficial del Estado, n. L, jan., 2007, p. 140.

demandam debates mais amplos para serem sanadas, para que então se possa pensar na institucionalização da justiça restaurativa como instrumento capaz de promover uma significativa mudança no sistema de justiça criminal.

Contudo, acredita-se que a necessidade de maiores debates acerca do tema não obsta que o uso da justiça restaurativa siga sendo ampliado, isso equivale dizer que, para além da questão da regulamentação legal, deve haver incentivos institucionais e comunitários ao desenvolvimento de projetos ou programas que visem implementar a justiça restaurativa como forma alternativa de resolução de conflitos. Isso porque, quando o tema é justiça restaurativa, sem dúvida a prática tem muito a ensinar à teoria.

Portanto, ainda que não haja consenso sobre quais os pontos da justiça restaurativa devam estar regulados legalmente, sua implementação através de programas que sejam capazes de contemplar parcerias com instituições estatais ou ligadas a estas (Poder Judiciário, Poder Executivo, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, etc.) serão capazes de viabilizar a introdução da justiça restaurativa, ainda que de forma pontual, no cenário nacional e desempenhar, assim, papel fundamental na construção dos caminhos da justiça restaurativa no País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AERTSEN, Ivo. The intermediate position of restorative justice: the case of Belgium. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, Tom and ROBERT, Luc. *Institutionalizing Restorative Justice*. Portland, Oregon, USA: Willan Publishing, 2006, pp. 68-92.
- AGUINSKY, Beatriz Gershenson et al. A introdução das práticas de justiça restaurativa no sistema de justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: Notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do programa justiça para o século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- ASHWORTH, Andrew. Responsibilities, Rights and Restorative Justice. *The British Journal of Criminology*, Special Issue, v. 42, nº 3, 2002, 578-595.
- AZEVEDO, Rodrigo G. e FAGUNDES, Andréa Lucas. A municipalização da segurança pública no Brasil: pressupostos teóricos e critérios para a implementação de políticas públicas de segurança. *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: NOTADEZ, ano VII, nº 26.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de e VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Punição e democracia – em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social. In: Ruth Maria Chittó Gauer. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. 1 ed. Porto Alegre - RS: EDIPUCRS, 2008, v. 1, p. 111.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais. Uma

- abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2001, vol.16, n. 47, p. 103. Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n47/7722.pdf>» Acessado em: 10/11/2007.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, pp. 109-139.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restauradora em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 491-520.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 11
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2007.
- BOUTELLIER, Hans. The vital context of restorative justice. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, Tom and ROBERT, Luc. *Institutionalizing Restorative Justice*. Portland, Oregon, USA: Willan Publishing, 2006.
- 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.
- BRAITHWAITE, John. Restorative Justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. In: TONRY, M. (ed). *Crime and Justice, A review of research*. Chicago: University of Chicago Press, nº 25, 1999, pp. 1-127.
- BRANCHER, Leoberto. Apresentação: coordenação do Projeto Justiça para o Século 21. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.
- BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*. Barcelona: PPU, 1993.

- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2003, 2ª ed.
- CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CAPITÃO, Lúcia e ROSA, Lucila C. da. A trajetória da FASE em sua conexão com a Justiça Restaurativa. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar. La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Madrid, marzo de 1999, nº 34, pp. 69-86.
- CARVALHO, Cinco Teses para Entender a Desjudicialização Material do Processo Penal Brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- CARVALHO, Salo de. A ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de. Intervenção. Mesa 2: A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia (org.) *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2ª ed.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.
- CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elemen-

- tos de reflexão. *Revista do Ministério Público*, nº 105, ano 27, jan-mar 2006.
- CERETTI, Adolfo e MANZONI, Grazia. *Più riparazione meno pena*. Disponível em: «<http://www.galileonet.it/dossier/2048/piu-riparazione-meno-pena>». Acessado em: 21/06/2008.
- CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In: A. Eser, H. J. Hirsch, C. Roxin, N. Christie, et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, pp. 157-182.
- CID, José e LARRAURI, Elena. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.
- Código Penal Espanhol*, 2005.
- DALY, Kathleen. Mind the Gap: Restorative Justice in Theory and Practice. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.
- DIGNAN, Jim. Towards a Systemic Model of Restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints. In: 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. 135-156.
- DUFF, Antony. Restoration and Retribution. In: 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. 59-43.
- ECHANO, Juan Ignacio. ¿Hay lugar para el perdón en el Derecho Penal? In: ECHANO, Juan Ignacio (Coord.). *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.
- FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. *Principios de*

- Criminología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., 2001.
- GIMENEZ-SALINAS, Esther. La justicia reparadora. *Prevenió. Quaderns d'estudi i documentació*. Barcelona, 1996, pp. 35-43.
- GREEN, Simon. 'The victims' movement and restorative justice. JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 171-191.
- GRIFFIN, Diarmuid. *Restorative Justice, Diversion and Social Control: Potential Problems*. National University of Ireland, Galway, 2005. Disponível em: «<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/griffindiarmuid>». Acessado em: 2.09.2008.
- GROENHUIJSEN, Marc. O sentido do artigo 10º na decisão-quadro e perspectivas para a sua implementação. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003.
- HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001.
- HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989.
- HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997.
- JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 163-188.
- JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 5-23.
- KURKI, Leena. Evaluating Restorative Justice Practices. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 293-314.
- La mediació Penal. Boletim *Invesbreu*, nº 25, maio de 2003. Disponível em: «http://www20.gencat.cat/docs/Adjucat/Documents/ARXIU/doc_40332658_1.pdf». Acessado em: 10/04/2008.

- LARRAURI, Elena. Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Boletín Oficial del Estado, nº L, jan., 1997, pp. 133-168.
- LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología Crítica*. Madrid: Siglo XXI de España; México D. F.: Siglo XXI Editores, 2000.
- LARRAURI, Elena. La reparación. In: CID, José e LARRAURI, Elena (orgs.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 171-195.
- LARRAURI, Elena. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). *SERTA In memoriam Alexandri Barratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, pp. 439-464.
- LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarentista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.
- MAFFESOLI, Michel. *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. São Paulo: Zouk, 2003.
- MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: an overview*. Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999. Disponível em: <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>>. Acessado em: 15.08.2008.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Temis, 1995.
- MIERS, DAVID. The international development of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 447-467.
- MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, pp. 45-60.
- MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 439-472.
- NEUMAN, Elías. *Mediación Penal*. Buenos Aires: Universidad, 2ª ed., 2005.

- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005.
- OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: Slakmon, C., R. De Vitto e R. Gomes Pinto (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- PELIKAN, Christa. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, pp. 73-77.
- PEMBERTON, Antony. A vítima “activa” na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima. In: *Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal*. Lisboa, set. de 2003, pp. 97-108.
- PETERS, Tony e AERTSEN, Ivo. Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, nº 8, Extraordinario, diciembre, 1995, pp. 129-146.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: Slakmon, C., R. De Vitto e R. Gomes Pinto (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias. Dossiê Conflitualidade*. Porto Alegre: UFRGS – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, ano 1, nº 1, jan./jun., 1999.
- PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.
- Programa de mediación y reparación en la justicia penal*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Jovenil. Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives. Mayo, 2003.
- RAUPP, Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justi-

- ça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1.
- RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. Restorative processes. In: *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 211-227.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005, pp. 157-218.
- ROBINSON, Gwen and SHAPLAND, Joanna. Reducing Recidivism: A task for restorative justice? *British Journal of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, fev. de 2008, n 48, pp. 337-358.
- ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 75-90.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.
- ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa*. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 25 jan. 2004.
- SAN MARTÍN LARRINOVA, María Begoña. La mediación como fórmula de tratamiento de conflictos penales e sociales. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, nº 11, Extraordinario, diciembre, 1997, pp. 79-85.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999.
- SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 315-338.
- SCHUCH, Patrice. *Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da “Justiça Restaurativa” no Brasil*. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.
- SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. In: *Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos*. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, pp. 33-43.

- SHARPE, Susan. The Idea of reparation. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 24-40.
- SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. London: The Smith Institute, 2007. Disponível em: «http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/aMais_amplaPesquisA.pdf». Acessado em: 10.07.2008.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006.
- TAMARIT, Josep M. ¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? In: TAMARIT, Josep M. (coord.). *Estudios de victimología*. Actas del I Congreso español de victimología. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.
- TODESCHINI, Tânia Benedetto et al. Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre – CPR-JIJ: aplicação da Justiça Restaurativa em processos judiciais. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Programmes*. Criminal Justice Handbook Series, New York: United Nations, 2006. Disponível em: «http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf». Acessado em: 20.06.2008.
- VAN NESS, Daniel W. Proposed Basic Principles on the Use of Restorative Justice: Recognising the Aims and Limits of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 157-176.
- VAN NESS, Daniel W. *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System*, pp. 13-15. Disponível em: «<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/vanness9>». Acessado em: 23.08.2008.
- VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

- Von HIRSCH, A., ASHWORTH, A., SHEARING, C. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: : A 'Making Amends' Model? In: 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. 21-41.
- WALGRAVE, Lode. Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. In: 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. 61-78.
- WALGRAVE, Lode. Integrating criminal justice and restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 559-579.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, ano 2, n. 4, 2o sem.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.
- ZEHR, Howard. Avaliação e princípios da justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 411-418.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZERNOVA, Margarita; WRIGHT, Martin. Alternative visions of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 91-108.
- ZWINGER, Georg. Restorative justice practice and its relation to the criminal justice system. In: *Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*. Oostende, Belgium, 2002, pp. 80-90.

Relação das Monografias Publicadas

- 1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
■ Rui Carlos Machado Alvim
- 2 - *A Condição Estratégica das Normas*
■ Juan Félix Marteau
- 3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
■ Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- 4 - *Conversações Abolicionistas*
- *Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
■ Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva
- 5 - *O Estado e o Crime Organizado*
■ Guaracy Mingardi
- 6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
■ Stella Maris Martinez
- 7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
■ Joe Tennyson Velo
- 8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
■ Flávia Schilling
- 9 - *Do Gene ao Direito*
■ Carlos Maria Romeo Casabona
- 10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
■ Andrei Koemer
- 11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
■ Anabela Miranda Rodrigues
- 12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
■ Joana Domingues Vargas
- 13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
■ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 14 - *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
■ Theodomiro Dias Neto

- 15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
■ Tadeu Antonio Dix Silva
- 16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
■ Benedito Roberto Garcia Pozzer
- 17 - *Os Filhos do Mundo*
- *A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*
■ Gutemberg Alexandrino Rodrigues
- 18 - *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*
■ Gisele Mendes de Carvalho
- 19 - *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*
■ José Ricardo Ramalho
- 20 - *Os Justicadores e sua Justiça*
- *Linchamentos, Costume e Conflito*
■ Jacqueline Sinhoretto
- 21 - *Bem Jurídico-Penal*
- *Um Debate sobre a Descriminalização*
■ Evandro Pelarin
- 22 - *Espaço Urbano e Criminalidade*
- *Lições de Escola de Chicago*
■ Wagner Cinelli de Paula Freitas
- 23 - *Ensaaios Criminológicos*
■ Adolfo Ceretti, Alfredo Verde,
Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti,
Grazia Arena, Massimo Pavanini,
Silvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero
- 24 - *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 25 - *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*
- *Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*
■ Marcos César Alvarez
- 26 - *Iniciativa Popular*
■ Leonardo Barros Souza
- 27 - *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*
Débora Regina Pastana

- 28 - *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime - Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*
■ Ana Paula Soares da Silva
- 29 - *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juizes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
■ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer
- 30 - *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
■ Luciano Bueno
- 31 - *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
■ Olga Espinoza
- 32 - *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização dos Garantias*
■ Francis Rafael Beck
- 33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
■ Pedro Rodolfo Bodê de Moraes
- 34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal - Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
■ Maria Rodríguez de Assis Machado
- 35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
■ Christiane Russomano Freire
- 36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
■ Sirlei Fátima Tavares Alves
- 37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
■ Alceu Corrêa Junior
- 38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
■ Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
- 39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
■ Acácia Maria Maduro Hagen

- 40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
■ Organizador: Andrei Koemer
- 41 - *Formação da Prova no Jogo Processo Penal:
O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
■ Natalie Ribeiro Pletsch
- 42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto:
Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
■ Fabiana Costa Oliveira Barreto
- 43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade
Violenta e Controle Punitivo*
■ Marco Antonio Carvalho Natalino
- 44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea - Dogmática,
Missão do Direito Penal
e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 45 - *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência
do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da
Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*
■ Marina Quezado Grosner
- 46 - *A Capitalização do Tempo Social na Prisão:
A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização
na Pena Privativa de Liberdade*
■ Luiz Antônio Bogo Chies
- 47 - *Crimes Ambientais à luz
do conceito de bem jurídico-penal:
(des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*
■ Guilherme Gouvêa de Figueiredo
- 48 - *Um estudo dialógico sobre institucionalização
e subjetivação de adolescentes em uma
casa de semiliberdade*
■ Tatiana Yokoy de Souza
- 49 - *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral
de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*
■ Saulo Bueno Marimon
- 50 - *Repressão Penal da Greve - Uma experiência antidemocrática*
■ Christiano Fragoso
- 51 - *O Caos Ressurgirá da Ordem*
■ Marcos Paulo Pedrosa Costa

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TEXTOS DE MONOGRAFIAS - IBCCRIM

As monografias remetidas ao IBCCRIM, para análise e eventual publicação, deverão ter por tema, isolada ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal, Sociologia, Psicologia, Filosofia e correlatas, devendo ser redigidas em língua portuguesa, ficando a critério do autor o título, o enfoque metodológico, a abordagem crítica e o posicionamento opinativo.

As monografias devem obedecer, ainda, às seguintes exigências:

1. As monografias enviadas deverão ser inéditas.
2. As referências ou citações de outras obras demandam a indicação explícita dos respectivos autores e fontes. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.
3. Relação bibliográfica completa das obras citadas ou referidas deverá constar na parte final do texto;
4. Os trabalhos deverão ter no mínimo 100 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Como fonte, deve ser empregada o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5cm e as laterais 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.
5. Os trabalhos deverão ser precedidos de breve Resumo (15 linhas no máximo) e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 4 dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2.1 Responsabilidade civil objetiva...
6. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Não sendo admissíveis o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
7. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente 50 exemplares da monografia;
8. A monografia terá uma única edição, ficando o autor posteriormente liberado para novas edições. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão ser remetidos de novo, desde que efetuadas as modificações necessárias.
9. Serão admitidas monografias resultantes de concursos e títulos acadêmicos, inclusive dissertações de mestrado, teses de doutorado e concursos relativos a atividade docente. Os trabalhos relativos a monografias resultantes de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.
10. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Departamento de Monografias. Os trabalhos recebidos para seleção não serão devolvidos.
11. Caso a monografia seja aprovada, será fixada uma data para publicação (por ordem de aprovação), após, entraremos em contato e enviaremos um contrato padrão que deverá ser devidamente assinado, com firma reconhecida, e faremos solicitações que entendemos pertinentes.
12. Não há custos para o autor e serão publicados aproximadamente 4.000 exemplares, destes o autor receberá sem custo algum 50 (cinquenta).

A remessa das monografias deve se dar por meio postal, para o IBCCRIM, ao cuidados do Departamento de Monografias, na Rua XI de Agosto, 52, 4º andar, Centro, São Paulo, SP (CEP 01018-010), bem como em versão eletrônica para monografias@ibccrim.org.br. Os trabalhos deverão ser identificados, contendo um breve currículo do autor, bem como endereço e telefone para contato.

Produção Gráfica

Ameruso Artes Gráficas e Vídeo - ME

Rua Basílio da Cunha, 891 - Ipiranga
01544-001 - São Paulo - SP
Tel./Fax: (11) 2215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br